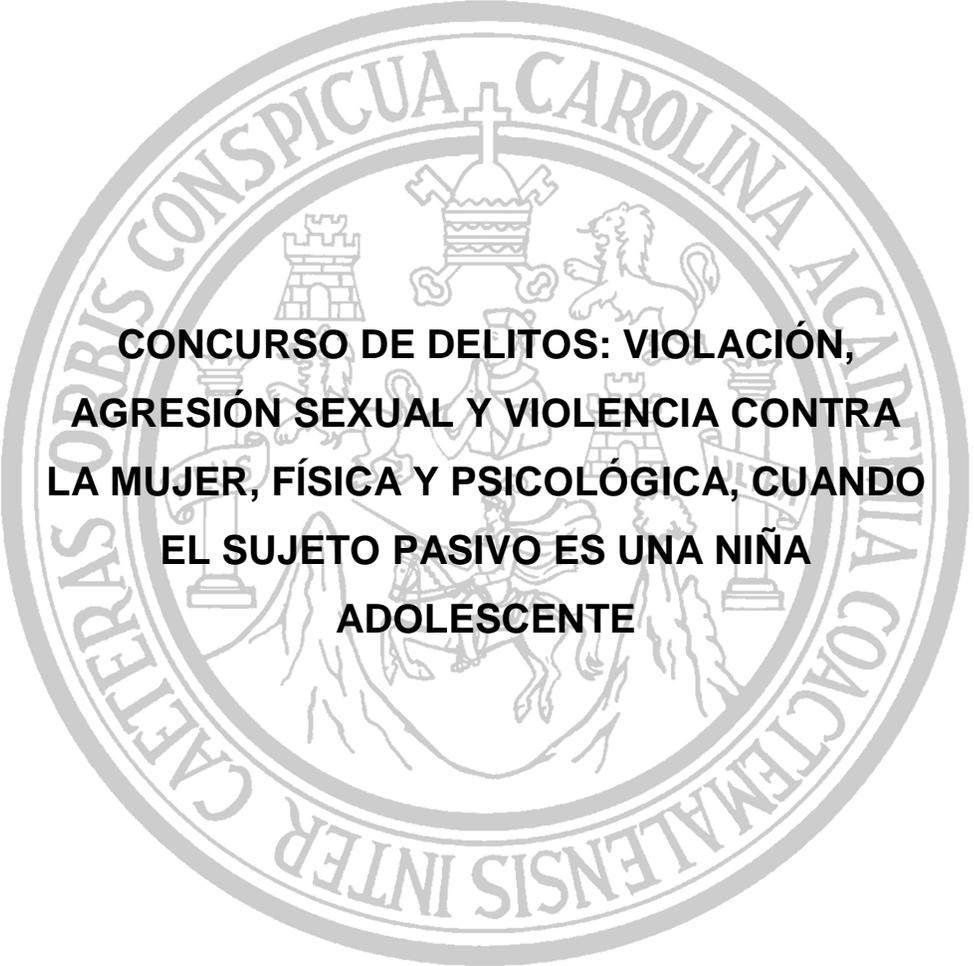


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem in the background. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. The shield is supported by two figures. The outer ring of the seal contains the Latin motto "CAETERAS ORBIS CONSPICUA CAROLINA AC CAETERIA COACTEMALENSIS INTER".

**CONCURSO DE DELITOS: VIOLACIÓN,
AGRESIÓN SEXUAL Y VIOLENCIA CONTRA
LA MUJER, FÍSICA Y PSICOLÓGICA, CUANDO
EL SUJETO PASIVO ES UNA NIÑA
ADOLESCENTE**

**LICENCIADA
JESSICA IVONNE ORTÍZ MELGAR**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

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

**CONCURSO DE DELITOS: VIOLACIÓN, AGRESIÓN SEXUAL Y VIOLENCIA CONTRA
LA MUJER, FÍSICA Y PSICOLÓGICA, CUANDO EL SUJETO PASIVO
ES UNA NIÑA ADOLESCENTE**

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

JESSICA IVONNE ORTÍZ MELGAR

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

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

Guatemala, octubre de 2015



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

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

PRESIDENTE: Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
SECRETARIO: MSc. Nery Neftaly Aldana Moscoso
VOCAL: MSc. José Wilfredo Umaña Calderón

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).



BOFETE PROFESIONAL
JOSE GUILLERMO ALFREDO CABRERA MARTINEZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 05 de marzo del 2014.

DOCTOR:

Rene Villegas Lara
Director del Departamento de Estudios de Post-grado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Señor Director:

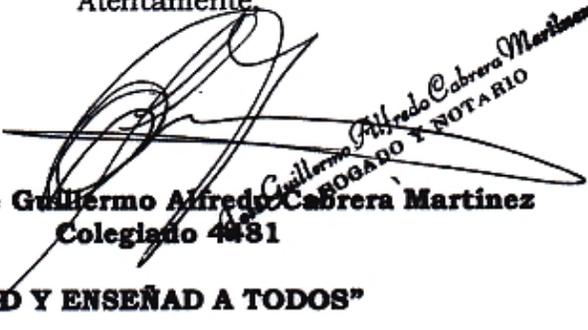
Tengo el agrado de saludarlo y dirigirme a usted con la finalidad de emitir dictamen sobre la tesis de maestría de la Licenciada **Jessica Ivonne Ortiz Melgar**, titulada **"CONCURSO DE DELITOS: VIOLACION, AGRESION SEXUAL Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, FISICA Y PSICOLOGICA, CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UNA NIÑA O ADOLESCENTE"** la que ha sido realizada bajo mi dirección.

- El tema escogido por la licenciada Ortiz Melgar, es un tema de análisis en todos los aspectos y tendencias actuales en cuanto a la importancia de todas las esteras, debido al extremo deterioro de los vales de la sociedad, que cada día a nivel nacional e internacional es menester estar en constante esfuerzo por lograr que la niñez y adolescencia goce de los derechos inherentes y necesarios para vivir una vida digna y al máximo potencial.

Aborda el tema de una manera directa y concreta; finalizando con varias conclusiones y recomendaciones atinentes al tema que se discute. Finalmente, deseo señalar que el trabajo, es apto para que pueda ser discutido en el examen privado de tesis, previo a la investidura del sustentante.

Agradeciendo su atención, respetuosamente, me suscribo de usted con mis más altas consideraciones y de estima.

Atentamente,


Prof. Dr. José Guillermo Alfredo Cabrera Martínez
Colegiado 4481

"D Y ENSEÑAD A TODOS"



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, uno de octubre de dos mil quince.-----

En vista de que la Licda. Jessica Ivonne Ortiz Melgar, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 1-2014 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“CONCURSO DE DELITOS: VIOLACIÓN, AGRESIÓN SEXUAL Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, FÍSICA Y PSICOLÓGICA, CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UNA NIÑA ADOLESCENTE.”**. 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



DEDICATORIA



- Dedico esta tesis a Dios primeramente, quien me ayudó a terminarla y quien es digno de toda gloria.
- A mi mamá Albina Yolanda Melgar Miranda v. de Ortiz, por su apoyo incondicional,
- A la Misión Internacional de Justicia, por el trabajo que realizan en favor de niñez y adolescencia víctimas de violencia sexual.



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i

CAPÍTULO I

Violencia Sexual y Violencia contra la Mujer (física y psicológica) Cuando el Sujeto Pasivo es una Niña o Adolescente

1. Antecedente	1
1.1. Población niña y adolescente	9
1.2. Definición de niñez	11
1.3. Definición de adolescencia	12
1.4. Definición legal	13
1.5. Violencia contra niñas y adolescentes	13
1.6. Análisis doctrinario de maltrato infantil y legal.....	18
1.6.1. Antecedente histórico	18
1.6.2. Definición	20
1.6.3. Clasificación maltrato infantil	23
1.7. Violencia contra la mujer	27
1.8. Manifestaciones de violencia sexual, y violencia en contra de la mujer física y psicológica cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente..	33
1.8.1. Violencia sexual	34
1.8.2. Violencia física	38
1.8.3. Violencia psicológica	39



2.4.3.	División de los tipos en relación con el bien jurídicamente tutelado	68
2.4.4.	División de los tipos en relación con su contenido	69
2.5.	Elementos del tipo penal	70

CAPÍTULO III

Los tipos Penales de Violencia Sexual y Violencia contra la Mujer Cuando el Sujeto Pasivo es una Niña o Adolescente

3.	Análisis de los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer, física y psicológica cometidos en contra de niñas y adolescentes	73
3.1.	Antecedente legal	74
3.1.1.	Violencia sexual	74
3.1.2.	Violencia contra la mujer	81
3.1.3.	Bien jurídico tutelado de los tipos penales de violación y agresión sexual	82
3.1.4.	Bien jurídico tutelado de los tipos penales de violencia física y psicológica	86
3.2.	Tipos penales de violencia sexual	91
3.2.1.	Violación	91
3.2.2.	Agresión sexual	105
3.2.3.	Tipo penal de violencia contra la mujer.....	109
3.3.	Adecuación típica y calificación jurídica de los hechos en los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer cuando el sujeto pasivo es una niña y adolescente.....	114
3.3.1.	Adecuación típica	114



3.4.	Calificación jurídica	118
3.5.	Importancia de la adecuación típica en los tipos penales de violación, agresión sexual, violencia física y psicológica	120
3.6.	Momentos donde se realiza la adecuación típica.....	123

CAPÍTULO IV

Concurso de Delitos de Violencia Sexual y Violencia contra la Mujer cuando el Sujeto Pasivo es una Niña o Adolescente

4.	Concurso de delitos	125
4.1.	Antecedente de los concursos	127
4.2.	Definición	128
4.3.	Unidad y pluralidad de delitos	128
4.4.	Clasificación	136
4.4.1.	Concurso ideal	137
4.4.2.	Concurso real	145
4.5.	Correcta aplicación del concurso de delitos cuando existen los delitos de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en sus manifestaciones física y psicológica cometidos en contra de niñas y adolescentes	148
4.5.1.	Los delitos que pueden concursar.....	150
4.6.	Aplicación del concurso real	152
4.7.	Aplicación del concurso ideal	152
4.8.	Elemento normativo	153
4.9.	Análisis de los concursos con la reforma realizada en la Ley contra la Corrupción, decreto 31-2012 del Congreso de la República	154



CONCLUSIÓN 157

BIBLIOGRAFÍA 159

ANEXO I

Encuestas realizadas a profesionales del derecho que
Trabajan en el Ministerio Público , Organismo Judicial y
Querellantes adhesivos 163

ANEXO II

Gráficas que reflejan las respuestas de la Encuesta 165

ANEXO III

Ejemplo de casos de adecuación típica 173



INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha existido un auge en cuanto a la creación de organismos de derechos humanos, lo que tiene por efecto la elaboración de declaraciones, convenciones, protocolos y normativas a nivel mundial, regional, ordinario e, inclusive, reformas constitucionales de los países miembros de esta comunidad internacional en materia de derechos humanos, que emanan de criterios congruentes con este tiempo de modernidad. Estas acciones están encaminadas a fortalecer el respeto y observancia de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Los referidos criterios evolucionan, sin lugar a dudas, a nivel mundial, porque existe una preocupación por las alarmantes cifras de diferentes clases de violaciones a los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia, especialmente, a las violaciones a los derechos humanos de las niñas y adolescentes víctimas, quienes representan una porción considerable de la población, la cual es muy vulnerable y que han sido víctimas de estos flagelos, sin dejar a un lado que también niños y adolescentes han sido víctimas y se ha podido ver un incremento exponencial en los últimos años.

Es indiscutible que las referidas conductas son producto de la globalización que expone y expande de forma más agresiva figuras transnacionales como la trata de personas, entre otros factores internos de nuestra sociedad, es decir, se trata de factores internos y externos, conjugados de forma negativa, que afectan a esta porción de la población.

En Guatemala, particularmente el índice de violaciones a los derechos humanos de las niñas y las adolescentes es alto y preocupante y, sobre todo, hay necesidad de procurar el fortalecimiento de los organismos del Estado, para que el enfoque sea prioritario para esta población vulnerable. En tal sentido, son necesarias políticas especiales, más agresivas, eficientes y eficaces, las cuales, sin lugar a dudas, requieren de evaluación y seguimiento.

Se necesita de organizaciones que brinden restauración integral, programas eficaces de prevención; y que el sistema de justicia también se fortalezca para dar la



respuesta adecuada que necesariamente debe traducirse en una administración de justicia pronta y cumplida que todos los ciudadanos esperamos.

Es por las razones expuestas que se ha realizado este trabajo de tesis, porque al ocurrir un alto índice de estos flagelos cometidos en contra de la niñez y la adolescencia surgen problemas en el abordaje de la resolución de casos, debido a que no existe un conocimiento adecuado de los tipos penales de violencia sexual: violación y agresión sexual, así como de los tipos penales de violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica y, por ende, una mala adecuación jurídica en estos tipos penales lo que tiene como consecuencia que los concursos de delitos no se apliquen correctamente. Dentro de la realidad del acceso a la justicia, si bien es cierto hay denuncias por parte de víctimas de estos flagelos, también es cierto que en el momento de ocurrir estos hechos deleznable deben ser abordados adecuadamente por profesionales capacitados en la materia, que su actuar refleje tener un amplio conocimiento de los tipos penales y la teoría concursal para aplicar al caso concreto y no caer en impunidad.

Las niñas y adolescentes tienen el derecho de acceder a una recuperación integral, a ser atendidas en las diferentes instancias con dignidad y respeto, pero también es muy importante la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, la respuesta del sistema de justicia. Lo anterior supone la existencia de una infraestructura congruente con la legislación especializada, que permita advertir la existencia de aspectos lógico jurídicos, intelectuales y materiales que concluyan a con la debida certeza jurídica en la resolución del caso concreto.

Una niña o adolescente será muy difícil que recobre lo que ha perdido al ser víctima de estos delitos, de allí la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la libertad e indemnidad sexual, y la integridad física y psicológica cuando ha existido violencia. Sin lugar a dudas, se debe fortalecer al sistema de justicia, por parte del Estado, para lograr que todos los actores involucrados desarrollen a cabalidad su función. En todo caso, es el Estado el responsable y principal obligado de la protección de estos bienes de primer orden y de alta estima plasmados como elementos axiológicos en la ley fundamental, pues son indispensables para lograr el



desarrollo integral de la persona humana, porque la población es la razón de ser del propio Estado de Guatemala.

En consecuencia, el Estado es también responsable en el momento que se violenten los mismos; por tal razón, debe velar para que se dé el reproche de la norma infringida, se accione de forma adecuada y se desplieguen los mecanismos en la procura de restaurar los valores conculcados, es decir, que las garantías procesales se respeten dentro del proceso penal, para averiguar la verdad histórica de los hechos y lograr la administración de la justicia integral, advirtiendo y respetando los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia, de forma eficiente y eficaz.

El hecho puede ser denunciado, puede realizarse una investigación y acusación, y luego se puede dictar una sentencia condenatoria, empero, las interrogantes que es necesario plantear son las siguientes: ¿El análisis de los tipos penales fue el correcto? y ¿Su adecuación fue correcta? ¿La aplicación de algún tipo de concurso de delitos debería haberse utilizado en el caso concreto? No es posible que actos antijurídicos queden en la impunidad, una violación un golpe físico o psicológico, en la vida de una niña o adolescente, será una marca atenuable, difícil de borrar que transforma la vida de la víctima, y aún más si no recibe justicia.

Es por ello que se abordó este tema tan importante, ya que en el día a día en las diferentes instancias, se atienden estos casos y es necesario que todos aquellos que intervienen conozcan los tipos penales, realicen la adecuación tipificada correctamente y la aplicación del concurso de delitos cuando se han cometido los delitos de violación, agresión sexual, y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica, para así evitar que hechos antijurídicos en contra de la niñez y de la adolescencia queden impunes.

Esta problemática, como fue planteada en la hipótesis, se debe a la complejidad de los tipos penales de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica; la falta de estudio profundo de estos tipos penales, por parte de las personas que trabajan estos casos a nivel normativo y doctrinal; las reformas a la normativa en años recientes, lo cual tiene puntos



positivos, que requieren un estudio y análisis acerca de los tipos penales indispensable para dar respuesta adecuada con términos técnico científicos a estos hechos que se presentan como un reto para la academia. El presente trabajo es un aporte para encontrar soluciones de los problemas expuestos y que ocurren día a día; asimismo, viene a brindar un análisis que no se había realizado con anterioridad, tomando en cuenta la doctrina y las normas para que estos casos no queden en la impunidad.

El trabajo de tesis contiene cuatro capítulos, en el primero se desarrolló el tema de la violencia, desde sus étimos, es decir, antecedentes a nivel mundial, regional y nacional, sin descuidar el estudio también de la violencia en contra de niñas y adolescentes, manifestaciones y consecuencias, enfoque toral del presente ensayo, que, vale indicar, reviste un particular grado de complejidad, pues requiere para la correcta labor intelectual, de la integración e interpretación de diversas normas jurídicas en procura de tutelar los derechos de las víctimas de los hechos estudiados. Asimismo, dentro de este capítulo se estudió el maltrato infantil, por ser necesario el abordaje doctrinal del mismo, y la violencia contra la mujer, todo esto para comprender de mejor forma el objeto de estudio.

En el segundo capítulo, se desarrolló la tipicidad y el tipo penal, para, más adelante, desplegar los tipos penales de estudio, por lo que resultó necesario abordar el tema de la tipicidad, su desarrollo histórico, el tipo penal, definición, la estructura y división del mismo y así profundizar más adelante en los tipos penales ya expuestos.

El capítulo tres abarca un tema muy importante y necesario de analizar, los tipos penales de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica, cuando el sujeto pasivo es una niña o una adolescente, contenidos en la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, decreto 9-2009 y Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, respectivamente. Este capítulo inicia con el antecedente legal de la violencia sexual en la normativa guatemalteca, así como la violencia contra la mujer, el bien jurídico de los tipos penales mencionados, haciendo, además, un análisis



de cada tipo penal. Otro punto abordado en este capítulo es la adecuación típica y su importancia.

Haber expuesto y compartido, desde la visión de la técnica jurídica y la academia, el conocimiento adecuado de la tipicidad y los tipos penales, la violencia en contra de las niñas y adolescente, y el análisis de los delitos de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica resultó oportuno y necesario profundizar y analizar en el capítulo cuarto el concurso de delitos. En este capítulo son mencionados los antecedentes de los concursos, definición, clasificación y el análisis apropiado de los mismos, cuando existe el concurso de delitos de los tipos penales de violación, agresión sexual, y los tipos penales de violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica. Además, se realizó un instrumento de verificación, la encuesta para diferentes operadores de justicia y con la misma se comprobó la hipótesis del presente trabajo.

De acuerdo con lo anterior, este trabajo de investigación representa un aporte novedoso de conocimiento para la rama del Derecho Penal, cuando se presenta un caso de esta magnitud, puesto que, actualmente, si bien es cierto, se conocen los concursos de delitos y estos están en nuestra normativa, no se tiene el conocimiento de la clase de concurso que se debe aplicar para estos casos específicos, dada cierta complejidad en la forma en que están regulados los tipos ya mencionados en las diferentes normativas, así como la normativa vigente y que, en esta tesis, son analizados con profundidad.

Actualmente, no se están aplicando los concursos de delitos en su correcta clasificación y el aporte del conocimiento de cómo realizarlo podrá ayudar a que los encargados de aplicar y trabajar en los casos de niñez y adolescencia, cuando ocurren los delitos de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer física y psicológica, puedan hacerlo de forma correcta y, con esto, evitar la impunidad, así como brindar una tutela judicial efectiva de la niñez y adolescencia que ya sufrió un flagelo de esta naturaleza y que se merece tener la recuperación adecuada y obtener justicia.

Esta es, entonces, una investigación única que viene a aportar conocimientos especiales de cómo aplicar correctamente el concurso de delitos que contempla nuestra legislación y que ayudará a resolver casos que hoy por hoy están quedando en impunidad. No existe en Guatemala una investigación similar y no se ha estudiado con profundidad el tema de los concursos de delitos y su aplicación en los delitos objeto de estudio en esta tesis.





CAPÍTULO I

Violencia sexual y violencia contra la mujer (física y psicológica) cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente

1. Antecedente

Se inicia la presente tesis con la investigación de lo que es violencia y sus diferentes manifestaciones para poder comprender la magnitud del problema que representa la inadecuada aplicación de los concursos de delitos de los tipos penales de violencia sexual (violación y agresión sexual) y violencia física y psicológica contra la mujer, cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente. Nuestra normativa contempla los concursos de delitos. Esta situación no se da en legislaciones de otros países y cuando están regulados, es menester su correcta aplicación para evitar impunidad en hechos antijurídicos.

Como los tipos penales objeto de análisis en la presente investigación están relacionados con el tema de la violencia contra las niñas y adolescentes es necesario abordar este tema y con esto la postulante está aportando el estudio de un tema de derechos humanos en consonancia con el tema puramente penal y procesal. Conocimiento que es necesario en todos aquellos que en diferentes roles trabajan casos que afectan la libertad e indemnidad sexual y la integridad de niñas y adolescentes.

La violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos, es una forma de discriminación y causa padecimientos inconfesables. Es lamentable



observar que la violencia puede llegar a la vida de las mujeres a muy temprana edad. Niñas y adolescentes han sufrido y están sufriendo vejámenes que hacen que el desarrollo integral se vea mermado. Mientras el Estado y la sociedad no tomen acciones urgentes radicales y contundentes, a corto mediano y largo plazo será una problemática que continuará afectando a la niñez y adolescencia, en sus derechos inherentes, que no son respetados, lo cual dificulta la plena realización personal de forma integral, además, a nivel social restringe el crecimiento económico y obstaculiza el desarrollo de un país.

De la historia se pudo aprender que en diferentes épocas y países, que siempre ha existido la violencia en contra de la mujer, sin importar la edad; esto se ve manifiesto en diferentes culturas, religiones, etnias, comunidades; tanto en el ámbito privado como en el público y en la generación actual se han notado nuevas formas de violencia. Es necesario continuar con investigaciones y aportes para que los gobiernos puedan crear los instrumentos jurídicos necesarios con la finalidad de proteger a la mujer y especialmente a la niñez y adolescencia que se encuentra aún más vulnerable a sufrir violencia. Luego de dicha creación, también es necesario establecer mecanismos de control con el propósito de velar por la aplicación correcta de la normativa por parte de los funcionarios del sistema de justicia y porque las instituciones del Estado de Guatemala también funcionen adecuadamente y trabajen de forma coordinada, para evitar la impunidad y la continuidad de violaciones a los derechos humanos de las víctimas, en el momento de acudir a estas instancias. Es decir, hacer la norma efectiva y positiva en el ordenamiento jurídico. Es por esta razón que surge el interés de desarrollar esta investigación y así ahondar en el análisis de tipos penales que protegen bienes jurídicos donde el sujeto pasivo es una niña o adolescente.



A continuación se mencionan algunos ejemplos de lo que ha acontecido en la historia y que revelan que la violación a los derechos humanos tiene raíces en la antigüedad, así como datos de lo que está ocurriendo a nivel mundial, regional y en Guatemala:

“La discriminación de la mujer en la sociedad representó la primera forma de explotación existente, incluso antes que la esclavitud. Los hechos que ejemplifican las desigualdades y discriminaciones hacia la mujer son numerosos y antiquísimos. Algunos datan del año 400 A.C., cuando las leyes de Bizancio establecían que el marido era un Dios al que la mujer debía adorar. Ella ocupaba un lugar tan insignificante que ni siquiera podía recibir herencia o beneficio alguno. En las últimas dos décadas, la violencia ha tenido un incremento sustancial en diversas latitudes. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, en el año 2000 una de cada cinco mujeres en el mundo fue objeto de violencia en alguna etapa de su vida.”¹

Las noticias más recientes de la violencia de género informan que esta causa más muertes e incapacidades entre las mujeres de 15 a 45 años que el cáncer, la malaria, los accidentes de tráfico, incluso, que la guerra. En EEUU, América Latina y el Caribe, el maltrato constituye la causa principal de daño físico a mujeres entre esas edades. En países como Bangladesh se continúan recibiendo informes de mujeres golpeadas hasta la muerte o estranguladas por no cumplir las exigencias de su esposo en cuanto a la dote, incluso, se conocen casos de mujeres que han sido objeto de ataques con ácidos. Asimismo, en otros países, como la India, todavía se practica la mutilación genital femenina, según otras fuentes consultadas

Otra violación a los derechos humanos de la niñez y adolescencia y que representa una forma de discriminación y desigualdad es el matrimonio precoz de niñas que

¹ L. D. Páez Cuba. *Génesis y evolución histórica de la violencia de género*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, febrero 2011, www.eumed.net/rev/cccs/11/



suele darse en varios países, y sin ir muy lejos, en nuestro país, en las zonas rurales, donde niñas contraen matrimonio o viven en pareja cuando aún son niñas o adolescentes; y esto conlleva una serie de consecuencias que no les permite desarrollarse integralmente, porque no continúan sus estudios, la salud se ve amenazada, o bien viven situaciones de violencia en sus nuevos hogares, entre otras consecuencias.

La siguiente información refleja lo que sucede en otros países: “El matrimonio precoz de las niñas es una práctica habitual en África subsahariana y Asia meridional. Sin embargo, en Oriente Medio, África septentrional y otras regiones de Asia es habitual el matrimonio en la pubertad o poco tiempo después de producirse. Existen también zonas de África occidental y oriental y Asia meridional en las que el matrimonio mucho antes de la pubertad no es infrecuente.”² “En Etiopía, en zonas del África oriental y occidental, y en el Asia meridional, casarse a los siete u ocho años no es infrecuente. No es fácil obtener cifras precisas del número de matrimonios precoces, pues la mayoría no están registrados y son extraoficiales. La UNICEF aborda el matrimonio precoz como parte de un enfoque más amplio destinado a crear un “entorno protector” para los niños y las niñas que los resguarde de este tipo de explotación.”³

“Se calcula que actualmente y a nivel mundial 82 millones de niñas entre 10 y 17 años se casarán antes de su decimoctavo cumpleaños.

Se considera que las esposas jóvenes han consentido tener relaciones sexuales con sus esposos y quedan embarazadas antes de que sus cuerpos estén listos para ello.

² http://www.unicef.org/spanish/protector/index_earlmarriage.html

³ http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/ethiopia_19345.html



Enfrentan tasas más altas de problemas en el parto y de mortalidad materna. El mismo se aplica al matrimonio infantil.”⁴

En el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas, realizado por el experto independiente Paulo Sergio Pinheiro, designado por el Secretario General de Naciones Unidas, señor Kofi Annan, en el año 2006, menciona sobre otra violación a los derechos humanos como son las “prácticas tradicionales perjudiciales”, que realizan culturas, como la escarificación, tatuajes, máscaras de hierro que producen dolor y desfiguración en la niñez, indicando lo siguiente al respecto: “El término “prácticas tradicionales perjudiciales” se emplea con más frecuencia para referirse a la mutilación genital femenina o ablación (MGF), como se le denomina en los lugares donde se practica. Según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud, entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres en el mundo han sufrido alguna forma de MGF. Las niñas entre edades muy tempranas y la adolescencia media o tardía sufren este tipo de escisión genital, que normalmente incluye el clítoris, como precursor del matrimonio. La MGF se percibe como una protección para la virginidad, un proceso de embellecimiento y en una serie de culturas se considera una condición previa esencial del matrimonio.

Existen diferentes formas de MGF, algunas de ellas implican escisiones más radicales en el área genital que otras. En su forma más extrema (la infibulación), los labios menores internos y labios mayores externos son cortados y los bordes unidos con una sutura, dejando la vagina casi cerrada. Luego del procedimiento, las piernas de la niña normalmente se fajan desde los pies hasta las caderas, inmovilizándola por varios días para permitir la cicatrización. Esta forma de operación es sufrida por el

⁴ Amnesty International (2005). Haiti Disarmament Delayed, Justice Denied. AI Index: MAR 36/005/2005. Londres, Amnesty International, citado en el Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas, Paulo Sergio Pinheiro, 2006.



90-98% de las niñas somalíes, normalmente a la edad de siete u ocho años. mutilación genital femenina o ablación tiene implicaciones profundas para las relaciones sexuales y la maternidad de la mujer. Estas sumas son alarmantes, y nos hace ver que en todo el mundo la niñez y principalmente la mujer padece de tratos inhumanos.

En este mismo informe dice lo siguiente: "Cálculos realizados recientemente por la OIT indican que en el año 2004, 218 millones de niños y niñas trabajaban y 126 millones realizaban trabajos forzados. Los cálculos relativos al año 2000 indican que 5.7 millones realizaban trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre, 1.8 millones trabajaban en la prostitución y la pornografía y 1.2 millones eran víctimas de la trata.

Otro flagelo cometido en contra de la niñez y adolescencia y es de suma preocupación es la explotación sexual comercial, alrededor de dos millones de niñas y adolescentes son explotadas sexualmente en Latinoamérica, una cifra "alarmante" que maneja la Coalición Regional contra el Tráfico de Mujeres en América Latina y El Caribe, su presidenta en Ecuador, Rocío Rosero dijo: "Son alrededor de dos millones de niñas y adolescentes que se encuentran en situación de explotación sexual", señaló Rosero al indicar que en América Latina hay organizaciones de familiares de mujeres y niñas desaparecidas que pueden haber sido "engañadas por redes y mafias y que son trasladadas a otros países".⁵

Algunas prácticas violentas han cambiado con el transcurrir del tiempo, sin embargo, lamentablemente otras manifestaciones de violencia en contra de la mujer se han

⁵www.revistahumanum.org/revista/dosmillones-de-menores-son-explotados-sexualmente-en-latinoamerica/.
América Política y Sociedad. Pág. 1.



presentado y siempre es necesario trabajar en la protección y defensa de los derechos de la mujer. Todas las violaciones a los derechos humanos comentadas en este apartado constituyen hechos de violencia en contra de la mujer, incluyendo niñas y adolescentes y todos estos generan violencia psicológica que es otra manifestación de violencia adicional a la propiamente dicha, y comúnmente también se utiliza la violencia física que obliga a la persona a someterse, sea ejercida antes, durante o después de cometer el hecho.

En Guatemala, se ha podido observar, en los últimos años, un incremento en las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer; los siguientes datos reflejan lo que ha acontecido, según el informe de la Red por la Paz y el Desarrollo de Guatemala, Guatemala Peace and Development Center:

“Según los datos del INE, entre el 2007 y 2008 se registraron 44,874 casos de violencia intrafamiliar de los cuales el 90% corresponde a víctimas del sexo femenino. De los casos de violencia intrafamiliar contra mujeres, el 53% ocurrió en el área urbana y el 47% en el área rural. En la mayoría de casos, el agresor fue identificado como el esposo, ex esposo o conviviente, de manera que las relaciones de pareja constituyen un ámbito donde se viola el derecho de las mujeres a una vida sin violencia.”⁶

Otra fuente de datos que contribuye a visualizar el problema de la violencia que enfrentan las mujeres en Guatemala, se refiere a la Encuesta Nacional de Salud Materno Infantil- ENSMI que refiere: “En la perspectiva de las implicaciones para la

⁶ www.clubensayos.com/Psicología/Mujeres-Y-Violencia-En-Guatemala/171864.html
Mujeres y Violencia en Guatemala. Pág. 1.



integridad física, mental, emocional y sexual de las mujeres, las ENSMI indagaron sobre la violencia intrafamiliar que incluye violencia verbal, física y sexual.

La más reciente encuesta mencionada en el párrafo anterior, (2009), revela que 45 de cada 100 mujeres entre los 15-49 años han sufrido, en algún momento de sus vidas, hechos de violencia (verbal, física y/o sexual) por parte de sus parejas. La incidencia se manifiesta independientemente del área de residencia, el grupo étnico y el nivel educativo, aunque se observan algunos matices: la violencia contra las mujeres se reporta con más frecuencia en el área urbana (48.8%) que en el área rural (42.3%); entre mujeres no indígenas (47%) que entre las indígenas (42.3%), y más entre mujeres con educación (primaria, secundaria y superior), un 45.6% en promedio, quienes reportan más violencia física y verbal; que entre mujeres sin educación 42%, que enfrentan mayor violencia sexual. Situación que refleja no solo la enorme extensión del problema de violencia, sino también la necesidad de continuar con las acciones a favor de una vida sin violencia para las mujeres, sobre todo de los grupos más vulnerables.”⁷

Se podrían seguir citando ejemplos de cómo la mujer es violentada en sus derechos y principalmente las niñas y adolescentes, quienes representan el presente y futuro de nuestro país. Es alarmante escuchar de las cifras que se reportan y hay que tomar en cuenta que esto no refleja la realidad ya que muchos casos de violencia contra niñas y adolescentes no son reportados por diferentes factores como: la vergüenza, culpa, temor, desconfianza en el sistema y desconocimiento de derechos, entre otros.

⁷ www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/01/22/

Guatemala Informe Final V Encuesta Nacional de Salud Materno Infantil 2008-2009. Págs. xxii, 381.



1.1. Población Niña y adolescente

Como preámbulo al presente título es importante observar algunas proyecciones para tener un dato de la población de niñas y adolescentes que viven en nuestro país y que tiene derecho a vivir en pleno goce de los derechos humanos, así como a desarrollarse plenamente. Esta población que va en aumento es parte de nuestro presente y futuro, la niñez y adolescencia en desarrollo es la fuerza y progreso de un país. Es necesario que tenga a su alcance los medios para vivir con seguridad y crecer integralmente para producir a plenitud, solo así podrá llegar a ser parte activa en el avance de un país. Las siguientes cantidades pueden dar una idea del impacto que la sociedad tendrá, si miles de jóvenes no llegan a tener un desarrollo adecuado, debido a las diferentes manifestaciones de violencia que pudieran darse: “Según las proyecciones de población, para el 2008 se calculaba que Guatemala tendría 13.677.815 habitantes, de los cuales, el grupo entre los 10 y los 19 años representaría el 23,6 por ciento. Según esta estimación, en el 2008, habría en Guatemala 1.503.455 adolescentes comprendidos entre los 15 y los 19 años. De ellos, 793.197 residen en el área rural. Al segmentar a la población adolescente por etnia, resulta que un 42.7 por ciento son adolescentes indígenas (hombres y mujeres) y el resto, un 57 por ciento, no indígenas. En el año 2011 había 2.582.472 de niñas en Guatemala.”⁸ Si en el año 2011 había más de dos millones de niñas y adolescentes, actualmente, en el año 2015 este número ha aumentado. Partiendo de este dato, una cantidad privilegiada tiene acceso a oportunidades, crece en un ambiente adecuado respetándose sus derechos inherentes, y un número mayor no tiene la misma calidad de vida, basta escuchar las noticias en Guatemala para darnos cuenta que la crueldad de los actos son cada vez más severos.

⁸ www.unicef.org/guatemala/spanish/infancia_18483.htm
Guatemala Unicef, Niñez Adolescencia. Pág. 1



En los primeros meses del año 2013 el Ministerio Público recibió más de 1,500 denuncias en dos meses, de casos de niñas madres que sufrieron alguna clase de violencia sexual; también han acontecido hechos de violencia sexual en contra de niñas desde 1 mes hasta 4 años, de manera progresiva, siendo muy difícil ubicar al responsable del hecho. Es lamentable ver vidas tan pequeñas sufriendo males tan grandes.

Esta es una población de gran valor, si tuvieran toda la oportunidad de crecer libres de opresión e injusticia tendríamos un gran número de mujeres productivas, aportando a la sociedad desde su hogar o bien afuera del mismo.

Nelson Mandela, premio Nobel de la Paz: *“Los niños y niñas deben, por fin, jugar en la sabana abierta ya sin la tortura de las punzadas del hambre, o destrozados por la enfermedad, o amenazados por el azote de la ignorancia, el contacto físico indebido y el abuso y ya no obligados a cometer actos cuya gravedad supera las exigencias de su corta edad.”*

A nivel regional, en América Latina y el Caribe se puede mencionar el siguiente dato de valor: “Finalmente, para dar una visión general sobre el tamaño de niñas, niños y adolescentes y el porcentaje que representan en términos de la población total, con base en la misma fuente, es posible afirmar que, en promedio para la región, el 46.8% de la población corresponde a niñas, niños y adolescentes menores de 18 años, existiendo, al igual que en los datos citados, diferencias significativas entre países, por ejemplo un grupo que presenta una población menor de 18 años existiendo, al igual que en los datos citados, diferencias significativas entre países, por ejemplo un grupo que presenta una población menor de 18 años superior al 50% se encuentra en Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú, en un segundo grupo que presenta promedios menores al 50% pero superiores al 40% en el



que se ubican Argentina, Brasil Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, República Dominicana y Venezuela, presentándose únicamente dos países, Cuba y Uruguay, con porcentajes inferiores al 40% y ligeramente superiores al 30%. En números absolutos, para el conjunto de estos 19 países sobre los cuales se contó con información, la población menor de 18 años es de 191.028.000, del total de 522,959.000 millones de personas en la región...”⁹

Para complementar lo antes expuesto es indispensable citar las definiciones de niñez, adolescencia que nuestra normativa especial contempla:

1.2. Definición de niñez

Ha existido una evolución en la definición de la niñez y en la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 1 regula que niño es todo aquel ser humano menor de 18 años, o bien según la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad. La Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, plasma esta definición basada en derechos humanos, y en este tratado internacional se reconoce que, la niñez no solo se refiere a una edad cronológica, también se computa el tiempo en el que ser humano tiene derecho a la educación, a vivir dignamente, a la salud, a la protección contra el maltrato, a la recreación, a vivir en una familia, seguros de no estar en un ambiente violento, a vivir en un hogar con amor y en este instrumento se les reconoce como sujetos de derecho y a que sea una obligación por parte de los estados a respetar los mismos. Esta es una etapa valiosa de la niñez que se refiere al estado, condición de vida y la calidad de vida.

⁹ Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra las niñas, niños y adolescente, Informe de la Secretaria Regional para el Estudio de América Latina, Cuba y República Dominicana en el Caribe, 2006, Pág. 10-11.



1.3. Definición de adolescencia

A partir de la segunda mitad del siglo XX la adolescencia fue definida como una fase específica ciclo de la vida humana, es un concepto relativamente moderno y está relacionado con los cambios culturales, económicos, políticos, con el desarrollo industrial y educacional, al papel que juega la mujer y enfoque de género.

Reviste capital importancia la siguiente definición de adolescencia, por contener la explicación de lo que implica esta etapa en la vida del ser humano: “La adolescencia es una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por lo cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos. No es solamente un período de adaptación a cambios corporales, sino una fase de grandes determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social.

Es difícil establecer límites cronológicos para este periodo; de acuerdo con los conceptos convencionales aceptados por la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es la etapa que transcurre entre los 10 y 19 años, considerándose dos fases: la adolescencia temprana (10 a 14 años) y la adolescencia tardía (15 a 19 años)”¹⁰

¹⁰ <http://www.misrepuestas.com/que-es-la-adolescencia.html>



1.4. Definición legal

El ordenamiento jurídico regula lo que es niñez y adolescencia y el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”¹¹ Y por su parte el artículo 2 de la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia regula: “...se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”.¹²

1.5. Violencia contra niñas y adolescentes

La violencia es todo acto que se realiza con fuerza y ocasiona un resultado que puede causar daño a diferentes niveles. La intención de ejercer violencia, por lo general, conlleva un propósito, o bien, envía un mensaje negativo ya sea a una persona o a la sociedad en general. La violencia prolifera al no existir los sistemas adecuados para evitar la impunidad, la prevención, etc. La sociedad guatemalteca particularmente se ha caracterizado por ser violenta y esto es histórico. Es lamentable que los ciudadanos se hayan acostumbrado a vivir en un clima de violencia, donde es prioritario tener medidas de protección a nivel individual y familiar; caminar por la calles con tranquilidad es un sueño lejano que algunos gozan en otras culturas, sin embargo, la violencia tiene diferentes modalidades y en otros países gozan de cierta seguridad, pero, padecen de otro fenómeno que hace pensar

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, Parte I, Artículo 1, Asamblea General Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas.

¹² Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia. Título I, Capítulo Único, Artículo 2 del Decreto No. 27-2003, del Congreso de la República de Guatemala.



que la sociedad en general a perdido valores y principios y que la paz añorada esta muy lejana.

Se cita la definición de lo que es violencia según la Real Academia de la Lengua Española –RAE (2001): violencia es la cualidad de violento, acción y efecto de violentar o violentarse, así mismo, violento es aquello que está fuera de su natural estado situación o modo, que obra con ímpetu o fuerza.”

En la misma línea de pensamiento, la Organización Mundial de la Salud define a la violencia como: “el uso intencional de la fuerza física o el poder, la amenaza o el hecho, contra uno mismo, contra otra persona o contra un grupo o una comunidad, que puede producir o tiene una alta probabilidad de provocar una lesión, muerte, daño psicológico, afectar el desarrollo o generar privaciones”.¹³

La violencia siempre conlleva el uso de la fuerza física o de poder y esta provoca una consecuencia. Siempre la violencia tendrá un carácter histórico cultural, y esta se debe estudiar desde un enfoque holístico, donde se dan varios factores que la propician, tales como: la conducta, formas patológicas, contexto social y situacional que permita la violencia y la ideología que se refiere a la realidad social y los intereses de clase. Por lo que en cada país y época se podrán encontrar diferentes escenarios de cómo ocurre la violencia contra la mujer, hay lugares donde es vista la violencia como parte de la cultura.

El desarrollo del tema de la violencia conlleva siempre la violencia contra la niñez y adolescencia, por ser un tema de mucha preocupación, por lo cual, en las últimas décadas, se han desarrollado leyes, creado comités, conferencias y convenciones;

¹³ OMS Salud y Violencia en el Mundo, 2002, Ob. Cit., Pág.8



asimismo, hay organizaciones de derechos humanos que han luchado por abordar este tema para que los derechos de la niñez sean respetados, con el propósito de que disminuya la violencia en contra la niñez y adolescencia. Anteriormente, en los siglos pasados, esta situación era, hasta cierto punto, normal y permitida, o sea, que este problema ha existido a lo largo de la historia.

Actualmente, como lo vimos anteriormente, existen culturas donde, como parte de las costumbres, practican violaciones a los derechos humanos de la niñez, y a nivel mundial hay diferentes prácticas que constituyen diferentes clases de violencia ya sea física, emocional o sexual, a través de la realización de delitos como: violación, agresiones sexual, explotación comercial sexual que incluye: la prostitución infantil, pornografía, la trata con estos fines, explotación laboral, maltrato físico, emocional, abandono, negligencia, entre otros flagelos.

En el mismo orden de ideas, es importante mencionar la definición de violencia enfocada en la niñez y adolescencia que menciona el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra la niñas, niños y adolescentes, Informe de la Secretaria Regional para el Estudio de América Latina, Cuba y República Dominicana en el Caribe, 2006: "...en concordancia con el concepto de violencia definido por el Secretario del Estudio a nivel mundial, que se sustenta esencialmente en el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, se define la violencia como: "todas las formas de violencia física o mental, lesiones y abuso, negligencia o trato negligente, maltrato o explotación incluyendo el abuso sexual y explotación en cualquiera de sus manifestaciones, que produzcan daño o representen daño potencial



para la salud de la niñez, su supervivencia, su desarrollo o dignidad, en el contexto de relaciones de responsabilidad, confianza y poder”.¹⁴

El tema de niñas y adolescentes es preocupante, pues, según estadísticas es esta población la que más sufre violencia sexual, tal como lo dice el Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas: “Las niñas sufren considerablemente más violencia sexual que los niños y su mayor vulnerabilidad a la violencia en muchos entornos es en gran parte producto de la influencia de relaciones de poder basadas en el género, profundamente arraigadas en la sociedad.

Al mismo tiempo, los niños tienen mayor probabilidad de ser víctimas de homicidio y particularmente de la violencia que involucra armas”.¹⁵ “Los datos disponibles sugieren que los niños y las niñas más pequeños sufren mayor riesgo de violencia física, mientras la violencia sexual afecta predominantemente a quienes han llegado a la pubertad o la adolescencia. Los niños parecen tener mayor riesgo de sufrir violencia física que las niñas, mientras las niñas tienen mayor riesgo de sufrir trato negligente y violencia sexual”. “Tanto los niños como las niñas son vulnerables a la violencia sexual, pero la comparación de estudios internacionales revela que generalmente son mayores las tasas de violencia sexual contra las niñas.”¹⁶

Lamentablemente, las culturas patriarcales han contribuido para que las mujeres, desde que son niñas, vivan en un clima de violencia, y por el hecho de ser mujeres han sufrido vejámenes que marcarán sus vidas permanentemente.

¹⁴ www.observatoriojovenes.com.ar/nueva/wpcontent/uploads/Violencia_contra_niños_niñas_adolescentes.pdf

Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra las niñas, niños y adolescentes. Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas. 2006. Págs. 11, 16-19.

¹⁵ [www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\)-pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1)-pdf)

Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas. Paulo Sergio Pinheiro. Pág. 7.

¹⁶ Ob cit Pag. 55



En el momento de abordar el tema de manera analítica crítica y específica, desde la arista de la violencia contra las niñas y adolescentes, es necesario recalcar que en el marco jurídico guatemalteco existe una ley específica que desarrolla la materia: Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer que, como consecuencia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y al ser el Estado de Guatemala parte, se obligó a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, usos y prácticas que constituyan discriminación en contra de las mujeres; así como a emitir todas aquellas leyes que sean necesarias para tal fin. Esta normativa es una ley especial que protege a las mujeres y contiene las definiciones de la violencia contra la mujer: psicológica, física y sexual, por lo tanto, los hechos cometidos en contra de la integridad de una niña y adolescente que implique violencia física y psicológica deberán encuadrar respectivamente en los tipos penales descritos en esta ley.

Es por ello que en el tema de esta tesis se menciona la violencia física y psicológica cuando el sujeto pasivo es una niña y adolescente, ya que se utilizó la denominación que hace alusión nuestra normativa y de conformidad como se ha mencionado en relación con otros instrumentos internacionales.

Después de realizar esta investigación y estudiar los temas de violencia en contra de la niñez, se maneja en doctrina la definición de maltrato infantil y su clasificación para referirse cuando un niño, una niña o adolescente ha sufrido violencia y daño, por lo que es necesario analizar cómo está explicado en doctrina y, posteriormente, cómo está legislado en las normas nacionales e internacionales, así como la explicación al respecto que ofrecen otros instrumentos y estudios de interés.



Es de suma importancia estudiar al sujeto pasivo de los tipos penales que se están analizando en esta investigación, las niñas y adolescentes y con esto se comprenderá de mejor forma la necesidad de aplicar correctamente el concurso de delitos de los tipos objeto de estudio en esta investigación.

1.6. Análisis doctrinario de maltrato infantil y legal

1.6.1. Antecedente histórico

En la historia también se puede observar que, en la antigüedad, no existían normas que protegieran a la niñez; los niños y las niñas eran considerados como propiedad de los padres, y estos podían decidir inclusive su derecho a la vida y esto tuvo su máxima expresión en Roma. En la cultura babilónica, egipcia, india y china los niños eran ofrecidos en sacrificio a los Dioses; en Esparta, cuando nacían con algunos defectos físicos o débiles y no capaces para ir a la guerra eran arrojados al barranco del Taigeto.

En Roma y Grecia eran comunes las prácticas sexuales que incluía la prostitución infantil, de igual manera en Babilonia, a los infantes los utilizaban para prostitución en los templos y los egipcios forzaban a las niñas a tener relaciones sexuales prematuras.

La práctica del infanticidio fue algo habitual, hasta el siglo IV d.C. Con la aparición de la cultura cristiana se inicia la consideración acerca de que los niños son más frágiles y surge la necesidad de la protección social. En esta época no se da una evolución de concepto y características de la infancia. Constantino además de reconocer el cristianismo, promulga la primera ley en contra del infanticidio, aunque



esta no fue respetada y estaba muy lejos el que se dejara de practicar este tremendo vejamen.

En la Edad Media no hubo mayor avance, la gran mayoría desconoce la edad que tiene y crecen sin saber su edad. Todavía hubo una gran tasa de mortalidad infantil. Empiezan a suceder cambios hasta en el siglo VIII y con las ideas de la ilustración, en el siglo XVIII, se rompe con los conceptos anteriores. Rossouau otorga un valioso aporte, pues, él considera que el niño es un ser con posibilidades, capacidades, con sus propios valores y quien tiene sus propias necesidades. Surgen ideas como que el niño es el futuro hombre libre y aunque ya hay aportes significativos en este siglo, no es sino hasta el siglo XIX cuando hay cambios notables, por ejemplo, que se crea el primer establecimiento de crianza para niños huérfanos.

En el siglo XX, hubo varios descubrimientos, entre ellos, los rayos X que hace que varios doctores se interesen en los datos que aportan los rayos X en relación con el maltrato infantil. En 1923 fue cuando se redactó la Declaración de los Derechos del Niño y en 1959 fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y, al mismo tiempo, Kempe y Silver, pediatras americanos, reportan casos de niños maltratados por sus padres, como lo explica Juan Manuel Moreno Manso: “En 1962, con la publicación por Kempe, Silverman, Steele, Droegemueller y Silver de The Battered Child Syndrome, en la que hacen una descripción de 302 casos de niños maltratados, se despierta el interés general de todos los profesionales relacionados con esta problemática. Del mismo modo, y como consecuencia de la repercusión que tiene el que la prensa informe sobre esta publicación, se empieza a legislar duramente en contra del maltrato en los Estados Unidos.”¹⁷

¹⁷ J. M. Moreno Manso, Psicólogo, Doctor en Psicopedagogía, Profesor de la Universidad de Extremadura, Departamento de Psicología y Sociología de la Educación, *Maltrato Infantil-Teoría e Investigación*, Madrid, Editorial EOS, Pág. 31



La historia nos muestra el pasado y esto explica el porqué de la larga lucha para que se crearan instrumentos para defender a la niñez y adolescencia y todavía siguen ocurriendo flagelos en contra de esta población vulnerable y se podría decir que han existido avances a lo largo de la historia para reconocer a la niñez como sujeto de derechos. Actualmente, hay muchas organizaciones que luchan por el bienestar de la niñez, pero, las raíces que destruyen las vidas de millones de niños, niñas y adolescentes están todavía muy profundas y para cortarlas y que desaparezcan se necesita de la voluntad de los gobiernos en darle prioridad a los temas de niñez y que la sociedad viva con valores y principios.

Ragne Birte Lund, Embajadora, Ministerio de Asuntos Exteriores: *“Acabar con la violencia contra los niños y niñas tiene que ser un objetivo que forme parte de los planes nacionales de desarrollo y marcos comunes de ayuda al desarrollo y no algo en lo que se piensa después”.*

1.6.2. Definición

El maltrato infantil es toda acción que infringe sufrimiento a un niño, niña o adolescente y que le perjudica en su sano desarrollo integral, realizado por una persona que tiene una posición de poder, confianza o está al cuidado o crianza de un niño, niña o adolescente y este puede ser por medio de un daño físico, sexual, emocional, descuido o tratos negligentes, entre otros.

La anterior definición fue extraída del Artículo 54 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003, la cual da más amplitud cuando incluye dentro de los responsables del maltrato a personas con poder o confianza, ya que las definiciones en doctrina y otras hacen alusión a que el responsable del maltrato son



los padres, tutores, o cualquier otra persona que tenga a su cargo al niño, niña o adolescente.

En la descripción del tipo penal de maltrato contra menores de edad, Artículo 155 bis de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, figura como sujeto activo a cualquier persona que cometa una acción u omisión, esto hace referencia a que dentro de la clasificación del tipo penal según el sujeto activo es un tipo penal indeterminado ya que no necesita una calidad especial. Por lo que en doctrina como se observará con las siguientes definiciones si se hace referencia a que los responsables deben ser los padres, tutores o personas a cargo y se define el maltrato desde dos enfoques complementarios, el modelo de deficiencia y el modelo de bienestar de la niñez. “El modelo de deficiencia es el predominante, focaliza la conducta del maltratador y los daños o carencias sufridos por los niños/as. Desde este modelo, se entiende por maltrato toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, o explotación, mientras el niño/a se encuentre bajo la custodia de los padres, de un tutor o de cualquier persona o institución que lo tenga a su cargo. Y por su parte el modelo centrado en el bienestar define al maltrato como una acción, omisión o trato negligente, no accidental que priva al niño/a de sus derechos y su bienestar, amenazando y/o interfiriendo su desarrollo físico, psíquico y/o social. Los autores del maltrato podrán ser personas, instituciones o la propia sociedad.”¹⁸

Se considera la definición más acertada la del modelo centrado en el bienestar, ya que no limita a que el sujeto activo deba ser solamente la o las personas a cargo de su cuidado, sino puede ser cualquier persona.

¹⁸ M. A. López, Conacmi, "La ruta crítica de la denuncia para la protección integral de la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos", junio 2009, Págs. 18-19



En la siguiente definición se observa que las personas que comenten maltrato son las personas a cargo del cuidado de la niña y adolescente: “El maltrato a niños, niñas y adolescentes son todas aquellas acciones u omisiones no accidentales, cometidas en contra de un niño, niña y adolescente, de parte de su padre, madre, y/o personas e instituciones responsables de su cuidado y protección, las cuales provocan daños físicos y psicológicos que afectan de manera temporal o permanente su desarrollo integral.”¹⁹

De lo anterior, se puede concluir que hay diferentes criterios en cuanto a la definición de lo que es maltrato infantil, en relación con quién es la persona que lo realiza: Hay quienes mencionan que son las personas que están a cargo del niño, niña o adolescente o bien otros, son del criterio que puede ser cualquier persona.

Desde la óptica de la doctrina y la legislación guatemalteca, cuando se analiza el tipo penal de maltrato contra menores de edad, - Artículo 155 bis del Código Penal- llegamos a la conclusión de que el sujeto pasivo de este delito deberán ser siempre los niños y no las niñas y adolescentes, por existir dentro de nuestra legislación una ley especial que proteja de manera específica los bienes jurídicos tutelados de daños físicos y psicológicos en contra de la mujer, sin importar la edad; conteniendo ambos tipos penales los de violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica y el tipo penal de maltrato contra menores de edad en esencia los mismos elementos típicos.

¹⁹ *Ibid.*, Pág.21



Por lo tanto, existen dos normas en disposiciones legales diferentes que contienen los mismos sujetos, objeto y fundamento y no es procedente calificar una conducta en diversos tipos penales. Para la punibilidad de las mismas, estaríamos frente a un concurso aparente de normas, el cual ocurre cuando una sola conducta ejercida por un sujeto activo formalmente infringe varias disposiciones legales: “La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena de delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no deben computarse otras violaciones a la ley”²⁰, en este ejemplo se debe aplicar el principio de especialidad para resolver dicho concurso.

Hay que velar porque no se vulnere el principio de estricta legalidad, la cual no admite un sistema de acumulación de penas injustificadas o excesivas, no pertinentes o desproporcionadas. Luis Ferrajoli señala que dentro de las variantes que da la ley para burlar la estricta legalidad en la configuración del delito se encuentra la previsión de tipos antitéticos utilizables alternativamente, o, de tipos concurrentes, utilizables en forma disyuntiva o conjunta como circunstancias de calificación del mismo delito.²¹

1.6.3. Clasificación Maltrato infantil

Existen diferentes criterios en cuanto a la clasificación del maltrato infantil; para la Comisión Nacional contra el Maltrato Infantil (Conacmi) el maltrato infantil se clasifica en: maltrato físico, emocional, abandono y negligencia y abuso sexual. Hay otros menos comunes como: Munchausen, prenatal o fetal, síndrome del zarandeo, síndrome de alienación parental y el bullying, entre adolescentes.

²⁰ E. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1996. Pág. 239

²¹ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España, Editorial Trotta S.A., 1995. Pág. 95



Se citan algunos criterios en cuanto a la clasificación del maltrato infantil:

“Son las acciones u omisiones con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. La persona agresora concibe el daño como el fin principal de su agresión. Crea un síndrome en la víctima que sobrevive, conocido como síndrome del maltrato infantil. Se conocen tres formas principales de maltrato infantil: físico, emocional o psicológico y por negligencia o abandono. Esas formas de maltrato producen lesiones físicas y emocionales indelebles, muerte o cualquier daño severo”.²²

Para la OMS el maltrato “abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.”²³

El psicólogo Juan Manuel Moreno Manso ²⁴, lo clasifica en maltrato físico, abandono físico y emocional por acción y abandono físico y emocional por omisión y este autor ubica el abuso sexual como tipo de maltrato infantil por acción, ubicado entre el maltrato físico y el maltrato emocional.

²² Estas definiciones se han tomado del documento preparado por Save the Children para llevar a cabo la consulta regional entre niñas, niños y adolescentes. Modificando ligeramente algunas de estas definiciones por parte de la Secretaría Regional para el Estudio de Violencia de la Región. Costa Rica, marzo, 2005, citado en el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra las niñas, niños y adolescentes, Informe de la Secretaría Regional para el Estudio de América Latina, Cuba y República Dominicana en el Caribe, 2006. Pág.8.

²³ Bartholdson Orjan. *Castigo físico y cambio de actitudes*. Un estudio intercultural PDF (sin fecha) citado por *ibid.*, Pág. 31

²⁴ www.Dialnet-VARIABLESQUEINTERVIENENENELABANDONO FISICO O NEGLIGENCIA-321.pdf
Variables que intervienen en el abandono físico o negligencia infantil comparativamente con otros tipos de maltrato infantil. Juan Manuel Moreno Manso. Pág. 43



Casi todos coinciden en indicar que el abuso sexual es parte de la clasificación de maltrato infantil y según nuestro ordenamiento jurídico el Artículo 54 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 clasifica el maltrato en: abuso físico, sexual, descuidos o tratos negligentes y abuso emocional.

El abandono físico o negligencia infantil se refiere a: "...aquella situación donde las necesidades físicas básicas del menor (alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en las situaciones potencialmente peligrosas, educación y/o cuidados médicos) no son atendidas temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo que convive con el niño".²⁵ Por el tipo de maltrato, se da una omisión y esta es responsabilidad directa de los padres o encargados del cuidado del niño, niña o adolescente. En la ley ya citada, de igual forma se regula que hay descuido o tratos negligentes cuando los comete la persona o personas que tienen a su cargo el cuidado o crianza.

En cuanto al maltrato emocional lo definen: "como la hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar. El abandono emocional a su vez, lo definen como la falta persistente de respuesta a las señales (llanto, sonrisa,...), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de una figura adulta estable".²⁶ En el Artículo 54, inciso d), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece el abuso emocional

25 J. M. Moreno Manso, Psicólogo, Doctor en Psicopedagogía, Profiero de la Universidad de Extremadura, Departamento de Psicología y Sociología de la Educación, Maltrato Infantil-Teoría e Investigación, Editorial EOS, Madrid. Pág.37

26 M. I. Arruabarrena y De Paúl, J. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Madrid, Pirámide, 1994, citado por ibíd. Pág.39



cuando una persona daña la autoestima de un niño, niña o adolescente. Se observa que en doctrina se menciona que comete maltrato emocional algún miembro del grupo familiar y otras definiciones indican que concurre cuando las personas adultas que están a cargo del cuidado y/o crianza y en nuestra legislación es más amplio el margen de personas y de responsables que puede recaer en cualquier persona.

El maltrato físico en nuestra legislación hace referencia a que ocurre cuando una persona en relación de poder, o sea, que existe una diferencia de fuerza, edad, conocimiento o autoridad, infringe daño no accidental, y provoca lesiones internas, externas o ambas. Por su parte, la Comisión Nacional de Maltrato Infantil, Conacmi, menciona también el castigo físico, crónico no severo, el cual también es una forma de maltrato y este es muy frecuente observarlo pues el golpe se ha considerado desde la antigüedad como una forma para corregir y educar a los hijos.

El abuso sexual, en la ley antes citada, ocurre cuando una persona, en una relación de poder o confianza, involucra a un niño, niña o adolescente en una actividad con sentido sexual. La siguiente definición deja establecido con claridad que esta clase de maltrato perjudica en gran manera el desarrollo del niño, niña o adolescente y causa daños difíciles de superar "...participación del niño en actividades sexuales que no pueden comprender, para las que no está preparado por su desarrollo, a las que no puede otorgar su consentimiento, y que violan los tabúes sociales y legales".²⁷

Una de las definiciones más completas es la que contiene el Acta para la Prevención y Tratamiento del Maltrato Infantil, y parte de los EE.UU. y las características de dicha definición son:

²⁷ A. Martínez, y J. de Paúl. *Maltrato y abandono en la infancia*. Barcelona: Martínez Roca, 1993, citado por Ob.Cit. Pág. 40



-La utilización, la persuasión, la inducción, la seducción o la coerción de un niño para realizar cualquier tipo de conducta sexual explícita (incluida la ayuda a otra persona para tal fin) o para la simulación de esa conducta con el propósito de producir representación visual de la misma.

-La violación el tocamiento, la prostitución o cualquier otra forma de explotación sexual de un niño, o el incesto con niños.”²⁸

En el presente trabajo de tesis, desde el punto de vista del maltrato infantil y su clasificación, se analizará el maltrato físico, emocional o psicológico y el abuso sexual cometido en contra de las niñas y adolescentes. Y, para ello, se utilizará la denominación que aparece en nuestra legislación: para violencia sexual según la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009, comprende los delitos de violación y agresión sexual, y la violencia contra la mujer: física y psicológica según la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, con los delitos de violencia física y psicológica, contra la mujer. Es por ello que, en el siguiente numeral se analiza, qué es violencia contra la mujer.

1.7. Violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer es un problema histórico que tiene sus raíces desde hace miles de años, donde la mujer en un contexto de desigualdad, dificultad en acceso a oportunidades, lucha en sociedades patriarcales. Ella es tratada como una persona sin derechos y existen paradigmas generacionales que hacen viable que se cometan abusos de diferente índole y ella en la condición adoptada permite que ocurran; lo

²⁸ K. C. Faller. *Child sexual abuse: intervention and treatment issues*. U.S. Government Printing Office, U.S. Department of Health



que le causan sufrimiento físico, emocional, familiar, social, y sexual, y esto no permite que se desarrolle a su máximo potencial en la sociedad. Se dan las siguientes definiciones:

La violencia contra las mujeres es un elemento central de desigualdad y discriminación entre hombres y mujeres y de acuerdo con la CEPAL es:

” La cultura de desigualdad que ampara la violencia se inscribe en la de por si violenta desigualdad de oportunidades, el desigual acceso a los recursos y servicios de la justicia, la discriminación laboral y social así como la desigual distribución del poder del tiempo entre mujeres y hombres.

La desigualdad también se expresa en el inequitativo acceso de las mujeres a la justicia, la disparidad en el trato en los servicios públicos y las evidencias de impunidad señaladas en el Estudio a fondo del Secretario General y estudios regionales de organismos de derechos humanos.”²⁹

Existen varias normas a nivel nacional e internacional que definen qué es la violencia contra la mujer:

La recomendación General número 19 (UN 1989) establece:³⁰

²⁹ <https://books.google.com.gt>

CEPAL-Serie Mujer y Desarrollo No. 99. Estudio de la Información sobre la Violencia contra la Mujer en América Latina y el Caribe. Lorena Fries, Victoria Hurtado. Pág. 8.

³⁰ www.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19-pdf

La Violencia contra la Mujer: 29/01/92. Recomendación General número 19. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pág. 1



“La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.”

“La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como lo define el artículo 1 de la Convención...”

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Asamblea Artículo 1 (UN 1993) la define: “...se entiende todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la prohibición arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.”

La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por 189 países en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, consolidó esos avances al subrayar que la violencia contra la mujer es, a la vez, una violación de los derechos humanos de las mujeres y un obstáculo para el pleno disfrute de todo los derechos humanos por parte de las mujeres.

En síntesis, se puede decir que la violencia en contra de las mujeres es un acto de discriminación y constituye una violación a los derechos humanos de la mujer y, por consiguiente, los gobiernos deben de velar porque se respeten estos derechos para que la mujer pueda desarrollarse plenamente.

A continuación se enumeran instrumentos jurídicos que protegen a la mujer. (Ver cuadro No. 1)



Cuadro No. 1

Selección de instrumentos jurídicos y de políticas y prácticas sobre violencia contra la mujer

Tratados internacionales

- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
- Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra)

Tratados regionales

- Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará)
- Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África
- Convención sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución adoptada por la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC)

Instrumentos Internacionales de políticas

- Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer
- Documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General titulado "La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI" (resolución S-23/3 de la Asamblea General)

Selección de resoluciones aprobadas recientemente por la Asamblea General

- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, resolución 48/104
- Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer, resolución 52/86
- Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, resolución 55/2"
- Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, resolución 56/128
- Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar, resolución 58/147
- Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña, resolución 59/165
- Trata de mujeres y niñas, resolución 59/166
- Violencia contra las trabajadoras migratorias, resolución 60/139
- Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, resolución 60/1
-

Resolución del Consejo de Seguridad



- Resolución 1325 (2000), relativa a las mujeres, la paz y la seguridad

Comisión de Derechos Humanos (resolución más reciente)

- Eliminación de la violencia contra la mujer, resolución 2005/41
- Órganos creados por tratados Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: recomendación general No. 12, violencia contra la mujer
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: recomendación general No. 14, circuncisión femenina
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: recomendación general No. 19, violencia contra la mujer
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: recomendación general No. 25, dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género
- Comité de Derechos Humanos: observación general No. 28, igualdad de derechos entre hombres y mujeres (Artículo 3)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general No. 16, igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Unión Interparlamentaria
- Cómo pueden y deben los parlamentos promover formas eficaces de lucha contra la violencia contra la mujer en todas las esferas, resolución de 12 de mayo 2006.

Estudio a fondo sobre toda las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General. Naciones Unidas, 2006. Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres, CONAPREVI

Desde un enfoque a la violencia en contra de la niñez y adolescencia esto viene a constituirse en una violación a los derechos humanos aún más crítica, ya que la niñez y adolescencia gozan de derechos inherentes, preferentes y tutelares, tal como lo establece el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y el hecho de que niñas y adolescentes sufran de violencia produce un grave daño en el desarrollo integral de la niñez. Existen diversas manifestaciones de violencia en contra de niñas y adolescentes y el presente trabajo se orienta a la violencia sexual infantil y violencia contra la mujer física y psicológica, cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente. En el mismo sentido de las definiciones *ut supra* externadas se desarrolla la siguiente:

La violencia contra las niñas y adolescentes se puede definir como todo acto que por su género conlleva sufrimiento físico, emocional o sexual, representando



discriminación y violación a los derechos humanos inherentes, preferentes y tutelares de la niñez; generando consecuencias en su desarrollo integral.

A nivel regional y mundial los datos reflejan que las niñas y adolescentes son las que mayormente son víctimas de diferentes delitos: “Las niñas y mujeres menores de 18 años son las principales víctimas del maltrato y la violencia; las mujeres lo son en más del 90% de casos de abuso sexual. Los principales agresores son varones – esposos, padres y/o parientes-. El maltrato infantil menos denunciado en la mayoría de países es el abuso sexual.”³¹

Debido a diferentes circunstancias como la discriminación, el odio hacia las mujeres, cultura patriarcal, conflicto armado, pobreza, exclusión escolar y laboral, alcoholismo en el hogar, hogares disfuncionales, carencia de políticas sociales, y otros, las niñas y adolescentes principalmente desde temprana edad están vulnerables a sufrir cualquier manifestación de violencia o maltrato infantil. Este fenómeno se da también en otras culturas y a nivel mundial “se calcula que 150 millones de niñas y 73 millones de chicos menores de 18 años han experimentado relaciones sexuales forzadas u otras formas de violencia sexual con contacto físico en 2002.”³²

A continuación se mencionan las manifestaciones de la violencia sexual, física y psicológica.

³¹ Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra las niñas, niños y adolescentes, Informe de la Secretaria Regional para el Estudio de América Latina, Cuba y República Dominicana en el Caribe, 2006. Pág. 24,

³² Currie C et.al. (2004) Health Behaviour in School-aged children (HBSC) Study: International Report from the 2011/2002 Survey. HealthPolicyforChildren and Adolescents, No. 4. Ginebra, Organización Mundial de Salud, citado en el Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas Paulo Sergio Pinheiro, 2006, Pág.12



1.8. Manifestaciones de violencia sexual, y violencia en contra de la mujer física y psicológica cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente

Luego de analizar y desarrollar qué se advierte por maltrato infantil y la violencia contra la mujer, es de vital importancia abordar en este punto la violencia sexual, y violencia en contra de la mujer física y psicológica cuando es cometida en contra de una niña o adolescente.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará, (1994), en el Artículo 1 define qué debe entenderse por violencia y en la misma se encuentra inmersa la clasificación de las modalidades física, sexual o psicológica: “Para los efectos de esta Convención debe advertirse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” Y en el Artículo 2, del mismo cuerpo legal, desarrolla el tema acerca de lo que se debe interpretar por violencia contra la mujer y que esta incluye la violencia física, sexual y psicológica: “a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad, y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”



Como se puede observar, en esta definición y en las anteriores, encontramos regulado a todo acto de violencia que produzca un daño físico, psicológico y sexual. La violencia puede ser un medio para llegar al fin de violación, explotación, maltrato, entre otros; o también puede cometerse como un acto separado; pero, independientemente de la forma en que haya ocurrido, si hubo antes, durante o después de cualquier clase de violencia, la mujer, la niña o la adolescente que sea víctima de un acto como: violación, maltrato, explotación, trata, u otros, siempre le causará daños a nivel psicológico y físicos que debieran ser penalizados.

En el caso de las niñas y adolescentes, los daños causados son graves y en muchas oportunidades insuperables.

1.8.1. Violencia sexual

La violencia sexual es toda actividad sexual no voluntaria, forzada mediante la violencia física, o por cualquier forma de coerción, agresión o abuso. Su práctica implica una relación de sometimiento, en la cual la víctima ha rechazado el acto sexual o en que no ha tenido capacidad de consentir, esto último especialmente en el caso de niños/as. En el tema de los/as niños/as, es toda aproximación sexual, porque este no se encuentra en condiciones de comprender y son inapropiadas para su desarrollo psicosexual.

Se considera como abuso sexual también la actividad sexual inducida prevaliéndose de una situación de superioridad, dada la particular condición de la víctima, por trastorno o deficiencia mental, o por dependencia económica, laboral, desamparo, inexperiencia o ignorancia.



Todas las personas sin importar la edad, el sexo, la religión o la clase social (pobres o ricos) pueden sufrir violencia sexual. Sin embargo, la mayoría de las personas que han sufrido violencia sexual son y han sido las mujeres (niñas, adolescentes y adultas).

En la mayor parte de los casos, la violencia sexual ocurre dentro del hogar de la víctima, siendo el agresor alguien cercano, muchas veces, el propio padre. Según los estudios, el abuso sexual en adolescentes es más frecuente de lo que se piensa. Sin embargo, la mayoría de las veces el delito no se denuncia, lo que se conoce como “círculo de silencio”, en el que participan el padre, la madre, la familia y los propios afectados/as.

En el Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas, Paulo Sergio Pinheiro (2006), brinda los siguientes datos de interés en relación con la manifestación de la violencia sexual a nivel mundial: “Una revisión de encuestas epidemiológicas de 21 países, principalmente países de ingreso alto y medio, halló que por lo menos el 7% de las mujeres (variando hasta 36%) y el 3% de los hombres (variando hasta 29%) reportaron haber sido víctimas de violencia sexual durante su niñez. Según estudios, entre el 14% y 56% del abuso sexual de niñas y hasta el 25% del abuso sexual de niños, fue perpetrado por parientes o padrastros/madrastras.”³³

“Un análisis de archivos de expedientes de protección de niños y niñas en España (1997 y 1998), reveló que el 3.6% de los casos de abuso involucraban abuso sexual y el 96% de los autores de abuso sexual eran miembros de la familia o parientes.

Padres y padrastros constituían la mayor proporción de personas responsables de abuso sexual, seguidas por madres y tíos o tías. En Somalia, el 20% de los niños

³³ Informe mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas. Paulo Serio Pinheiro. Ob cit Pág. 54



y niñas que participaron en un estudio afirmaron que sabían de una agresión sexual contra un niño o niña en su familia.”³⁴

Estos datos son alarmantes y se puede observar que se da siempre el mismo fenómeno que la violencia sexual ocurre en la niñez y adolescente y casi siempre es una persona cercana a la familia, un miembro de la familia, o del círculo donde se relaciona la niña y adolescente. Los prejuicios que se dan cuando se tiene conocimiento de que la niña o adolescente fue víctima de un flagelo de esta naturaleza afectan enormemente su desarrollo integral. En unas culturas la reacción de la sociedad es más cruel que en otras como lo cita el informe referido:

“En algunas culturas, la sospecha de pérdida de la virginidad de un miembro femenino de la familia, incluso como resultado de una violación, se percibe como un atentado contra el honor familiar y puede llevar a su asesinato por los propios miembros de la familia.

En Guatemala ocurren miles de denuncias de delitos de violencia sexual: violación y agresión sexual en contra de mujeres y muchos de estos casos se han cometido en contra de niñas y adolescentes.

Este delito, por lo general, se ejecuta en silencio y existe un gran número de casos que no son denunciados por diferentes factores tales como: amenazas, engaños, manipulación, ya sea a la víctima o a la familia; temor, vergüenza, culpa, entre otros, En la violencia sexual el acto ocurre sin el consentimiento, a la fuerza, o bien mediante engaño, manipulación y, en algunos casos, el agresor se aprovecha de la inocencia de la niñez y les hacen regalos o les dan dinero o cualquier estímulo

³⁴ Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas. Paulo Sergio Pinheiro. Ob cit Pág. 56



económico. En estas situaciones también se puede observar que los agresores se aprovechan de alguna circunstancia de vulnerabilidad o factor social. Los daños ocasionados son irreversibles y en muchos casos insuperables por la víctima. Las consecuencias son muy lamentables y por lo general es necesario que las víctimas reciban un tratamiento psicológico. Entre las consecuencias se pueden citar personas con trastornos psicológicos, intentos de suicidio, personas obsesivas y compulsivas; problemas de adicciones; trastornos en la identidad sexual; víctimas convertidas en agresores; relaciones disfuncionales, embarazos no deseados, abortos, y otros.

A continuación, se presenta una tabla que demuestra los trastornos que se pueden producir a consecuencia de la violencia sexual en la edad adulta, realizado en Canadá y Estados Unidos:

TABLA 3.1 Carga global de trastorno mental atribuida al abuso sexual en la infancia		
TRASTORNO MENTAL	PORCENTAJE DE LA CARGA GLOBAL DE ENFERMEDAD ATRIBUIDO ABUSO SEXUAL EN LA INFANCIA	
	MUJERES (%)	HOMBRES (%)
Depresión, abuso de alcohol y drogas	7-8	4-5
Trastorno por estrés postraumático	33	21
Intentos de suicidio	11	6
Trastornos de pánico	13	7

Fuente: Andrews Get al. (2004). Child Sexual Abuse. En: Ezzati M et al. (2004). Comparative Quantification of Health Risks: Global and Regional Burden of Disease Attributable to Selected Major Risk Factors. Vol. 2. Organización Mundial de la Salud. Págs. 1851-1940.



1.8.2. Violencia física

La violencia física es todo acto que se ejerce utilizando la fuerza, y que produce un daño físico y también emocional. Estas acciones pueden ser ejercidas por medio de la fuerza corporal directa o bien utilizando alguna arma o sustancia. Esto produce sufrimiento físico, lesiones y daños físicos. Las niñas y adolescentes que son víctimas de estos actos, por lo general, se convierten en víctimas vulnerables de violencia sexual. Cuando en un hogar existe violencia física, por lo general, algún miembro también es o fue víctima de actos con contenido sexual inadecuado.

Es lamentable que la violencia física sea muy común en algunas culturas patriarcales como en la de Guatemala. Las niñas y adolescentes crecen en familias donde hay manifestaciones de violencia física y para ellas será normal que también se repita esto en sus propios hogares.

El siguiente dato es un ejemplo de lo que sucede en Chile: “una de las pocas encuestas entre niños y niñas que se ha llevado a cabo en la región revela, por ejemplo, que el 63% de las niñas y niños chilenos en octavo grado -según datos de una muestra representativa nacional de 1.533 niños y niñas- indicó que había experimentado violencia física en su hogar; 34% indicó haber sufrido abuso físico severo. Esto parece indicar que el abuso severo contra niñas es tanto o mayor que el abuso similar contra mujeres”.³⁵

En muchos casos de violencia sexual en contra de niñas y adolescentes, las víctimas han sufrido golpes, antes del acto de violación o agresión sexual; o bien, durante el

³⁵ Organización Mundial de la Salud. 1999. “Report of the Consultation on Child Abuse Preventio”, citado en Ob. Cit., Pág.13



mismo. Los golpes pueden causar daños graves y enfermedades a largo plazo. Por lo general, la violencia física conlleva también daño emocional o psicológico y esto genera también daños en la autoestima, identidad y causan sufrimiento.

1.8.3. Violencia psicológica

La violencia psicológica son todas aquellas acciones que producen daño o sufrimiento en la vida de las mujeres y cuando se realizan estas acciones en contra de niñas y adolescentes les afecta en su desarrollo integral; perturbando su autoestima.

Toda violencia física y sexual implica daño psicológico, pero la violencia psicológica también puede adoptar la forma de insultos, injurias, aislamiento, rechazo, amenazas, indiferencia emocional y menosprecio, todas perjudiciales para el desarrollo psicológico y bienestar de los niños y niñas. Faltan definiciones estandarizadas y se sabe poco acerca del alcance mundial de esta forma de violencia, a excepción del hecho que frecuentemente acompaña a otras formas de violencia: se ha constatado una fuerte coexistencia de violencia psicológica y violencia física contra los niños y niñas en hogares violentos. En el entorno familiar violento, existen temor y ansiedad constantes causados por la expectativa de violencia; dolor, humillación y miedo y, en grupos de mayor edad, soledad, rechazo de los progenitores, desconfianza y, a veces, los niños y niñas sienten repugnancia hacia sí mismos.

La violencia psicológica puede ser producto de la frustración descontrolada o puede tener un propósito similar al castigo físico; intimidar para que los niños y niñas obedezcan y reconducir su comportamiento indisciplinado. Aunque los niños y niñas pueden familiarizarse o conocer el dicho que las palabras no me pueden hacer daño,



empero en un considerable número de casos encuentran que el dolor y la ansiedad del rechazo y la humillación es un ataque a su autoestima, lo cual también resulta difícil de soportar y superar.

Un cúmulo cada vez mayor de evidencias sugiere que la exposición a la violencia o al trauma altera el cerebro en desarrollo, porque interfiere con los procesos de evolución neural normales. Cuando la violencia familiar es aguda, los niños y niñas pueden mostrar cambios de comportamiento relacionados con la edad y síntomas consistentes con el trastorno por estrés postraumático y la depresión. La agresión física y sexual, se asocia con un mayor riesgo de pensamientos y comportamientos suicidas y cuanto más grave es la violencia, mayor es este riesgo. Los efectos también pueden depender de cómo respondan los adultos a los niños y niñas si estos tratan de hablar de lo que les ha pasado. Otras variables incluirán cuánto tiempo ha durado la violencia, dónde ha tenido lugar y si el niño está sufriendo violencia repetida por parte de la misma persona o por parte de otra.

En Guatemala, la violencia física y psicológica es un flagelo muy común y hay miles de mujeres sufriendo esta violación a los derechos humanos que hace que la mujer no mantenga una vida saludable y productiva como se ha podido observar en los párrafos anteriores por las consecuencias que se derivan de la misma. Es muy importante la justicia que puedan obtener estos casos. Hay mujeres que tienen valor de denunciar pero muchos casos no llegan a conocerse. Al presentarse la denuncia muchas de ellas ya no continúan el caso por estar dependientes emocionalmente o económicamente de su pareja. De los pocos casos que logran ser procesados, la cantidad de sentencias es aún menor.



A continuación se abordará el segundo capítulo, en donde se desarrolla el tema de la tipicidad y tipo penal para empezar a entender los tipos penales de violación, agresión sexual, violencia contra la mujer física y psicológica que es necesario estudiarlos - como se realizará más adelante en el capítulo III- , para poder así llegar al aporte del conocimiento, en la presente investigación, de la correcta aplicación del concurso de delitos, cuando existe la comisión de varios hechos o acciones y estos conculcan bienes de tan gran valor como la libertad e indemnidad sexual, y la integridad de niñez y adolescentes. Bienes protegidos por el Estado de Guatemala y que deben ser protegidos adecuadamente y, por ende, la utilización adecuada de los concursos de delitos es tan importante, para así no caer en la impunidad de hechos que, siendo contrarios a las normas, pueden causar, como hemos visto en este capítulo, secuelas graves en la vida de niñas y adolescentes, así como representar violaciones a los derechos humanos de las mismas.





CAPÍTULO II

La Tipicidad y el Tipo Penal

2. La Tipicidad

Para el desarrollo del presente estudio técnico jurídico, es imprescindible abordar el tema a partir de elementos doctrinarios, por ello, se considera necesario estudiar la tipicidad, el tipo penal y así poder realizar un profundo análisis crítico jurídico y doctrinario de los delitos de violencia sexual y violencia contra la mujer, cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente, su adecuación y el análisis de los concursos de delito en los cuales se ejecuta, pues se advierte la existencia de un escenario mucho más complejo que cuando las víctimas son adultos por la vulnerabilidad en la que se encuentra, este grupo de población.

Dicho lo anterior, desde la óptica tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Penal, en la sociedad existen diferentes comportamientos contrarios a la moral, las normas sociales y las buenas costumbres, lo cual, sin lugar a dudas, conculca bienes jurídicos protegidos por el Estado de Guatemala, desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que fueron adoptados como elementos axiológicos relevantes para regir la conducta de los guatemaltecos, con lo cual se perfila también una amenaza para la convivencia pacífica. El Derecho Penal se advierte como un instrumento jurídico para regular la conducta del hombre en sociedad establecido como la última ratio, porque es un derecho violento, punitivo, empero también rehabilitador del delincuente y en este punto, en el momento de penalizar la conducta humana, que también se considera como disuasivo para la comisión del delito en contra de los niñas y adolescentes. Por lo que el Estado debe



garantizar que todos los habitantes gocen de seguridad, paz y justicia y cuando los bienes jurídicos se ven mermados, el Estado adopta una política de prevención, pero también establece normas que regulan la conducta del hombre en sociedad como prohibidas porque lleva aparejada una conducta de reproche y, por lo tanto, una penalidad. Es por eso tan importante la descripción que realiza el legislador en los tipos penales en las normas, así como la adecuada aplicabilidad por los diferentes sujetos procesales y, por ende, el estudio del tipo y la tipicidad.

Antes de profundizar en la definición, se considera conveniente explicar que en la investigación que se ha realizado, se ha podido determinar que la tipicidad ha tenido una evolución en su definición hasta llegar a la definición actual. Así, se entiende por tipicidad como la adecuación de un hecho en la descripción realizada en el tipo penal o cuando un comportamiento es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal; y el tipo penal es la descripción de una conducta antijurídica en el supuesto de hecho de la norma penal.

El tema de la presente investigación se refiere al concurso de delitos de violencia sexual: violación y agresión sexual y los delitos de violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica, porque el problema se presenta contrastantemente de una falta de aplicación de los concursos de delitos entre los tipos ya mencionados y en el momento de aplicarlos hay una inadecuada interpretación de los tipos penales, y la clase de concurso pertinente. Es por ello que, para el presente estudio, resulta de capital importancia el profundizar en esta temática para una mejor intelección de la óptica con la cual se aborda el tema, lo cual se considera que ayudará a contribuir en la labor intelectual que realiza el juez natural al conocer los hechos presentados; y calificación que hace el fiscal al presentar su plataforma fáctica jurídica y probatoria en el proceso penal y demás operadores de justicia en el



rol que desempeña cada uno. En este capítulo, al abordar lo que es el tipo, su definición, función, división y clases y la tipicidad desde un estudio doctrinario es de mucha utilidad que represente una base para así llegar al estudio de cada tipo de manera individual y los concursos de los mismos con un entendimiento más profundo. Los tipos penales indicados presentan complejidad y de allí la importancia de un entendimiento amplio y que, por ende, contribuirá a una mejor aplicación de los concursos de delitos.

2.1. Definición

“El vocablo tipicidad – del latín *typus* y este, a su vez, del griego *Turos* en su acepción trascendente para el Derecho Penal significa símbolo representativo de una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que suministra fisonomía propia...Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella”³⁶.“Los alemanes han llamado a la tipicidad *Tatbestand*, los italianos *fattispecielegale* y los españoles tipicidad”.³⁷

Varios penalistas la entienden como la abstracta descripción de conducta, como es el caso de Jiménez de Asúa que habla de una: “abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”³⁸.

Para Pavón Vasconcelos es: “la descripción concreta hecha por la ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al

³⁶ M. Jiménez Huerta. *La Tipicidad*. México, Edit. Porrúa, 1955, Pág. 11; citado por Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*, Pág. 7, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999

³⁷ Carrasquilla, J. Fernández, “El nuevo esquema del delito”, en *Revista Estudios de Derecho*, núms. 89-90, Medellín, marzo-septiembre, 1976, Pág.108.

³⁸ De Asúa, Jiménez, *Tratado*...Pág. 745; citado por Reyes Echandía, Alfonso, Pág. 8.



conectarse a ella una sanción penal”³⁹. Por su parte, Jiménez Huerta la considera como: “una descripción de conducta que, en virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible”⁴⁰. Para Ranieri es” el complejo de elementos que, según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, conforman los hechos que son prohibidos y ordenados bajo la amenaza de una pena”.⁴¹

El autor Alfonso Reyes Echandía la define: “como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.”⁴² En relación con la definición del autor Jiménez de Asúa, el profesor Luis Carlos Pérez, en el libro *Tratado de Derecho Penal*, hace una crítica de la expresión “abstracta concreta”, quien considera es contradictoria y anti técnica, presentado la siguiente definición: “la descripción concreta de la ley de una conducta que se conmina con pena”⁴³. Y Reyes Echandía hace la siguiente aclaración que nos parece interesante mencionar: “Entendida en su estricta significación –como lo hace el autor – la palabra abstracción, es razonable la objeción que propone; pero cuando nosotros decimos que el tipo es descripción abstracta de una conducta solo queremos puntualizar que el legislador no se refiere al concreto y específico comportamiento de un sujeto determinado, sino a cualquier acción u omisión susceptible de adecuarse al modelo consignado en la ley. La expresión “reprochable” que utilizamos en la definición sirve para recordar que el legislador solo describe como típicas aquellas conductas que

³⁹ F. Pavón, Vasconcelos. *Nociones de derecho penal mexicano, parte general*, t. II, Zacatecas, Edit. Instituto de Ciencias Autónomo, 1964, Pág. 41; citado por Reyes Echandía, Alfonso, Pág. 8.

⁴⁰ M. Jiménez Huerta. *La Tipicidad...*ed. cit., Pág.15; citado por Reyes Echandía Alfonso, Pág. 8

⁴¹ S. Ranieri. *Manuale di dirittopenale, parte generale*, vol. I, Padova, Casa Editrice Antonio Mllani, 1956, págs. 109-110; citado por Reyes Echandía Alfonso, Pág. 8

⁴² Alfonso Reyes Echandía, *La Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia 1999, Pág. 7

⁴³ L. C. Pérez. *Tratado de derecho penal*, 2º edición, Bogotá, 1977, Págs. 213-214; citado por Reyes Echandía, Alfonso, Pág. 9.



merecen rechazo social y son, por lo mismo, dignas de reproche. Finalmente, la referencia a la punibilidad pretende destacar el hecho de que toda conducta típica implica para su autor la amenaza de una sanción penal; es el aspecto coercitivo propio de los tipos penales.”⁴⁴

De la referencia presentada por los diversos juristas, quienes han aportado significativamente a la dogmática jurídica elementos destacables desde su particular criterio, no obstante que, en la actualidad, es otra concepción la que se expone en relación con la tipicidad y el tipo penal, puesto que de la síntesis antes desarrollada se advierte que al señalar tipicidad también se entendía lo mismo por tipo penal, confundiéndose ambos, es decir, al referirse a tipicidad, por consiguiente, se discutía el tipo penal. Es importante analizar las diferentes definiciones que existen, para llegar a la definición actual, que es utilizada en nuestro medio, y resulta congruente con la evolución ascendente del Derecho en este tema, a raíz de criterios homologados internacionalmente y que en la actualidad se aprende en las aulas universitarias.

La definición que se considera como la más acertada y adecuada para el presente trabajo de tesis, sin duda es la expuesta por el profesor Francisco Muñoz Conde y que indica de la siguiente forma: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.” Y quien también lo explica de otra forma: “es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”⁴⁵. Como se puede acotar,

⁴⁴ Alfonso Reyes Echandia, *La Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia 1999, Pág. 9.

⁴⁵ F. Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte General*, séptima edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2007, Págs. 251-252.



esta es la definición que se acopla de mejor forma en la práctica penal, ya que son los jueces, dentro de sus funciones, quienes aplican la tipicidad.

2.2. Desarrollo histórico

Se realizará un análisis del desarrollo histórico de la tipicidad el cual se divide en seis etapas:

a) La de su independencia; b) la de carácter indiciario de lo injusto; c) la de la *ratio essendi* de la antijuricidad; d) la nueva concepción belingniana; e) la de su fase destructiva y f) la actual.

a) Primera etapa: A comienzos del siglo XIX existían los principios de que las penas deben estar descritas en la ley y solo era punible el hecho descrito en ley y sancionado con una pena. En 1906, el profesor de Múnich, Ernest Von Beling creó el concepto “Tatbestand”, y para él es un concepto puro, sin contenido propio y es la descripción de las características objetivas de cada hecho punible. Además, aporta la creación del principio no hay delito sin tipicidad. Para explicar lo anterior se hace relación a lo siguiente, acotado por Alfonso Reyes Echandía: “Para el profesor de Múnich no es posible calificar de delictuosa la conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva; solo entonces puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptivo-objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuricidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. El tatbestandbelingniano nace, pues, como algo abstracto y objetivo, lo primero porque no pertenece a la vida real sino a ley; y lo segundo porque su función se agota



en la descripción formal de la conducta. ⁴⁶ Es muy importante el aporte de Beling porque con este se inicia la teoría del delito y posterior a su creación, muchos autores desarrollaron otros estudios importantes para la dogmática jurídica. En conclusión, según Beling, en esta etapa, la tipicidad es descriptiva – objetiva y está separada de la antijuricidad.

b) Segunda etapa: de carácter indiciario de lo injusto, se llama así ya que Max Ernst Mayer, hace alusión a lo manifestado por Beling, indicando que este autor sitúa la tipicidad independiente de la antijuricidad, pero Mayer argumenta que la tipicidad está unida a la antijuricidad por un vínculo indiciario, ya que considera que la función de la tipicidad no es solamente descriptiva sino que revela la contrariedad entre conductas y el ordenamiento jurídico. Este indicio de antijuricidad es obvio que puede destruirse cuando se demuestre que a pesar de ser típica, la conducta no afecta el ordenamiento jurídico.

c) Tercer etapa: En esta etapa, se toma en cuenta el aporte realizado por Edmund Mezger y este estudioso hace ver que la tipicidad es parte de la antijuricidad, situándola dentro de esta; para este profesor la tipicidad no es un indicio sino es la *ratio essendi* de la antijuricidad. Importante considero es observar la definición que realiza Edmund Mezger de lo que es el tipo en el propio sentido jurídico: “significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal”.⁴⁷

⁴⁶ Alfonso Reyes Echandía, *La Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A. 1999, Pág. 3.

⁴⁷ E. Mezger. *Tratado de derecho penal*, t. I, Trad. De José Arturo Rodríguez M., t. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, Pág. 365; citado por Reyes Echandía, Alfonso, Pág. 4.



d) Cuarta etapa: En esta etapa, en 1930, Beling publica una obra dedicada a Frank y que más tarde la publicó en un folleto aparte con el título “La teoría del tipo”, debido a las críticas que había sido sometida su obra. Lo más importante que aporta en esta obra es que distingue entre el “tipo del delito” (Deliktstypus) y el “Tatbestand” legal o “figura rectora” (Leitbild). La figura rectora es una imagen, una categoría sin contenido, un concepto funcional, que ejerce un papel orientador del Derecho Penal y por otro lado tipo del delito es: “el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase y cuenta con el examen de los hechos humanos y establece si estos corresponden a ese cuadro”⁴⁸. Considero importante hacer mención de lo que resume y critica Luis Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal en relación con lo compartido por Beling en 1930: “ 1) Tipo de delito (Deliktstypus): se trata de la figura del delito, como diríamos en castellano o también de la vieja acepción que se dio, de Stubel a Schaper, a la tipicidad. Tan sólo se procura destacar especies. 2) Tipo de lo injusto (Unrechtstypus): como hemos dicho, se trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas. 3) Tipo de culpabilidad: es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa no se produce la muerte. 4) Figura rectora (Leitbild): Es en realidad el antiguo Tatbestand, al que da Beling este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen (apoderamiento de cosa mueble ajena por ejemplo) lo rectora todo: en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la “figura rectora” es objetiva, descriptiva, por eso hace posible reunir en un tipo todos los demás tipos internos, el de lo injusto y el de la culpabilidad. 5) Adecuación típica (Tatbestandsmassigkeit): en realidad, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo de delito (Deliktstypus). Si éste se desmembra,

⁴⁸Beling, Ernst Von, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. De Sebastián Soler, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1944; citado por ibídem, Pág. 5.



parece que debería surgir la imagen rectora, pero no es así, esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido; mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. “Matar a un hombre” es la imagen rectora de homicidio abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción, pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora “matar a un hombre”, sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica. 6) Tipicidad “sensu stricto” (Typicitat). En sentido estricto, la tipicidad es un elemento conceptual del delito”, que no se debe confundir con la “adecuación al típico” (Tatbestandsmassigkeit), que es la realización en la práctica.

En esta etapa y con el aporte de Beling, se empieza abordar el tema de la adecuación típica que aunque hace ver que esta es de la práctica y no se debe confundir con la tipicidad aunque otros autores y actualmente se entiende por tipicidad como: “la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”⁴⁹ y también como la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; diferente concepción a la planteada en la etapa cuarta, definiciones que han cambiado del original planteado por Beling pero siempre conservando la esencia de los planteamientos originales.

e) Quinta etapa: de acuerdo con Alfonso Reyes Echandía: “el Derecho Penal alemán de la época hitleriana, influido por la concepción nacionalista del Estado, al destruir los principios fundamentales del Derecho Penal liberal, tales como el del *nulum crimen nulla poena sine lege*, tenía que renegar de la tipicidad porque ella se

⁴⁹ F. Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte General*, 7^o edición, revisada y puesta al día, Edit. Tirant lo Blanch, 2007, Pág. 252



convertía en un obstáculo para la punibilidad de conductas que significasen un peligro al nuevo orden político jurídico.”⁵⁰

“El abanderado de esta corriente destructora fue George Dahm, para quien el único criterio válido de ilicitud es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral que emerge del pueblo y de la raza. De conformidad con este planteamiento, antes que a la tipicidad de la conducta, el juez debe mirar a su capacidad de lesionar tales intereses; en la balanza de la justicia, de un lado está el hombre con su comportamiento y del otro la comunidad ultrajada; los demás son criterios formales que deben ser desestimados.”⁵¹

f) Concepto actual: en esta etapa varios autores proporcionan definiciones de lo que es tipo y tipicidad pero en la práctica se maneja por un lado la definición de que el tipo penal es la descripción de una conducta antijurídica y punible y la tipicidad que es en sí el acto que se realiza de subsumir un comportamiento a los tipos penales y que realiza el juez en momentos procesales como al dictar auto de procesamiento, al resolver reformas del auto de procesamiento y en el momento de decidir acerca del acto conclusivo y dictar auto de apertura a juicio. Hay cierta confusión ya que varios autores al hablar de tipicidad indican que es la abstracta descripción de la conducta; mas sin embargo seguiremos en el presente trabajo de investigación lo indicado por el autor Francisco Muñoz Conde al indicar que tipo es: “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal y la Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es

⁵⁰ S. Soler. *Derecho penal libera, soviético y nacionalsocialista*, en revista Cursos y Conferencia, Buenos Aires, julio 1937, Pág. 372; citado por Reyes Echandía, Alfonso, Pág. 6

⁵¹ G. Dahm. *Verbrechen and Tatbestand*, Berlín, 1935, Cit. de Asúa, Jiménez, en Tratado... Vol.III. 1192, Pág. 765; citado por ibídem, Pág. 7.



subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.”⁵² Y, así mismo, indicado por el autor Alfonso Reyes Echandía explica que la adecuación típica tiene dos momentos el estático que se refiere al tipo la descripción de la conducta y el dinámico comprende que una conducta humana penetra en lo trazado por el legislador y se subsume en las normas.

2.3. Tipo Penal

Los tipos penales los encontramos en la parte especial del Código Penal guatemalteco, habida cuenta en este apartado se expone la definición de los mismos, además, se aborda la función, estructura, los elementos del tipo penal y por último la clasificación, ello con la finalidad de cumplir con presentar un estudio profundo y serio propio de postgrado y de esta prestigiosa casa de estudios, la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

2.3.1. Definición

Se citan dos definiciones la primera externada por el profesor Francisco Muñoz Conde de la forma siguiente: “es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.”⁵³ Y la segunda definición, con autoría del profesor Alfonso Reyes Echandía: “todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien, lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular; por consiguiente en cada uno de ellos se identifican dos sujetos; el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza

⁵² F. Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte General*, 7^o edición, revisad y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch 2007, Pág. 252.

⁵³ *Ibídem*, Pág. 252.



radica el bien o interés que lesiona; una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, en veces trae referencias normativas o subjetivas y un objeto de doble entidad; jurídica en cuanto bien normativamente tutelado y material en cuanto ente persona o cosa sobre el cual recae la conducta típica.”⁵⁴ Esta última definición encierra de forma integral todos los elementos propios del tipo penal y se considera muy completa y adecuada para la academia, pues no solamente indica la esencia de los que es el tipo penal sino también explica que se identifican dos sujetos, el bien jurídico que se lesiona, y el objeto.

2.3.2. Funciones

En cuanto a las funciones Muñoz Conde menciona tres: La función seleccionadora, que se refiere a conductas humanas penalmente relevantes; la función de garantía que tiene también el tipo penal ya que solo los comportamientos subsumibles en los tipos penales pueden ser sancionados penalmente; y la función motivadora ya que esta va dirigida para que todos los ciudadanos no cometan de realizar conductas antijurídicas, ya que la descripción de los comportamientos contenida en los tipos penales, y legislador está indicando a toda la sociedad cuales conductas son prohibidas y al realizar la conminación penal se espera que se abstengan de cometerlos.

⁵⁴ A. Reyes Echandía. *Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, Santa Fe de Bogotá- Colombia, Editorial Temis S.A. 1999, Pág. 25



2.3.3. Estructura y división

La estructura del tipo penal comprende los sujetos, la conducta y el objeto, por lo que se estudiara en este punto cada uno de ellos y sus divisiones:

2.3.3.1. Los sujetos:

En la definición de tipo penal, antes acotada, se puede observar que los sujetos son básicos dentro del tipo, uno es quien realiza la acción u omisión y el otro es el titular del bien jurídico lesionado. En cuanto al sujeto activo, Muñoz Conde indica:” el delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada.”⁵⁵

2.3.3.1.1. División del sujeto activo

Existen diferentes modalidades de los sujetos activos contenidos en los tipos penales, y es importante conocerlos para identificarlos debidamente en el momento de analizar cualquier tipo penal, y en la presente investigación los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica. Para ello existen 3 modalidades mencionadas por el autor Alfonso Reyes Echandía: lato sensu, de su calidad y de su relación con la conducta:

2.3.3.1.1.1. Lato sensu

Existen tipos: monosubjetivos y plurisubjetivos. Los monosubjetivos en estos tipos es suficiente la participación de una sola persona que realice la conducta descrita; si

⁵⁵ *Ibidem*, Pág. 259.



participan varios entonces se da la coparticipación. Por su parte los tipos plurisubjetivos son aquellos donde la descripción de la conducta está implícita la participación de dos o varias personas y que sin su intervención no puede ser típica la conducta antijurídica. La plurisubjetividad presenta algunas modalidades las cuales son:

a) Plurisubjetividad derivada de la relevancia jurídica de la conducta.

De conformidad con la relevancia jurídica de la participación, sí existe pluralidad de sujetos activos esta da lugar a tipos normales y anómalos:

- Pluralidad normal: Esta concurre cuando la participación de varios sujetos es necesaria para que se encuadre en un delito, es decir cada uno de ellos debe realizar la conducta descrita en el tipo.
- Pluralidad anómala: En esta no es necesaria la participación de varios sujetos, sino que permite formas *sui generis* de participación. Se dan tres modalidades:
 - ❖ Alternativa: Los tipos describen varias conductas y cada una de ellas puede ser un delito, y en alguna de las conductas se exigen varios sujetos y también en el mismo tipo se puede encontrar una conducta unipersonal.
 - ❖ Consentida: el sujeto activo con su conducta supone el consentimiento del sujeto pasivo.
 - ❖ Referida a una sola persona: la conducta del sujeto activo hace posible a otro la realización de la conducta antijurídica quien también sería sujeto activo.

b) Plurisubjetividad derivada del número *stricto sensu*: Esta plurisubjetividad puede ser bilateral o multilateral y se refiere al número de sujetos activos para la realización de la conducta típica:



- ❖ **Bilateral:** En el tipo se contempla la necesidad que existan dos sujetos. Se puede señalar una bilateralidad impropia cuando uno de los sujetos responde de la conducta antijurídica y solo eventualmente cuando el otro de forma voluntaria y con conocimiento realiza la conducta descrita. Y la bilateralidad propia se da cuando los dos sujetos de igual manera tienen responsabilidad.
- ❖ **Multilateral:** se requiere que varios sujetos participen, no se puede cometer el delito sin la participación de varios sujetos.

2.3.3.1.1.2. En cuanto a su calidad

Se refiere a que todos los seres humanos pueden ser capaces de la comisión de un delito, pero, en determinadas circunstancias, el sujeto activo tendrá una connotación especial, que sin esta, el hecho es probable que no llegue a ser un delito o se transforme en otro ilícito. Existe la siguiente división:

a) Tipos de sujeto indeterminado: en estos tipos cualquier persona puede ejecutar la conducta antijurídica, no se requiere ninguna condición especial. La mayoría de tipos penales son de sujeto activo indeterminado, para referirse a ellos se mencionan las expresiones: “el que”, “los que”, “quien” o “quienes”.

b) Tipos de sujeto cualificado: el tipo penal describe que el sujeto activo requiere determinada condición, característica o cualidad especial. Esta puede ser: natural, jurídica o profesional.



- **Cualificación natural:** son características que permiten diferenciar una persona de otra, puede ser: la edad, sexo o una condición biosíquica.
- **Cualificación jurídica:** la cualificación del sujeto activo tiene relación con el área del derecho. Puede ser de Derecho Público o privado.
- **Cualificación profesional:** el sujeto activo tiene determinada profesión u oficio.

2.3.3.1.1.3. En relación con la conducta

Presentan dos modalidades: de encuentro o reciprocidad y de convergencia.

a) **Tipos de encuentro:** se da este tipo cuando la conducta de dos o más personas se da de forma recíproca, y sin esa mutua acción no es posible la realización del hecho. Los tipos de encuentro o reciprocidad son homogéneos o heterogéneos.

- **Tipos de encuentro homogéneos:** la conducta de varios sujetos están dirigidas hacia una misma dirección
- **Tipos de encuentro heterogéneo:** las acciones son diversas pero siempre enfocadas a un mismo fin.

b) **Tipos de convergencia:** también se llaman de cooperación unilateral, pueden ser realizados por una sola persona pero permiten la intervención de otro, a través de una conducta que puede ser de auxilio, instigación o consentimiento.



2.3.3.1.2. Sujeto Pasivo:

“Cuello Calón considera como sujeto pasivo al titular del derecho interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Sosa Chacín, por su parte, cree que es este un concepto jurídico: La abstracción hecha por el legislador en el tipo legal que describe el concepto donde puede encajar cualquier ente contra el cual se dirige la acción del sujeto activo y a quien pertenece el derecho del interés lesionado. El sujeto pasivo es el titular del interés jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente.”⁵⁶

2.3.3.1.2.1. División

La división del sujeto pasivo se hará de la siguiente forma:

- a) En cuanto a la titularidad del bien jurídico: Hay tres clases de sujeto pasivo:
- El individuo es sujeto pasivo de los tipos penales que protegen intereses jurídicos y la persona es titular de forma individual: como la vida y la integridad personal
 - La colectividad es sujeto pasivo en los tipos penales que protegen intereses jurídicos que protegen a la sociedad.
 - El Estado es sujeto pasivo cuando los tipos penales protegen intereses jurídicos donde es titular.

⁵⁶ A. Reyes Echandía. *Tipicidad*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A. 1999, Págs. 42-43



b) En cuanto a su número: Puede ser singular o plural.

- Sujeto singular: un titular del bien jurídico afectado.
- Sujeto plural: los tipos penales protegen interés jurídico y la colectividad es titular.

c) En cuanto a su calidad: indeterminados o cualificados.

- Indeterminados: No importa quién sea el titular del bien jurídico afectado.
- Cualificados: puede ser una condición natural: esta depende de la edad, sexo o condición biosíquica; condición jurídica: el sujeto pasivo puede ser una persona física o persona moral y estas pueden ser del Derecho Público o Derecho Privado; condición profesional: el sujeto pasivo debe tener una calidad de industrial, comerciante o empleado.

2.3.3.2. La conducta

Cuando se hace referencia a la conducta, se piensa inmediatamente en los comportamientos humanos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídicamente protegido, pero, también se hace énfasis en la abstracta descripción de una hipotética actividad que hace el legislador en una norma penal. La conducta es el elemento objetivo del delito, y la abstracta descripción de una hipotética actividad del hombre que hace el legislador en una norma penal es un elemento del tipo penal.



2.3.3.2.1. El verbo rector

“Si el verbo es la parte más importante de una oración y si la conducta descrita en el tipo se plasma en una oración gramatical, entiéndase perfectamente que el verbo haya sido llamado con toda propiedad “núcleo rector del tipo”. Por verbo rector entendemos, pues, aquella forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella gira en derredor del mismo.”⁵⁷ El estudio del verbo rector es fundamental, ya que diariamente jueces, fiscales y otros sujetos procesales interpretan el verbo rector para poder aplicar justicia.

“Cuando se habla de verbo rector se requiere distinguirlo de otros verbos o formas verbales que el legislador suele emplear al describir una misma conducta y cuya función es accesoria. A menos que se trate de un tipo compuesto, solo existe en cada uno de ellos un verbo rector.”⁵⁸

2.3.3.3. El objeto

Este es otro elemento del tipo y este, a su vez, se estudia en lo jurídico y material.

2.3.3.3.1. El objeto jurídico

Al estudiar el objeto jurídico se advierte que delito no solo es la rebelión del ser humano hacia lo contenido en las normas, sino que, básicamente, es la lesión por un interés jurídicamente tutelado y que se concretiza en un bien jurídico. Realmente, es muy importante indicar que sin la objetividad jurídica no es posible que se den

⁵⁷ *Ibídem*, Pág. 48

⁵⁸ *Ibídem*, Pág. 48



tipos penales. En todo caso, no basta la lesión o el peligro de un bien para que pueda existir un delito, es necesario que la conducta se haya establecido por el legislador en normas y así tutelar tales bienes.

“Razón tiene, pues, Jiménez Huerta, cuando afirma que “negar al bien jurídico la condición de elemento integrante del tipo penal, es incidir en la más voluminosa inconsecuencia teleológica, pues no se concibe un tipo penal que no tutele un bien jurídico. El bien jurídico asume la eminente función de ser el faro que alumbrará con la luz penetrante su alcance y significado, de igual modo que el cerebro del hombre es la parte del cuerpo a la que se asigna la más noble función.”⁵⁹

“Para referirse a la objetividad jurídica, la doctrina suele emplear indistintamente las expresiones “bien” o “interés; conviene, por lo tanto, dilucidar su exacta significación, dada la importancia que el empleo de estos términos tiene para la correcta solución de los problemas que plantea este tercer elemento del tipo.

Bien es todo aquello que, teniendo una existencia material o inmaterial, resulta apto para la satisfacción de necesidades humanas, de acuerdo con este concepto, no solo las cosas materiales (dinero, animales, vestidos, etc.) también las ideales o abstractas (honor, reputación, etc.) son bienes en cuanto unas y otras tienen aptitud para satisfacer apetencias.

La doctrina dominante considera el interés como la valoración que el individuo hace respecto de la aptitud que un determinado bien tiene para satisfacer una necesidad.

⁵⁹ M. Huerta Jiménez. Ob. Cit. Págs. 93-94 citado por Echandia, Alfonso Reyes, *Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1999, Pág. 69



Se trata, pues de un “juicio de relación sobre el valor de un bien como medio de satisfacción de una necesidad de contenido jurídico, moral o social”.⁶⁰

Con lo anterior, se entiende que el bien es de naturaleza objetiva y el interés es subjetivo.

“El bien, dice Pannain, es un *quid bonum* que existe en el mundo exterior, que tiene la capacidad de satisfacer necesidades y puede suscitar deseos, apetitos, representaciones de utilidad. El interés, siendo el resultado de la valoración que el individuo hace de la idoneidad de un bien para satisfacer una necesidad, siendo, pues, una relación entre el sujeto y el bien, pertenece a aquel; es decir, el sujeto está ligado al bien a través del interés, lo que demuestra que se trata de cosas distintas aunque coincidentes.”⁶¹

En conclusión, el Derecho tutela el interés del sujeto al disfrute del bien que puede ser lesionado o puesto en peligro. Petrocelli indica: “tégase en cuenta que aquello que es realmente tutelado por el derecho no es el bien, la cosa en sí y por sí, sino el hombre en cuanto tiene necesidad de ella, es decir, la relación del hombre con la cosa y, por ende, el interés”⁶²

2.3.3.3.1.1. División

El bien jurídico puede dividirse en razón de su alcance y de acuerdo con su titular.

⁶⁰ A. Echandia, Reyes, *Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1999, Pág. 69

⁶¹ Cfr. Pannain, Ob. Cit., vol. I, Pág. 24, citado por *Ibidem*, Pág. 70

⁶² Biaggio Petrocelli, Ob.Cit., Vol. I, Pág.23, citado por *Ibidem*, Pág. 71



- En razón a su alcance: a su vez, se divide en genérico y específico, el primero tiene relación con la función de un estado de garantizar la integridad y seguridad de la sociedad; y por lo tanto el Estado tiene el interés de que los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales sean salvaguardados; y el objeto específico, se refiere al interés que cada individuo en particular tiene de conservar y proteger un determinado bien jurídico tutelado.

- En cuanto a su titular: se refiere a los bienes jurídicos pertenecientes al individuo, sociedad y al Estado. En cuanto al individuo, el objeto jurídico puede ser una persona física o moral o jurídica, considerada en concreto; en cuanto a la sociedad, el titular es el propio conglomerado social; y el tercero, el Estado el titular como persona jurídica *sui generis*.

2.3.3.3.2. Objeto material

“es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente. Gallón Giraldo asevera que el objeto material es aquella persona o cosa que el legislador ha querido proteger, por concretarse en ella el objeto jurídico y sobre la cual recae la conducta típica. Solo que el legislador no protege personas o cosas sino intereses jurídicos que se concretan no solamente sobre personas o cosas sino también sobre fenómenos jurídicos, naturales o sociales.”⁶³

2.3.3.3.2.1. División

Existen tres especies de objeto material:

⁶³ A. Reyes Echandía. *Tipicidad*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A. 1999, Pág. 83



- Objeto material personal: “Es toda persona física o moral, viva o muerta, consciente o inconsciente, sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente.”⁶⁴
- Objeto material real: “Esta constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo. La palabra cosa debe entenderse en sentido naturalístico, es decir, como “cualquier parte del mundo externo”⁶⁵
- Objeto material fenomenológico: el objeto material es un fenómeno externo y tiene carácter jurídico, natural o social.

2.4. Clasificación de los tipos

Es posible clasificarlos pero deben tomarse los siguientes criterios: su estructura, el sujeto activo, el bien jurídico tutelado y su contenido.

2.4.1. División de los tipos según su estructura

Se dividen a su vez en básicos o fundamentales, especiales y subordinados o complementarios; en elementales y compuestos y en completos, incompletos y en blanco.

⁶⁴ De Asúa, Jiménez, Tratado.... T. III, Ob. Cit., Pág. 100.

⁶⁵ A. Reyes Echandía, *Tipicidad*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A. 1999, Pág. 85



❖ Tipos básicos o fundamentales: estos tipos describen conductas dañinas de la integridad del bien jurídico tutelado y la adecuación típica es autónoma, se realiza sin hacer relación a otros tipos.

❖ Tipos especiales: estos tipos describen conductas haciendo referencia al básico pero son diferentes ya que agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos.

❖ Subordinados o complementarios: estos tipos necesariamente dependen de los tipos fundamentales o especiales, carecen de vida propia. Se refieren a un tipo básico o especial, describen circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios elementos del tipo al que se refieren.

Los tipos especiales y subordinados se dividen en privilegiados y agravados: Los *privilegiados* se caracterizan porque la conducta en ellos descrita es de menor importancia que la ocasionada con la conducta descrita en el tipo básico y es por ello que la sanción es más leve. *El agravado* en cambio la conducta descrita en el tipo penal lesiona más gravemente el bien jurídico y la sanción es más alta.

❖ Tipos elementales y compuestos: El tipo elemental es aquel tipo que describe un solo modelo de comportamiento y el tipo compuesto aquel que describe una pluralidad de conductas.

❖ Tipos completos e incompletos: Los tipos completos describen la conducta y la sanción en toda su integridad aunque no puntualicen sus detalles y los tipos incompletos la conducta o sanción faltan, se pueden hablar de tipos sancionatorios



que solo contienen la descripción de la conducta y falta la sanción; y los tipos sancionatorios que indican solamente la sanción.

❖ Tipos autónomos y en blanco: La mayor parte de tipos básicos y especiales son autónomos; estos tipos son autosuficientes, se encuentran en ellos todo lo que se necesita para su comprensión y aplicación; contienen precepto y sanción de manera expresa e integral. Los tipos en blanco la conducta no aparece completamente descrita y es necesario actualizarla y concretarla con el mismo u otros ordenamientos jurídicos.

2.4.2. División de los tipos en relación con el sujeto activo

En relación con el número de agentes necesarios para la realización de la conducta típica, y pueden ser: monosubjetivos y plurisubjetivos. También hay otra división, la cual se refiere a la calidad de los actores pueden ser sujeto activo indeterminado y sujeto activo cualificado.

❖ Los monosubjetivos son aquellos tipos que describen conductas realizada por una persona.

❖ Los plurisubjetivos describen conductas donde tienen que participar por lo menos dos personas.

❖ Los tipos de sujeto indeterminado son aquellos en donde no es necesaria una condición especial para realizar la acción descrita, el legislador utiliza palabras como: “el que”, o “quien”.



- ❖ Los tipos de sujeto cualificado si requieren que el sujeto activo tenga una cualidad o categoría especial, y sin esta la conducta no es típica.

Esta cualificación puede ser natural, jurídica o profesional. La cualidad natural se relaciona con la edad, sexo o cualquier otra condición biosíquica del actor; la jurídica se refiere a si el agente es funcionario o empleado público y la profesional se refiere a la actividad profesional que debe desarrollar el sujeto activo.

2.4.3. División de los tipos en relación con el bien jurídicamente tutelado

Se dividen en esta categoría de la siguiente manera: tipos simples o mono-ofensivos y complejos o pluriofensivos, y tipos de lesión y de peligro.

- ❖ Tipos simples o de conducta mono-ofensiva: estos tipos tutelan de manera específica un solo interés jurídico.
- ❖ Tipos complejos o de conducta pluriofensiva: en estos tipos se protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de estos bienes esté independientemente tutelado en otro tipo.
- ❖ Tipo de lesión: Estos tipos se requiere la eliminación del bien jurídico. La adecuación típica alcanza su realización al lograr destruir o disminuir el bien jurídico.
- ❖ Tipo de peligro: Los tipos penales describen conductas que tienen como fin amenazar o poner en peligro el bien jurídico tutelado. Estos a su vez se dividen en: tipos de peligro directo e indirecto; efectivo y presunto; individual y común: a) tipos de



peligro directo e indirecto: son peligro de directo aquellos que directa e inmediatamente amenazan la integridad del bien jurídico y los tipos de peligro indirecto el legislador por la trascendencia del bien que desea proteger, no solo lo ampara del peligro de lesión, sino también de cualquier amenaza que se pueda producir; b) tipos de peligro efectivo y peligro presunto: los tipos de peligro efectivo son aquellos que exigen la prueba de que el bien jurídico tutelado se haya puesto efectivamente en peligro y los tipos de peligro presunto no exigen la prueba del peligro; solo es suficiente que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado; c) peligro individual o peligro común: los tipos de peligro individual la conducta descrita amenaza a una o varias personas concretamente determinadas y los tipos de peligro común describen conductas que pueden afectar a un número indeterminado de personas.

2.4.4. División de los tipos en relación con su contenido

Se relaciona a los modelos de comportamiento susceptibles de sanción penal: mera conducta y de resultado, abiertos y cerrados, de conducta instantánea y de conducta permanente, y de acción y de omisión.

❖ Tipos de mera conducta y tipos de resultado: los tipos de mera conducta el legislador ha considerado que la conducta por sí misma debe ser penalizada, independiente del resultado que se pueda producir y los tipos de resultado la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino se hace necesaria la producción de un evento, y que sin este no es posible la tipicidad plena.



- ❖ Tipos abiertos y tipos cerrados: Los tipos abiertos son los que en la descripción no se realiza una descripción precisa de la conducta o se menciona solamente el resultado, sin indicar la modalidad del comportamiento que se ha producido y los tipos cerrados si concretan de forma precisa y amplía la conducta y señalan el resultado indicando la forma en que ha de producirse.

- ❖ Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente: *los tipos de conducta instantánea son aquellos en que la realización del comportamiento descrito o la producción del evento señalado se realizan en un solo momento y los tipos de conducta permanente son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, el proceso consumativo perdura mientras el propio agente no ponga fin a su acción, por maniobras de las víctimas o por un agente externo.*

- ❖ Tipos de acción y tipos de omisión: Los tipos de acción los que describen conductas donde es necesario que el sujeto activo realice actos sensorialmente perceptibles y los tipos de omisión describen una conducta negativa, un no hacer penalmente relevante. Es el no actuar cuando se tenía la obligación jurídica de hacer lo debido. Esta es llamada omisión pura o propia y existen también la omisión impropia que se refiere a la simple inactividad como medio para lograr el resultado. También existe el delito de acción por omisión cuando el sujeto activo mediante la omisión busca el resultado previsto en un tipo de acción.

2.5. Elementos del Tipo Penal

Para una mejor comprensión de los tipos penales que se estudiarán en el presente trabajo de tesis es menester abordar los elementos del tipo penal, en virtud de que los operadores de justicia al analizar la descripción de un tipo penal para su adecuada



interpretación y aplicación legal deben de dominar el tema de los elementos del tipo penal. En el presente trabajo de tesis se analizarán los tipos penales de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica. Y al analizar el tipo penal de violación y agresión sexual el tipo contiene un elemento normativo, la violencia física o psicológica y esto conlleva a que su análisis sea el adecuado para no obviar el adecuar conductas antijurídicas que violan bienes jurídicos tutelados como la libertad e indemnidad sexual, y la integridad física y psicológica.

Algunas posturas indican que en la descripción de la conducta de la normativa se utilizan elementos del lenguaje, estos pueden ser descriptivos o normativos. Y otros realizan la división de Elementos subjetivos y Elementos Normativos. La postulante abordará la primera postura.

En la clase Crimina 3.4, del Área del Derecho Penal, el sistema español: los delitos de la Universidad de Navarra se explica el elemento descriptivo y el normativo de los tipos penales: "Entendemos por elemento descriptivo aquel término legal cuyo contenido viene determinado por el sentido que el uso del lenguaje da a la expresión. Se trata de realidades naturalísticas, perceptibles por los sentidos, a los que el lenguaje se refiere con expresiones comunes. Mezger los define como "determinados estados y procesos corporales y anímicos que deben ser comprobados caso por caso por el juez cognoscitivamente". Por elemento normativo entendemos aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido. Siguiendo a Mezger, cabe decir que "los elementos normativos se refieren a aquellos datos que no pueden ser representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma. Se trata de



presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho.”⁶⁶

En cuanto al elemento normativo, se mencionan las siguientes definiciones:

““Los elementos normativos son todos aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o el juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de varias esferas y tener por base tanto lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico”⁶⁷

“Los elementos normativos o necesitados de complementación, son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación de hecho. Aquí cabe distinguir elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos de tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional.”⁶⁸

⁶⁶ <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/elementosdescriptivosynormativosdelostipos.html> Universidad de Navarra, El sistema español: los delitos, Crimina 3.4, Área de Derecho Penal, Elementos descriptivos y normativos de los tipos. Facultad de Derecho Campus Universitario 31080, Pamplona, Navarra, España.

⁶⁷ J. M. Rodríguez. *Derecho Penal Español*, Pág. 339

⁶⁸ J. del Rosal, *Tratado de Derecho Penal Español*, Págs. 781-782



CAPÍTULO III

Los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente

3. Análisis de los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer, física y psicológica, cometidos en contra de niñas y adolescentes

El análisis de tipos penales de violencia sexual se desarrolla con base en lo regulado en la Ley especial, Ley contra la Violencia sexual, Explotación y Trata de personas en el título, capítulo I, de la violencia sexual, el cual contiene los tipos penales de violación y agresión sexual, cuando el sujeto pasivo son las niñas y adolescentes. En la presente tesis al referirse a la violencia sexual se hace alusión a este capítulo y los tipos penales que lo contienen, y no a la violencia sexual contenida en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

En cuanto a los tipos penales de violencia física y psicológica se estudian de conformidad con lo estipulado en la ley antes mencionada. Habida cuenta, se parte haciendo un estudio de cómo se encontraban reguladas las referidas conductas anteriormente a las reformas y creación de legislación especial; los tipos penales y la adecuada tipificación de los hechos en los tipos referidos.

Dentro del presente trabajo de investigación, se denotó la importancia de abordar el estudio profundo de los tipos penales de violación, agresión sexual, violencia contra la mujer en sus manifestaciones física y psicológica, así como la adecuación típica de los mismos. Este tema se debe estudiar a profundidad por todo profesional que trabaja con este tipo de delitos. Lo anterior y lo siguiente como parte de hipótesis



del presente trabajo: no solo la falta del estudio profundo de los tipos en el área legal, sino también cuando existe la falta de conocimiento en el aspecto doctrinario, y la complejidad de su redacción en la normativa; además, en los últimos 6 años, estos tipos penales fueron creados o modificados, según el caso, y es necesario un conocimiento especial en este tema, para poder resolver los casos que se presentan de conformidad con el derecho, con el propósito de realizar una debida aplicación de la justicia.

3.1. Antecedente legal

3.1.1. Violencia sexual

El Código Penal ha tenido considerables reformas, y la normativa ha sido influenciada por los diferentes instrumentos nacionales que se han aprobado y la doctrina de género, que también ha tenido más enfoque en las últimas décadas. Los códigos anteriores, sin lugar a dudas, tenían el espíritu de lo que sucedía en la sociedad de esa época y la importancia era proteger el honor y pudor de la mujer. Vemos que el bien jurídico protegido en los tipos penales era el pudor y la honestidad, como sucedió con el Código Penal de 1973 que incluía el bien jurídico del pudor y en el Código Penal de 1935, el bien jurídico era la honestidad. Según el *Diccionario de la Real Academia*, pudor significa honestidad, modestia y recato; el incluir el pudor como un bien jurídico protegido daba la idea de que las mujeres sin honestidad, modestia y recato no podían ser protegidas penalmente, como por ejemplo: el tipo penal de estupro contenía en la descripción del tipo penal, mujer honesta, lo que permitía que, en el momento de interpretar este tipo penal y aplicar la tipicidad, el juzgador realizara, en su función, una valoración por ser un elemento normativo y se podía interpretar que la mujer catalogada como mujer deshonesto o impura no podía



ser protegida si era víctima de este flagelo. Esto era una discriminación hacia la mujer, ya que era menester que se protegiera la libertad sexual como se implementó con la reforma más reciente en 2009.

Posteriormente, fueron implementadas varias reformas como: el aumento de penas para los tipos penales de violación calificada, abusos deshonestos agravados, acrecentando penas, por medio del Decreto 20-96 del Congreso de la República de Guatemala; con el Decreto 38-2000 del Congreso de la República de Guatemala, se adicionó al Artículo 179, abusos deshonestos violentos, un último párrafo: “Se le impondrá la pena de 50 años si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad y ésta falleciere”.

En el año 2006, la Corte de Constitucionalidad enfatizó el criterio que los bienes jurídicos tutelados en los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos son la libertad sexual y la seguridad sexual, y declaró inconstitucional la “extinción de la responsabilidad penal en el caso del legítimo matrimonio de la víctima del delito sexual con su ofensor, a través de la Inconstitucionalidad general parcial del artículo 200 del Código Penal en el expediente 2818-2005, sentencia de fecha 17-03-06: “siendo que los delitos de violación, estupro, y abusos deshonestos, tienden a la protección del bien jurídico tutelado de la libertad y seguridad sexuales, no puede aceptarse, bajo ningún punto de vista que el matrimonio del ofensor con la víctima haga desaparecer el perjuicio que la perpetración de aquel hecho delictivo haya podido ocasionar a esta última tanto a nivel somático como psicológico”.

En el año 2009, se originan las reformas más considerables en cuanto a la violencia sexual, explotación y trata de personas, y el Congreso de la República de Guatemala crea el Decreto 9-2009 que contiene la Ley especial en contra de estos ilícitos. El



espíritu de esta ley es proteger esencialmente a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia y la protección que el Estado de Guatemala debe otorgar a la niñez sin importar el sexo contra toda forma de abuso físico, sexual, emocional y descuido o trato negligente. Además de brindar una protección especial para la niñez, también protege el desarrollo adecuado de manera integral y la minoría de edad. En los considerandos se hace una relación de la normativa internacional que combate estos flagelos y la ratificación que realizó el Estado de Guatemala de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con esta normativa, se derogó el nombre de los Capítulos II,II y IV del Título III del Libro II, y se reformó la denominación del Título III del Libro II del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República el cual queda así: “Título III De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas”. Y se reformó la denominación del Capítulo I del Título III del Libro II el cual quedó así: “Capítulo I De la violencia sexual”. Se derogaron también los Artículos del 175 al 180 que contenían: la violación calificada, estupro mediante inexperiencia o confianza, estupro mediante engaño, estupro agravado, abusos deshonestos violentos, y abusos deshonestos agravados. Y se reformaron los Artículos 173 violación y 174 agravaciones de la pena, y se adicionó el artículo 173 bis, agresión sexual. También se reformó la denominación del Capítulo V del Título III del Libro II del Código Penal, quedando así: “Capítulo V De los delitos contra la indemnidad sexual de las personas”. Este contiene los tipos penales de Exhibicionismo sexual, Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad y violación a la intimidad sexual. Se regularon otras reformas pero estas están relacionadas con la explotación y trata de personas. En el presente ensayo, el análisis se circunscribe a tratar la violencia sexual: violación y agresión sexual.



Al darse esta reforma, muchos pensaron que se habían despenalizado algunos tipos penales, pero lo que sucedió fue que, en el caso de los delitos de abusos deshonestos y abusos deshonestos agravados cambio el *nomen iuris* y no quedó despenalizada la descripción antijurídica y los actos sexuales distintos al acceso carnal descritos en el tipo penal de abusos deshonestos agravados que fue derogado, pues, ahora se subsumen, encuadran o adecuan en el tipo penal de agresión sexual, el cual, en su descripción del tipo penal, indica, “realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona”, por lo que cualquier acto antijurídico que conlleve tocamientos, caricias, besos, encuadra de forma perfecta en este tipo penal. En cuanto a este punto, el Doctor Justo Solórzano acotó: “Para comparar dos leyes penales, una derogada y otra vigente, debe partirse sobre el presupuesto. El comportamiento nunca se modifica por la aprobación de una nueva Ley, es siempre exactamente el mismo. De esa forma, la desaparición de un tipo penal no implica – per se- la impunidad de dicha conducta, ya que la nueva Ley puede sancionar la misma conducta con un tipo penal distinto. De esa cuenta, un comportamiento deja de ser sancionado únicamente cuando la conducta derogada no puede ser subsumida en un nuevo tipo penal. La mera modificación del –*nomen iuris*- no implica la impunidad de un comportamiento. En estos casos no hay despenalización sino un nuevo tratamiento de la materia.”⁶⁹

En el caso del estupro, según las modalidades que se describían anteriormente a la reforma, engaño e inexperiencia o confianza, si fuera posible probarlo, ahora encuadrarían en el tipo penal de violación, ya que este tipo penal contiene elementos normativos que se refieren a que si la violación es cometida mediante violencia psicológica o física cuando son mayores de 14 años se considera violación. Con esta reforma, el estupro fue analizado de conformidad con el Artículo 56 del Decreto

⁶⁹ J. Solórzano, Notas: “Reflexiones sobre las Leyes penales en el tiempo (parte 1), 2009



9-2009, que reforma el numeral 4 del Artículo 1 de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto 17-73, describe que es violencia tanto física como psicológica, y se menciona que la conducta de engaño al ocasionar daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo integral de la persona se considera como violencia psicológica y debiera subsumirse en este tipo penal. Esto resolvió aquellas preguntas acerca que se realizaría ante casos donde hubiera ocurrido una acción antijurídica y el aprovechamiento de alguna situación de vulnerabilidad, o bien el engaño con tal de conseguir la satisfacción sexual en los casos de adolescentes mayores de 14 años. Más sin embargo, con la reforma al artículo I de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto 17-73 mediante el Artículo 44 de la Ley de Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República, que más adelante se estudiará y se tendrá que hacer otro análisis, ya que dicha reforma contiene una nueva definición de violencia psicológica y la misma es limitada y se refiere al contexto de la Ley de Corrupción. Actualmente, con la reforma mencionada, aquellos casos de estupro según se considera pueden resolverse con la definición de violencia psicológica regulada en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Artículo 3, inciso m, y si la acción causó daños o sufrimientos psicológico, por ejemplo: el engaño que un sujeto activo pudiera cometer para fines de menoscabar la libertad sexual, y al existir pruebas idóneas, encuadraría la conducta antijurídica en el tipo penal de violación o agresión sexual, cuando el sujeto pasivo es mayor de 14 años.

Otro aspecto relevante, que merece un análisis y comentario, es en cuanto a la desigualdad de protección que existía atinente al género pues, el Código Penal decreto 17-73 en los Artículos 179 y 180 contemplaba los tipos penales de abusos deshonestos violentos, y abusos deshonestos agravados, y para el efecto se reguló como cualquier acto sexual, diferente al acceso carnal que se cometiera con una



persona de su mismo o diferente sexo este encuadraba en el tipo penal de abusos deshonestos y si estaba involucrado un niño, niña o adolescente mayor de 12 años y menor de 18 años en abusos deshonestos agravados; si ocurría un hecho donde existiera penetración anal o bucal en persona de su mismo sexo, dichas acciones encuadraban en estos tipos penales. En la reforma del Decreto 9-2009, se logra un avance significativo congruente con corrientes modernas globalizadas, porque sin discriminar, en cuanto al género se refiere, regula que para todos los sujetos pasivos, sin importar el sexo, tienen libertad sexual e incluye dentro de los tipos penales de violación y agresión sexual tanto a las mujeres como a los hombres como sujetos pasivos. Anteriormente, solo se consideraba violación si el sujeto activo era un hombre y el sujeto pasivo una mujer, ya que el tipo describía que tenía que yacer el hombre con mujer, y el tipo de estupro en su descripción mencionaba acceso carnal con mujer honesta.

Con las reformas de Decreto 9-2009 se incluye en el tipo penal de agresión sexual el elemento subjetivo de realizar actos con fines sexuales o eróticos, que es criticable la inclusión de este elemento subjetivo, ya que puede crear confusión y puede considerarse que una conducta es atípica, por que el sujeto activo realizó el acto con otro fin, como el de humillación, burla, etc., cualquier contacto genital debiera llevar implícito el fin sexual. Si se trata de besos o caricias en otra parte del cuerpo, con este tipo subjetivo se tendría que probar si el fin del acto era sexual o erótico, y esto es difícil de probar. En relación con esto, Francisco Muñoz Conde dice: “No existe ciertamente, un concepto puramente objetivo de lo sexual, aunque no puede por menos que calificarse como tal todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. No hay, por tanto, problema alguno en considerar acto sexual, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, (...). Pero cuando los



actos no tienen este carácter tan claramente sexual, su calificación en un plano puramente objetivo es más problemático; así sucede, por ejemplo, con los besos y tocamientos de partes del cuerpo que no sean los órganos genitales propiamente dichos. Por ello, un sector doctrinal recurre a un elemento subjetivo caracterizado por el “animo lúbrico” o “lascivo”, que dejaría fuera del ámbito de lo sexual actos equívocos o incluso claramente sexuales realizados con fines terapéuticos, científicos, jocosos o simplemente injuriosos, vengativos, o de burla. Sin embargo, la adición de este elemento hace depender la calificación de sexual de una actitud subjetiva interna de difícil prueba, lo que conduce también admitir la subjetividad del juzgador como elemento a tener en cuenta en la determinación del carácter sexual de un determinado acto (...). En todo caso, para determinar cuándo un comportamiento puede ser calificado de naturaleza sexual, habrá que situarlo en un contexto determinado en el que cultural y socialmente pueda ser calificado como tal: un acto médico de exploración uretral o vaginal realizado conforme a las reglas y prescripciones médicas queda fuera del concepto de comportamiento de naturaleza sexual, por más que el médico obtenga alguna vez placer sexual con ello; y un abrazo y beso acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana será normalmente considerado como agresión o, en su caso, como abuso sexual, por más que el individuo alegue que lo hizo con ánimo de burla o broma (dejando aparte ahora cuestiones sobre error, consentimiento, etc., que pertenecen a otro lugar).⁷⁰ “(...) “lo importante es que los actos objetivamente tengan esa connotación sexual, independientemente de cuál ha sido la finalidad con que (se) ha emprendido la acción”.⁷¹

70 F. Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte Especial*, decimoquinta edición, revisada y puesta al día, , Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004. Págs. 212-213

71 A. Rodríguez. *Análisis crítico de la ley contra la explotación sexual en personas menores de edad*, publicado en *Medicina Legal*. Costa Rica, V.19. Heredia Mar, 2002, Pág. 2, citado por Paz y Paz Bailey, Claudia, *La nueva regulación de la violencia sexual en Guatemala*, Pág. 29



En relación con los casos de niñas y adolescentes, los comportamientos antijurídicos que se cometen en contra de la libertad e indemnidad sexual, si bien es cierto, en la mayoría de casos la finalidad de sujeto es la satisfacción sexual, es posible que en algunos casos no sea precisamente este el fin, y probar los hechos será de difícil realización ya que para la niñez principalmente es muy difícil expresar lo que sucedió.

En nuestro ordenamiento jurídico, en el Artículo 10 del Código Penal, se regula la relación de causalidad y con este tipo penal se tendría que aplicar la teoría finalista, cuestión criticable, ya que el sujeto pasivo tuvo una afectación independientemente de la intención del sujeto activo. Por lo que es importante que el acto tenga esa connotación sexual independientemente del fin.

Ahora se realiza el análisis del antecedente de la normativa especial que protege bienes jurídicos tutelados que afectan a la mujer.

3.1.2. Violencia contra la mujer

La mujer siempre ha sido víctima de vejámenes, razón por la cual se ha creado normativa a nivel nacional como: la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, Decreto 7-99; Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96; normativas que contienen derechos y protegen a la mujer en diferentes ámbitos, y en la segunda citada se otorga el derecho a medidas de seguridad. Con esta normativa se protegía a la mujer en cierta manera, y cuando se cometía un hecho ilícito en contra de las mismas, si este constituía delito era tipificado según el caso como homicidio, asesinato, lesiones graves, lesiones gravísimas o leves; y con la creación de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer se crean tipos penales como el Femicidio, y la Violencia



contra la Mujer: física, psicológica, sexual y económica. Estas leyes fueron creadas por la influencia de instrumentos internacionales y movimientos de mujeres, finalmente fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala el Decreto número 22-2008. Con esta normativa, hechos de violencia física y psicológica son punibles al ser probados de conformidad con la normativa.

3.1.3. Bien jurídico tutelado de los tipos penales de violación y agresión sexual

El presente estudio inicia por el análisis del tipo penal de violación, con la reforma de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009, el bien jurídico protegido es la libertad e indemnidad sexual, entendiéndose que toda mujer sin importar la edad, status social, vocación, etc., tiene la libertad de decidir con quien desea tener una relación sexual. En el caso de niñez y adolescencia, se considera que carecen de las facultades necesarias para decidir libremente si desean o no tener una vida sexual, debido a que se encuentran en una etapa donde todavía no han alcanzado la madurez necesaria para tomar decisiones libremente y la comprensión de lo que implica el tener relaciones sexuales y sus consecuencias, si no se realizan en el momento o persona adecuada, es decir, si se trata de niños se encuentran totalmente afuera del contexto sexual y al tratarse de adolescentes el propio término advierte la carencia o adolescencia de facultades, cognoscitivas, culturales, físicas y psicológicas idóneas para incurrir en dicho ámbito y, por lo tanto, el Estado debe proteger a esa porción significativa de población, por medio de la regulación legislativa.

Es aquí donde se aborda la indemnidad sexual, pues la niñez y adolescencia, así como los incapaces necesitan una protección especial en su sexualidad ya que no tienen la capacidad suficiente para hacerlo por sí mismos, y es necesario que el



Estado garantice el desarrollo sexual de los mismos por medio de los mecanismos adecuados idóneos eficientes y eficaces.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 2 estipula que el Estado de Guatemala deberá garantizar la libertad a todos los habitantes; en el Artículo 51 de la ley fundamental consagra que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad; parámetros constitucionales que se desarrollan por medio del Artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que señala: los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad, por lo que el Estado tiene el deber de garantizar la libertad, que es un bien jurídico muypreciado. Todo ser humano tiene derecho a vivir en un país donde se sienta libre en la emisión de pensamiento, en la locomoción, en el derecho de petición, de disponer de sus bienes, libertad de culto, etc., y cuanto más cuando se habla de la libertad sexual, como bien jurídico que debe ser protegido, por ser algo que atañe la intimidad y repercute en todas las áreas de la vida y si esta es violentada las consecuencias son nefastas.

En el caso concreto de la niñez y adolescencia, el Artículo 54 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula el derecho a la protección por el maltrato que tienen derecho la niñez y adolescencia en diferentes ámbitos y en el sexual. La Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas establece en el Artículo 2 inciso b) la protección especial que tienen las víctimas; y en los Artículos 173 y 173 bis, que regulan la violación y agresión sexual respectivamente, el bien jurídico tutelado de ambos tipos penales se resguarda la libertad sexual para los mayores de edad, y para los menores de edad e incapaces la indemnidad sexual, como lo explica el connotado autor Francisco Muñoz Conde: “ A) Nadie duda, desde luego de que la libertad es uno de los bienes, jurídicos preeminentes, el más



importante después de la vida y la salud y, probablemente, el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana. (...)

Dentro de la libertad, en general, la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad.”⁷² Comparto este criterio, no es posible hablar de libertad sexual en los casos de niñez y adolescencia, ya que está viciada esta capacidad de decisión por la falta de madurez y desarrollo emocional, físico y sexual.

Con las reformas incluidas en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, se transforma la denominación del Título III del Libro II del Código Penal, que abarca los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de personas, y bajo este título se encuentra el capítulo I, que también fue reformada la denominación y ahora lo encontramos como violencia sexual; en este se encuentran regulados los tipos penales de violación, agresión sexual y la agravación de la pena, que protegen los dos bienes jurídicos mencionados, libertad e indemnidad sexual.

Se considera que lo que no está correcto, es la reforma a la denominación del Capítulo V del Título III del Libro II del Código Penal, al dejarlo como Delitos contra la Indemnidad Sexual de las personas, por no ser congruente lo que explica la doctrina, ya que en este capítulo están regulados delitos en los cuales puede ser el sujeto pasivo un mayor de edad, así como un menor de edad. Así mismo, en este capítulo

72 F. Muñoz Conde, Ob. Cit., Pág. 206



no solo se protege el bien jurídico de la indemnidad sexual, sino también la libertad sexual para los mayores de edad.

En relación con la indemnidad sexual, se considera interesante lo que acota el citado autor: (...) sucede esto sobre todo con los delitos sexuales que recaen sobre menores o incapaces (abusos sexuales, delitos de exhibicionismo obsceno, y difusión de pornografía entre menores o incapaces, y los relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces). El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.”⁷³

73 Ibidem, Págs. 206-207



Es muy importante lo que implica la indemnidad sexual, como bien jurídico tutelado para la niñez y adolescencia, porque en el presente trabajo de tesis se revela, de acuerdo con la investigación realizada, que el gobierno de Guatemala debe tomar medidas para la debida protección del desarrollo integral adecuado de las niñas y adolescentes, con el propósito de que puedan gozar de forma correcta la sexualidad y evitar daños irreparables, tomando en consideración que las niñas y adolescentes representan una porción significativa de la población guatemalteca. En realidad, las niñas y adolescentes no están preparadas para poder decidir acerca de su vida sexual, porque muchas de ellas son todavía niñas que debieran estar jugando y teniendo actividades acordes a su edad. De acuerdo con dicho criterio, se debe garantizar un desarrollo integral y congruente con su situación cronológica como ser humano que requiere de una protección especial atendiendo a dicha condición.

3.1.4. Bien jurídico tutelado de los tipos penales de violencia física y psicológica

En 2008, con la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, se creó el tipo penal Violencia contra la Mujer, Artículo 7 de esta normativa y en este tipo se encuentran regulados los delitos de violencia física, psicológica y sexual. Al referirse a la violencia física y psicológica, la normativa en mención, con referencia en el Capítulo II, contiene las definiciones de estos términos, lo cual se analizará más adelante.

Estudiosos de esta normativa han concluido que el bien jurídico tutelado en este tipo penal es el de integridad cuando se comete violencia en contra de la mujer en la manifestación física y de igual forma cuando se comete violencia en contra de la mujer en su manifestación psicológica. La integridad es un bien jurídico tutelado



abstracto pero muy importante en la vida de todo ser humano, sin este no es posible desarrollarse integralmente en la sociedad pues en caso contrario este derecho fundamental y los demás resultan ser una declaración lirica; por lo tanto sin lugar a dudas es un deber del Estado de Guatemala el garantizar este desarrollo integral, como bien lo consagra el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El criterio del autor Francisco Muñoz Conde en cuanto al bien jurídico tutelado de los delitos de lesiones se considera interesante y oportuno: “(...) que afectan directamente a la integridad corporal o a la salud física o mental, de las personas. Bienes jurídicos protegidos son, por tanto, la integridad corporal y la salud física o mental del ya nacido; (...)”⁷⁴

Si bien es cierto, en la descripción de este tipo penal, violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica se encuentran involucradas varias acciones como producir agresiones, daños, sufrimiento físico o psicológico, lesiones o enfermedad, todas estas violentan la integridad de una persona y la explicación que brinda el autor describe lo que comprende la integridad a nivel tanto corporal pero también puede darse la afectación a la salud física o mental.

En este tipo penal, el bien jurídico tutelado es la integridad y también la salud a nivel físico y mental; el Estado de Guatemala está obligado a proteger niñas, adolescentes y mujeres en su integridad, debido a la violencia y discriminación de la cual son objeto y ese fue el espíritu de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la mujer, brindar seguridad y protección a la integridad de las mujeres para que se puedan desarrollar de forma plena y adecuada en la sociedad.

74 F. Muñoz Conde, Ob. Cit. Pág. 109



El aspecto criticable del tipo penal de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica Artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, es que en la definición de violencia psicológica, artículo 3 de la citada normativa, se menciona las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares, pero no se menciona la amenaza en contra de la mujer como sujeto pasivo, por lo que puede crear confusión en el momento del encuadramiento de la conducta jurídica de amenazas en contra del sujeto pasivo.

En el caso de una amenaza en contra de niñas y adolescentes como sujeto pasivo, tiene que tomarse en cuenta si la amenaza produce un daño psicológico o no, siempre se puede encuadrar en este tipo penal ya que el delito de violencia psicológica es un delito de mera actividad, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. La amenaza es una acción que obviamente puede causar un daño psicológico o emocional por el temor a que el sujeto activo realice tales amenazas. Todo depende de la capacidad de resiliencia que pueda tener el sujeto pasivo.

En conclusión se tendría que encuadrar si se comete amenazas en contra de niñas y adolescentes como sujetos pasivos menores de 14 años de edad en el tipo penal de violencia psicológica, Artículos 3 y 7 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer, ya sea que se cometan antes o después de la comisión del delito de violación o agresión sexual.

En cuanto a adolescentes mayores de 14 años, si ocurren amenazas para la comisión del delitos de violencia y agresión sexual, se interpretaría que es violencia psicológica y por ser un elemento normativo del tipo penal esta subsumido en el tipo penal de



violación y agresión sexual. Si las amenazas ocurrieren después de la comisión del delito, este debiera encuadrarse en el tipo penal de violencia psicológica.

En la práctica, se puede observar que cuando ha ocurrido la comisión del delito de amenazas es común que los operadores de justicia lo analicen como una conducta que está inmersa en el tipo penal de violación o agresión sexual, sin analizar detenidamente la descripción del tipo penal. En todos los casos se argumenta que las amenazas ya están subsumidas dentro de estos tipos penales.

El conflicto se suscita por la definición actual de violencia psicológica regulada en la reciente reforma que hizo el Artículo 44 de la Ley contra la Corrupción, Decreto 31-2012 que reformó el Artículo 1 de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, y por consiguiente el numeral 4º que estaba regulado en el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el cual regulaba una definición de violencia psicológica bastante amplia, pero adecuada al contexto de los tipos penales de violencia sexual y trata de personas. La actual definición que hace el legislador de violencia psicológica, indica que esta es la intimidación y esta cuando ocurre la hipnosis, narcosis o privación de razón o sentido. Definición que es limitada y fuera del contexto y espíritu de la normativa para resolver estos tipos de casos. Y por otro lado la definición de violencia contra la mujer, en su manifestación psicológica en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, no se mencionan amenazas en contra del sujeto pasivo, sino las hijas o familiares de este sujeto, más sin embargo se resuelve este conflicto de la forma ya mencionada.

El peligro es que al ocurrir un caso donde el sujeto activo amenazó, intimidó o realizó violencia psicológica a una mujer mayor de 14 años de edad, se aduzca que al no



concurrir el elemento normativo del tipo penal de violencia psicológica por las definiciones reguladas en las normativas no se dé el tipo penal de violación y agresión sexual cuando el sujeto pasivo es mayor de 14 años. La solución al presentarse un caso de violación o agresión sexual, Artículos 173 y 173, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 09-2009, es tomar en cuenta el bien jurídico tutelado que protegen estos tipos penales; el espíritu de la norma que es la protección de la niñez y adolescencia contra el abuso, explotación y violencia, y que existe una ley especial que protege a la mujer contra la violencia, en observancia al Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial que regula la forma de interpretar. Por lo que se debe utilizar la definición de violencia psicológica regulada en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, Artículo 3 inciso m) en estos casos. Así, entonces, si el acto antijurídico de las amenazas causó a la niña o adolescente como sujeto pasivo mayor de 14 años, un daño psicológico o emocional con el fin de intimidar o controlar su persona para la comisión del delito de violación o agresión sexual, deberá utilizarse esta definición legal.

En cuanto a la violencia contra la mujer en su manifestación física, es amplia la descripción de este tipo penal, ya que la definición que se regula de violencia física en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Artículo 3, inciso I, se menciona lesiones, por lo que estamos ante el caso que dos tipos en dos leyes diferentes contemplan esta conducta antijurídica, ya que también es regulado en el Código Penal, Artículos 144 al 148, respectivamente.

En este caso, debiera aplicarse uno de los principios que resuelve el concurso aparente de normas y por ser la ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer la ley especial para las mujeres, deberá aplicarse el principio de



especialidad y por consiguiente encuadrar la conducta en el tipo penal de violencia física, Artículo 7 y 3 inciso I).

3.2. Tipos penales de violencia sexual

Se analizan los tipos penales contenidos en el Capítulo I, del Título II, del Libro II del Código Penal, Decreto Número 17-73, Violencia Sexual:

3.2.1. Violación

Artículo 173 del Código Penal. “Quien, con violencia física o psicológica tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea 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.”

Este tipo penal, según su estructura, es un tipo básico ya que contiene la descripción más genérica del hecho punible. Según la división de los tipos en relación con el sujeto activo es un tipo penal monosubjetivo, porque describe una conducta realizada solo por una persona.

En relación con la división, desde el punto de vista de su contenido, es un tipo penal de mera conducta, se considera que la conducta por si misma debe ser penalizada, independientemente del resultado que se pueda producir.



El sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquier persona hombre o mujer y el sujeto pasivo, puede ser un hombre o mujer, mayor o menor de edad. Este es un avance el incluir al hombre como sujeto pasivo dentro de este tipo penal, tanto los hombres como mujeres gozan de libertad sexual que debe protegerse por parte del Estado.

El sujeto pasivo menor de 14 años e incapaces necesitan una especial atención, ya que dentro de este tipo penal se establece que los menores de 14 años e incapaces aunque no medie violencia física o violencia psicológica siempre deberá constituir delito de violación.

En este sentido, el espíritu de la normativa es brindar una especial protección a la niñez y adolescencia que todavía necesitan desarrollarse integralmente y ser protegidos en su sexualidad para que más adelante puedan libremente decidir, mas sin embargo el siguiente análisis demuestra ser contrario lo regulado en la normativa al espíritu de la Ley contra la Violencia Sexual y Trata de Personas.

En los casos de mayores de 14 años es necesario que se acredite que existió violencia física o psicológica para cometer este flagelo. “El legislador contempló una presunción iure et de iure, se comete violación en todo caso si la mujer fuere menor de 14 años de edad ya que se presume que en esta situación no puede dar un consentimiento válido.”⁷⁵

Las adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, quedaron prácticamente consideradas con esta reforma, como personas que pueden tomar decisiones en cuanto a su sexualidad y considero que dentro de ese rango de edad

75 C. Paz y Paz Bailey. *La nueva regulación de la violencia sexual en Guatemala*, Pág. 59



todavía no tienen el desarrollo apropiado para tener relaciones sexuales. Según lo estudiado en doctrina, no tienen la capacidad de decidir y son todavía manipulables.

En el tema de estudio que involucra a las adolescentes de 14 a 18 años, según el tipo penal, hay que probar si existió violencia física o psicológica, y en cuanto a la violencia psicológica a veces es difícil probar la culpabilidad, análisis que se realizará más adelante. Prácticamente con esta normativa se entiende que las adolescentes que deseen voluntariamente tener relaciones sexuales a partir de los 14 años es factible hacerlo, siendo contradictorio al espíritu de esta normativa de violencia sexual, ya que el bien jurídico tutelado que protege estos tipos penales, además de la libertad sexual es la indemnidad sexual, que resguarda el sano desarrollo; porque las adolescentes de 14 a 18 años, menores de edad, todavía no están preparadas para sostener relaciones sexuales.

Es una edad donde la juventud debiera estar gozando el derecho de educación, recreación, entre otros, y preparándose para desarrollarse en los diferentes ámbitos de la vida.

Anteriormente, en el tipo penal de estupro, estaba regulado el estupro por inexperiencia o confianza en los rangos de edad de 12 a 14 años y 14 a 18 y el estupro mediante engaño. Estos tipos lo criticable era el elemento normativo incluido de "mujer honesta", más sin embargo había protección para aquellos casos de niñas y adolescentes por diversidad de factores, como es la misma cultura, existía engaño o aprovechamiento de inexperiencia y estos tipos protegían el bien jurídico tutelado de la libertad e indemnidad sexual. Con la reforma del 2009 a partir de los 14 años si ocurre un caso donde fue engañada se tendrá que probar si existió violencia física o psicológica.



Las adolescentes todavía necesitan desarrollarse para poder asumir la responsabilidad la sexualidad y sus consecuencias, en muchos casos es difícil probar si existió violencia psicológica.

En relación con la violencia física o psicológica, descrita en el tipo penal de violación, Artículo 173 y agresión sexual, Artículo 173 bis, de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, este es un elemento normativo, el cual permite que el juzgador emita un juicio de valor. Para entender la definición de violencia física o psicológica es necesario estudiar lo que se contempla en doctrina en cuanto a la violencia física o psicológica, como ya se hizo referencia en esta investigación y empero también es prudente analizar la definición plasmada en nuestra normativa especial de violencia contra la mujer respecto de dichos preceptos.

Con la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009, el Artículo 56 reformó el numeral 4 del Artículo I de las Disposiciones Generales del Código Penal, y vino a dar una descripción más amplia de la definición de violencia física y la psicológica, la cual tenía algunas críticas pero ayudaba en la resolución de casos de violencia sexual, además que daba una salida al abordaje de los casos de Estupro, tipo penal que fue derogado con esta misma ley.

Se desarrolla un análisis de lo que describía esta norma: En cuanto a la violencia física, es la manifestación de fuerza sobre personas o cosas, (esta definición no fue modificada con la reforma del Artículo 1 de las Disposiciones Generales al Código Penal, por la Ley de Corrupción, Decreto 31-2012), esta puede ser directa sobre la persona, que es ejercida por parte del sujeto activo, como un medio para poder obligarla a la relación sexual, privando de la libertad de decidir a la víctima. Asimismo, puede ser realizada por medio de golpes con la mano o cualquier objeto,



utilizando cualquier arma. Es lamentable cuando el sujeto activo comete estos actos en la integridad de niñas y adolescentes, ya que en muchos casos produce secuelas graves y enfermedades donde es necesario un tratamiento especializado produciendo efectos a largo plazo. En el momento de ocurrir esta situación ya se tendría que imputar otro delito, como es violencia contra la mujer en su manifestación física, según sea el caso.

Es importante mencionar el principio de: “No es necesaria la resistencia de la víctima. Este principio ha sido desarrollado por las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, que señalan en la Regla 70 que: “ En casos de violencia sexual, ...) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) **El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.**”⁷⁶

En estos casos, muchas veces la víctima ante el ataque violento no pueden emitir palabras o defenderse, cada ser humano reaccionamos de diferente forma al ser atacados en cualquier bien jurídico, por ejemplo: al ser víctimas de un asalto a mano armada, cada quien reacciona de forma diferente; en el caso de las violaciones es una situación muy difícil y las víctimas no pueden defenderse.

La violencia cuando se aplica vis absoluta, o cuando se emplea la misma con la amenaza de que si existe resistencia, mayor será la energía física que aplicará el

⁷⁶ *Ibidem*, Págs. 61 y 62



criminal. No es necesario, la resistencia continuada del sujeto pasivo que puede para evitar una consecuencia mayor, dar su consentimiento en la agresión sexual cualquiera que sea esta, apenas comiencen los actos de violencia. Tendrá que existir una relación de causalidad adecuada entre la violencia utilizada y la agresión sexual.

En la definición de violencia, se entiende que tanto la física como la psicológica son un medio que utiliza el sujeto activo para lograr su propósito de privar a la víctima de esa voluntad para decidir libremente sobre la relación sexual, y en la violencia psicológica la norma detallaba tres modalidades en las cual se podía presentar y que se analizarán, aunque la reforma que ya se ha citado, al Artículo I de las Disposiciones Generales al Código Penal, a través del Artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción reformó el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 09-2009.

En cuanto a la violencia física, la reforma contenida en la Ley Contra la Corrupción, no se abordará ya que contiene la misma definición y que ya se explicó en los párrafos anteriores.

En relación con la violencia psicológica, anteriormente el Artículo 56 de la ley antes citada mencionaba lo siguiente para la definición de la misma:

- La intimidación a personas, se refiere a inferir temor por medio de amenazas a la víctima con tal de conseguir el propósito del acceso carnal. Esta amenaza tiene que tener relación con el acto sexual. En palabras de Creus: “la intimidación se constituye por el anuncio de un mal que vaya a sufrir la misma víctima o terceros”.⁷⁷

77 C. Creus. *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 1995. Tomo I. Pág. 193, citado por C. Paz y Paz Bailey Ob. Cit. Pág. 62



- La segunda modalidad: conductas a través de las cuales se ocasiona daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo integral de la persona, que se refieren a un medio para alcanzar el propósito criminal, no es un efecto o consecuencia del ilícito penal, es una conducta o determinado comportamiento que realiza el sujeto activo y que provoca un determinado efecto en la víctima que la limita en su libre voluntad de decisión, afectando el bien jurídico de la libertad sexual.
- La tercera modalidad, la ley reguló que cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de sentido, sea que el agente la ha provocado o se aprovecha de ella. Esta modalidad de igual forma si ocurre, las conductas por parte del sujeto activo debieron ser para lograr el propósito de limitar la voluntad del sujeto pasivo, afectando la libertad sexual.

Esta definición era amplia, sin embargo, estaba de acuerdo con el espíritu de esta normativa y los bienes jurídicos tutelados o protegidos de la libertad sexual e indemnidad sexual. El comentario de la Doctora Claudia Paz y Paz Bailey era oportuno: “El legislador, luego de establecer que las conductas que causan estos efectos constituyen violencia, procede a ejemplificar, utilizando el término “tales como”, y brinda una lista, *numerus apertus*, de los posibles comportamientos del autor que pueden ocasionar este efecto sobre la víctima. Esta lista, técnicamente inadecuada e innecesariamente redundante, describe algunas de las posibles conductas que puede realizar el autor para provocar los efectos antes mencionados y lograr el acceso carnal con el sujeto pasivo”.⁷⁸

78 C. Paz y Paz Bailey. Ob.Cit. Pág. 63



El análisis que era pertinente de acuerdo con el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas que estaba vigente era pertinente para los siguientes casos: Una pareja de jóvenes que por inexperiencia sostienen relaciones sexuales, hay un embarazo no deseado; los padres de la joven están molestos y presentan denuncia en contra del joven de 19 años, es necesario probar que la conducta de engaño produjo el efecto en la víctima de daño emocional, baja autoestima o que perjudica el sano desarrollo integral, que implicó que la víctima sostuviera relaciones sexuales limitando su voluntad para decidir libremente.

Como en este caso es difícil la persecución penal, ya que los dos jóvenes no tenían experiencia y si no obró el engaño, deberá tomarse en cuenta las edades de ambos y el juez tiene que valorar el elemento normativo de violencia psicológica y determinar si existió, en este caso, engaño, situación de vulnerabilidad, daño emocional, o bien fue un caso donde libremente sostuvieron relaciones sexuales y no está viciada la libertad de decisión. El cuidado que se debía tener era el de no atender en contra del principio de proporcionalidad de las penas ya que en este ejemplo concreto, se tendría que encuadrar en el tipo penal de violación, y aunque se impusiera la pena mínima, podría ser desproporcional el hecho y la pena a imponer de violación que es aplicable para otros casos donde las circunstancias fueron diferentes.

Por otro lado, sí existen casos donde la conducta se cometió bajo otras circunstancias, por ejemplo, un hombre mayor casado que sostiene una relación con una joven de 15 años, obró con engaño y aprovechamiento de vulnerabilidad y esto produjo daño emocional o baja autoestima en la víctima que limitó su libre voluntad de decisión, y si se logra probar encuadraría en el tipo de violación utilizando violencia psicológica. Anteriormente a la reforma con el Decreto 9-2009, este caso hubiera



encuadrado en estupro mediante inexperiencia o engaño con una pena entre seis meses a un año.

Con estos ejemplos de casos de una u otra forma al estar derogado el tipo penal del estupro se podían resolver los casos de esta índole con la definición legal contenida en el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

La situación que es preocupante y que actualmente impera en nuestro ámbito normativo se debe a que en noviembre del 2012, se emitió el decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción y en el Artículo 44 de esta normativa se deroga el Artículo I de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas. La ley contra la corrupción es indiscutible que era necesario legislar un cuerpo normativo de esta naturaleza, mas sin embargo al derogar el Artículo I de las Disposiciones transitorias la definición de violencia física y psicológica fue cambiada por la siguiente:

“Por violencia, la física y psicológica o moral. La primera, es manifestación de fuerza sobre personas o cosas; la segunda, es intimidación a personas. Se entenderá que existe esta última, cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche.”

Este artículo para el contexto de la Ley contra la Corrupción puede ser el adecuado, pero para los delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual no lo es y conlleva lo siguiente:



- Otorga una definición limitada y el mismo legislador indica que se debe entender por violencia psicológica, circunscribiendo a solamente entender por violencia psicológica cuando hay intimidación y el legislador refiere que se debe entender cuando concurriere hipnosis, narcosis, o privación de razón o sentido. La intimidación que ocurre en los casos de violencia sexual en contra de niñas y adolescentes es otra clase de intimidación y en muy pocos casos concurre hipnosis y la definición que describe el legislador.
- No se puede permitir la impunidad en estos casos por la anterior definición que contiene la reforma ya citada, mas debe siempre adecuarse las conductas antijurídicas de violación y agresión sexual cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente mayor de 14 años en los tipos penales de violación y agresión sexual, Artículos 173 y 173 bis de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.
- La intimidación, amenazas o cualquier acto de violencia psicológica es muy común en los casos de violencia sexual o agresión sexual cuando el sujeto pasivo es una niña y adolescente mayor de 14 años de edad, lo que se deberá realizar para resolver estos casos es que al cometerse violación o agresión sexual, Artículos 173 y 173, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 09-2009, se debe tomar en cuenta el bien jurídico tutelado que protegen estos tipos penales; el espíritu de la norma que es la protección de la niñez y adolescencia contra el abuso, explotación y violencia, y que existe una ley especial que protege a la mujer contra la violencia, en observancia al Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial que regula la forma de interpretar. Por lo que deberá utilizarse la definición de **violencia psicológica** regulada en el Artículo 3 de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer, como ya se explicó en el inciso 1.2.3 de los Bienes



jurídicos tutelados de violencia física y psicológico. Este artículo explica la definición de violencia psicológica, estableciendo que es cualquier acción que pueda producir daño o sufrimiento psicológico o emocional con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla.

- Con la anterior explicación, en los casos de mayores de 14 años si se cometió intimidación, amenazas o cualquier acto de violencia psicológica antes de la comisión del delito de violación o agresión sexual esto se subsume en los tipos penales de violación y agresión sexual, ya que es parte de la descripción del tipo penal y está plasmada como un elemento normativo del tipo penal.
- En los casos de Estupro, como el ejemplo que se citó anteriormente de la joven de 15 años quien fue engañada, al ser reformado el Artículo 1 de las Disposiciones Generales del Código Penal, por el Artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción reformado anteriormente por el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009, será difícil llevar la persecución penal ya que con el Artículo 56 de la citada norma se podía todavía encuadrar determinados casos (mayores de 14 años) con un análisis objetivo en el tipo penal de violación o agresión sexual si había ocurrido violencia psicológica y con la definición contemplada en el Artículo 56, se mencionaba engaño, lo que hacía posible encuadrar determinados casos en el tipo penal de violación o agresión sexual (mayores de 14 años).

De igual forma como se explicó en el párrafo anterior, se considera que en los casos de niñas y adolescentes mayores de 14 años, donde el hecho denota que si existió engaño y este produjo daño emocional puede utilizarse la definición de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica para los casos de lo que antes se



conocía como el tipo penal de Estupro, por ser la definición contenida en una norma especial para los caso de mujeres. Aplicando lo observado en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial para interpretar los Artículos 173 y 173 bis de la Ley contra la Violencia sexual, Explotación y Trata de Personas.

- Por la importancia de los derechos de la niñez y adolescencia contra el abuso, explotación y violencia, y el interés superior del niño, principio de gran importancia que impera en nuestra normativa, por estar contenido en la Convención de los Derechos del Niño, es necesario que el elemento normativo de violencia psicológica contenido en los artículos anteriormente citados, sean valorados por los jueces de la forma correcta y para tal efecto tomar en cuenta que existe la definición de violencia psicológica dentro de nuestra normativa de manera especial para el contexto de violencia en contra de la mujer.

El elemento subjetivo en este tipo penal, es que existe un dolo directo, no se admite un tipo culposo, y según lo mencionó el autor Francisco Muñoz Conde: “El dolo, entendido como la realización voluntaria de una acción violenta o intimidatoria con conocimiento de su significado sexual no requiere ningún otro elemento específico subjetivo más que el ánimo lascivo.”⁷⁹

En este tipo penal se observan tres verbos rectores: tener **acceso** carnal, **introducir** cualquier parte del cuerpo u objetos y **obligar** a otra persona a introducirse a sí misma.

⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 215



Según las definiciones, el acceso carnal, se refiere a la cópula, es decir la introducción del miembro masculino ya sea en el cuerpo de la víctima, por vía vaginal, anal o bucal, independientemente de su sexo, no importando si es una penetración parcial o total y si hay eyaculación o no.

Por lo tanto el legislador incluyó antes de la reforma, en el tipo penal la palabra yacer, y ahora se ha ampliado con el termino acceso carnal, el cual es discutible su interpretación ya que algunos autores hacen referencia a que puede incluirle prácticas fricativas o *coniuctiomembrorum*, donde solo intervienen los órganos genitales, sin necesidad de la penetración, sin embargo, otros autores indican que el acceso carnal solo puede darse con la cópula, o sea, la introducción del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

El autor Francisco Muñoz Conde hace referencia a esto: “Cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal, o bucal, parece evidente que el sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer.

Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es una mujer. Un acceso carnal con sujetos, activo y pasivo, femeninos conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse, desde luego, en el tipo cualificado del Artículo 179, sin conculcar el sentido literal posible de acceso carnal, entendido como relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad que se dé la penetración, bastando, pues, la práctica fricativa o *coniuctiomembrorum*. Pero el problema es más de carácter valorativo que gramatical: ¿debe ser valorada penalmente una relación de este tipo así conseguida como las otras conductas de



penetración? (...)”⁸⁰ Será una cuestión más de la interpretación que otorguen los operadores del sistema de justicia, y se debe observar siempre el principio de legalidad y encuadrar el comportamiento en el tipo penal de la forma correcta.

El término introducir, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa meter o hacer entrar algo en otra cosa. En ese sentido, cuando el tipo penal hace alusión a la introducción de cualquier parte del cuerpo u objetos ya sea en la vagina, ano o la boca, el legislador amplió la esfera de sanción en la actuación del sujeto activo del delito.

Está descrito que el meter cualquier parte del cuerpo, manos, dedos (entre los más comunes), así como también el meter en cualquiera de las anteriores cavidades algún objeto, sin importar su clase o tamaño, es violación. Es decir el espíritu de este artículo reformado es no circunscribir la conducta penalizada a la sola penetración del miembro masculino en la vagina, ano o boca.

Finalmente, en cuanto al verbo rector obligar, el tipo penal describe, obligar a la víctima a introducirse objetos a sí misma. *El Diccionario de La Real academia española*, dice que consiste en mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar; hacer fuerza en una cosa para conseguir un efecto.⁸¹

⁸⁰ F. Muñoz Conde, Ob. Cit., Pág. 217

⁸¹ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=pACMDhEPFDXX2gDLnVzp>



3.2.2. Agresión sexual

Artículo 173 Bis del Código Penal. Quien con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a sí misma, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de cinco a ocho años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, 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.

Esta figura penal según su estructura es un tipo especial ya que describe conductas haciendo referencia al tipo básico de violación, y este es diferente modificando los elementos del tipo penal. A su vez, es un tipo especial privilegiado ya que la conducta es menos grave que la descrita en el tipo básico de violación y por ende la pena es más leve.

Según la división de los tipos penales, en relación con el bien jurídicamente tutelado esta figura penal es un tipo simple; solo tutela un interés jurídico que es la libertad e indemnidad sexual. De acuerdo con el delito en relación con su contenido es un tipo de mera conducta, con solo la conducta por si misma esta debe ser penalizada, independientemente del resultado.

El sujeto activo y pasivo al igual que en delito de violación, puede ser cualquier persona, independientemente del sexo, orientación sexual, actividad o estado civil.

El sujeto pasivo de la misma forma que en la figura penal de violación se describe en este tipo penal que siempre se comete el delito de agresión sexual, si la víctima es



una persona menor de catorce años de edad o cuando tenga incapacidad, aunque no medie violencia física o psicológica. En cuanto al análisis de los elementos normativos de violencia física o psicológica, este ya se hizo en el delito de violación y es el mismo para este tipo penal.

El tipo subjetivo es doloso, es clara la intención del conculcar la libertad e indemnidad sexual, conlleva un dolo directo. El elemento subjetivo especial de finalidad sexual o erótica ya fue analizado en el inciso 1.1.1. de este Capítulo.

El verbo rector en este tipo penal es el de realizar, y el *Diccionario de la Real Academia Española* le otorga el significado de efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción. Se refiere este tipo penal a cualquier acto con connotación sexual que no constituya violación. Hay una mala redacción en este tipo penal y se puede entender que el sujeto pasivo puede ser también sujeto activo, cuestión que crea confusión y fue error el haber descrito así este tipo penal. Así mismo por la mala redacción, e inadecuada técnica legislativa, quedó excluido el hecho si el sujeto activo obliga a la víctima a realizar actos distintos a la violación sobre su propia persona. En el ejemplo de que el autor obligue a una mujer a realizar actos que no constituyan delito de violación sobre su propia persona como tocamientos, besos, etc., y en el caso de niñas y adolescentes se encuadraría en el tipo penal de violencia contra la mujer en su manifestación de violencia sexual artículo 7 y 3 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, si se realizaron acciones ejecutadas por el sujeto activo con violencia física o psicológica con el fin de vulnerar la libertad e indemnidad sexual, como lo describe este tipo penal.

El tipo penal de violencia sexual describe también si el sujeto activo realiza una conducta cuyo fin sea la humillación sexual. Se considera que en este tipo penal



podría encuadrarse el ejemplo anterior, por los actos de violencia física o psicológica que realizó el sujeto activo sobre la víctima para obtener su propósito y también si causó humillación sexual se adecuaría a este tipo penal.

Este tipo penal de violencia sexual regulado en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, establece la posibilidad de considerarse que existe la doble valoración con los tipos penales de violación y agresión sexual, sin embargo, es un tipo penal que describe varios intereses jurídicos; se interpreta como acciones de violencia física y psicológica que se realizan para vulnerar la libertad e indemnidad sexual, pero no describe la concretización de los actos ilícitos como en los tipos penales de violación y agresión sexual. Por ejemplo: el acoso sexual; o en una pareja donde el hombre le profiere palabras y realiza actos de desprecio al acto sexual, y le causa humillación a la mujer, como lo describe el tipo penal, “incluyendo la humillación sexual”.

Además, este tipo penal describe la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar tanto natural como artificial, o a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual, por lo que es un tipo penal complejo por proteger varios intereses jurídicos.

El análisis realizado en el tipo penal de violación y la interpretación de la violencia psicológica ya realizada anteriormente es aplicable para el tipo penal de agresión sexual.

Como se indicó al inicio de este capítulo, lo que se ha podido observar en la práctica es la falta de conocimiento de los tipos penales de violencia sexual siendo esto es parte de la hipótesis del presente trabajo, y en el momento de que ocurren hechos



antijurídicos en contra de niñas y adolescentes se da el problema de la mala adecuación; confundiéndose estos tipos penales con los de violencia contra la mujer, y en el momento de aplicar los concursos de delitos no se realiza de la forma pertinente. Esto se puede confirmar a través de la gráfica número uno en el Anexo I, que refleja la pregunta número uno de la encuesta a personas que laboran en el Ministerio Público, Organismo Judicial y otras instituciones. En esta gráfica se puede observar de 21 personas encuestadas solo 3 respondieron violación y agresión sexual a la pregunta de cuáles son los tipos penales de violencia sexual y ninguno contestó: violación, agresión sexual, ambos con la agravación de la pena, que sería lo correcto, sin embargo, 18 contestaron de una forma errónea indicando otros tipos penales. Este instrumento de investigación ayuda a verificar la hipótesis planteada ya que no se tiene un conocimiento profundo de los tipos penales objeto de estudio, lo que hace de suma urgencia que se den capacitaciones a las personas que trabajan e intervienen en los procesos penales donde el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual y la integridad han sido vulnerados y el sujeto pasivo es una niña o adolescente, así como en las diferentes universidades se presente mayor importancia al estudio de estos tipos penales. De lo contrario seguirá la impunidad y en el momento de aplicar los concursos de delitos se realizará de forma errónea, subsumiendo los tipos penales de violencia contra la mujer con los tipos penales de violencia; dictando sobreseimiento por la comisión de algunos delitos; o bien realizando otro razonamiento.

A continuación se estudia el tipo penal de violencia contra la mujer realizándose un análisis legal, el cual ayudara a un mejor entendimiento del mismo.



3.2.3. Tipo penal de violencia contra la mujer

De la misma forma que el análisis anterior, en cuanto al conocimiento de los tipos penales de violencia sexual, el tipo penal de violencia contra la mujer también presenta cierta complejidad en su estudio y abordaje y esto como parte de la hipótesis del presente trabajo ocasiona que el problema objeto de estudio sea que las personas que trabajan estos casos apliquen erróneamente los tipos penales, su adecuación y por ende el concurso de delitos entre los delitos de violencia sexual y violencia contra la mujer es aplicado de forma inadecuada. En la gráfica número 3, pregunta tres, realizada a las personas que se entrevistaron según encuesta (Ver Anexo I), refleja que de los 21 encuestados, 12 respondieron correctamente que conocen cuales son los tipos penales de violencia contra la mujer, así podemos ver que de los que conocen este tipo de casos por la labor que realizan no conocen debidamente los tipos penales.

Para iniciar con el estudio de este tipo penal se empezará el enunciando el tipo penal:

Artículo 7 Violencia contra la mujer. Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.
- c) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.



- d) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales o cometiendo actos de mutilación genital.
- e) Por misoginia.

La persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo con la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

Se analiza este tipo penal en las conductas descritas de violencia física y psicológica, no así la conducta de violencia sexual aquí descrita y por analizar en el presente trabajo de tesis, los delitos de violencia sexual de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, Decreto 09-2009. Del Congreso de la República de Guatemala.

En este tipo penal, bajo el mismo *nomen iuris*, se encuentran diferentes conductas o comportamientos que protegen diversos bienes jurídicos, como es la integridad y la libertad e indemnidad sexual. En la manifestación de violencia física y psicológica se protege el bien jurídico de integridad, si es física la integridad física y si es psicológica la integridad psicológica.

Algunos autores defienden el criterio que también protege el bien jurídico de la salud, ello por verse menoscabada la misma con la conducta prohibida, ya sea salud física o mental. En este tipo penal, es necesario hacer la relación al tipo penal del Artículo 3 inciso l) para la violencia física y el inciso m) para la violencia psicológica o emocional y poder tener la descripción de la conducta antijurídica.



Al realizar el análisis de la clasificación de delito según su estructura este tipo de delito es una figura penal compuesta ya que describe varias conductas como lo son la violencia física, psicológica y sexual. En relación con el sujeto activo es monosubjetivo pues describe conductas realizadas por una persona. Según el bien jurídicamente tutelado es complejo o de conducta pluriofensiva ya que se protegen varios intereses jurídicos.

En la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer en el Artículo 3 se encuentran elementos comunes a los tipos penales contenidos en la misma:

- ✓ Sujetos de los delitos: El sujeto activo es un hombre quien ejecuta la acción o conducta humana típica antijurídica culpable y punible, debido a que se comenten en el marco de las relaciones de poder entre hombres y mujeres; y en virtud del espíritu, objeto y fin de la ley, es el hombre quien ejerce violencia contra la mujer. En cuanto al sujeto pasivo es la mujer víctima de cualquier edad o condición sobre quien recae la acción delictiva. En el caso de la violencia psicológica el sujeto pasivo según el tipo penal pueden ser también las hijas e hijos; los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima.

- ✓ Relaciones desiguales de poder: La violencia contra las mujeres constituye una manifestación de relaciones de poder, históricamente desiguales entre los hombres y las mujeres que han conducido a la dominación, a la subordinación, al control y a la discriminación de las mujeres por parte de los hombres. Esto impide el desarrollo integral de las mujeres y las deja situación de inferioridad.



✓ Misoginia: Este término entraña odio a las mujeres y se puede evidenciar de diferentes formas, en la saña en la cual se cometen los delitos en contra de su persona, y también se presenta en el lenguaje discriminatorio en expresiones lesivas en contra de las mismas.

En este mismo Artículo 3 de la citada normativa se describen la definiciones para esta ley de violencia física inciso l) y psicológica inciso m), lo que hace necesario al encuadrar la conducta prohibida en el tipo penal del Artículo 7 también referirse a este artículo para comprender la descripción de la conducta de violencia física y psicológica:

- Violencia física: Acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer.

- Violencia psicológica: Acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos, así como las acciones, amenazas o violencia contra las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a ese clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

El verbo rector en el tipo penal para la violencia contra la mujer, en su manifestación física es ejercer acciones de agresión en las que se utiliza fuerza y para la violencia contra la mujer en la manifestación psicológica ejercer acciones que pueden o no producir un daño o sufrimiento psicológico o emocional.



La realización del tipo de violencia contra la mujer por violencia física requiere que el sujeto activo tenga el conocimiento y la intención o dolo de que su conducta se dirige contra la mujer, con la finalidad de producirle daño o sufrimiento físico, lesiones o enfermedad.

Para la realización del tipo penal de violencia contra la mujer por violencia psicológica se requiere que el sujeto activo tenga la intención o dolo de que su conducta se realice hacia la mujer con la voluntad de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla.

Para la concretización del tipo de violencia contra la mujer por violencia física se requiere que la acción produzca un resultado de daño, sufrimiento físico, lesión o enfermedad a una mujer, por lo que es un delito de resultado verificable con peritajes técnico científicos.

En cuanto a la violencia psicológica, no se requiere que las acciones ejercidas por el sujeto activo produzcan un daño o sufrimiento psicológico o emocional a la mujer, porque basta con el ejercicio de la sola conducta requerida, por lo que se considera es un delito de mera actividad.



3.3. Adecuación típica y calificación jurídica de los hechos en los tipos penales de violencia sexual y violencia contra la mujer cuando el sujeto pasivo es una niña y adolescente

3.3.1. Adecuación típica

La adecuación típica, subsunción de hechos, encuadramiento de conductas o hechos en el delito es una función realizada principalmente por el juez como encargado de administrar justicia. Esta adecuación típica debe realizarse de conformidad con el principio de legalidad y es una actividad tan importante ya que el juez tiene que conocer los tipos penales, sus elementos, el verbo rector, sujetos, el tipo subjetivo, etc. El autor Alfonso Reyes Echandia define qué es la adecuación típica: “Entendemos, pues, por adecuación típica el proceso mediante el cual un concreto comportamiento humano encuadra dentro de un tipo penal determinado. Esta es una labor que el juez realiza cada vez que tiene conocimiento de una *notitiacriminis* para ver si de ella debe ocuparse el ordenamiento jurídico-penal.”

La adecuación típica es parte del estudio de la tipicidad, o bien es una forma de constituirse, teniendo dos formas: la estática con el tipo y la dinámica con la adecuación típica.

En cuanto a los dos momentos o formas de la tipicidad, el estático que se refiere a la estructura formal y sustancial de los tipos, o sea, a la descripción de una conducta prohibida y en el mismo contiene elementos objetivos, normativos y subjetivos, verbos, objeto, sujetos, etc. Y el dinámico que explica el rol activo, que desempeña dentro del Derecho Penal, como es la adecuación típica que supone la existencia de



aquel o implica una operación por medio de la cual una concreta conducta humana penetra en el esquema trazado por el legislador y en él se subsume.

Interesante es la explicación que aporta el autor Jiménez Huertas, en cuanto a la diferencia de estos dos conceptos: “es similar a la que corre entre la pieza musical, escrita por el compositor, en la que además de los signos gráficos orquestales fijados en el papel yacen los motivos temáticos que iluminan la creación musical, pues éste no solamente se limita a ejecutar las notas del pentagrama sino que inspira su interpretación en los motivos líricos, épicos descriptivos o dramáticos que presiden el tema de la composición”.⁸²

La adecuación típica es una labor tan importante que realiza el juez y de no ser bien aplicada puede causar impunidad. En los casos de niñas y adolescentes que han sufrido un vejamen a su libertad e indemnidad sexual, o integridad física y mental es necesario el conocimiento de los tipos penales y al utilizar la forma de la tipicidad dinámica. La adecuación típica debe realizarse de conformidad con los principios que inspiran el Derecho Penal, tomando en cuenta principios de la niñez y adolescencia, la condición de la niñez y adolescencia, aspectos culturales y de la sociedad.

La adecuación típica puede realizarse de dos maneras: la adecuación directa y la indirecta.

La adecuación directa se presenta cuando el juez logra subsumir la conducta antijurídica en los tipos penales en forma directa e inmediata. La adecuación es directa porque la conducta cabe plenamente en el tipo penal ya que al hacer el

⁸² M. Jiménez Huerta, *La tipicidad...*, ed. cit. Pág. 206, citado por Reyes Echandia, Alfonso, *La Tipicidad*, segunda reimpresión de la sexta edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A. 1999, Pág. 204



análisis del tipo en su estructura, los elementos objetivos, subjetivos, normativos, etc. la conducta encaja perfectamente.

Jiménez Huerta explica “la conducta principal se adecúa al tipo de una manera inmediata y completa siempre que los diversos coeficientes que la forman queden abordados por el mismo plena y directamente, por implicar la ejecución integral de la descripción típica. Este modo de adecuarse la conducta al tipo penal opera cuando los elementos descriptivos, normativos y subjetivos de éste cubren los coeficientes psicológico, físico y finalístico de aquella”.⁸³

Ejemplo de esto podría ser: Pedro tiene acceso carnal con María de 10 años, vía vaginal. Realizó esta conducta por seis meses, cuando María regresaba de estudiar y al llegar a su casa se encontraba sola y con Pedro, su padrastro. Este hecho encuadraría perfectamente en los tipos penales de violación con agravación de la pena, Artículos 173 y 174 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

En el momento de efectuarse la adecuación típica, debe tomarse en cuenta si el tipo es de mera conducta o de resultado; si es de daño o de peligro. En general, debe realizarse el análisis de la estructura interna de los tipos penales, y debe tomarse en cuenta la clasificación de los tipos penales.

En relación con la adecuación indirecta, esta se realiza cuando la subsunción de la conducta prohibida se hace en la tentativa o coparticipación por no darse la concretización del acto antijurídico o la forma de participación no es la de autor, sino de cómplice, entonces primeramente se realiza la adecuación en estos dispositivos

⁸³ Ibidem Pág. 266, Ob. Cit. Pág. 205



amplificadores (tentativa y coparticipación) y si encuadra, posteriormente se debe subsumir en el tipo penal correspondiente.

Alfonso Reyes Echandia dice al respecto: “En estos casos existe una adecuación inmediata y directa de la conducta con el tipo amplificador y una adecuación mediata e indirecta con el de la parte especial; lo que significa que el comportamiento en examen debe encuadrar plenamente en el esquema del dispositivo amplificador, de tal manera que si la subsunción no es total, la conducta es atípica. Aunque en un plano estrictamente lógico el proceso de adecuación se predica primero del dispositivo amplificador y después del tipo delictivo concreto, en la práctica el juez examina ante todo si la conducta sub iudice encuadra dentro de uno de estos tipos ; si el resultado es negativo ya sea porque el proceso criminoso comenzado por el agente y descrito en el tipo quedo inconcluso, ora porque la conducta examinada fue de mera coadyuvancia, el juzgador estudiará si tal comportamiento encuadra en el dispositivo de la tentativa (lato sensu entendida) o en el de la complicidad; si tal encuadramiento se produce plenamente, entonces lo referirá al tipo penal que corresponda en la parte especial, y habrá surgido en ese momento el fenómeno de la adecuación indirecta”.⁸⁴

Utilizando el mismo ejemplo anterior de Pedro, el padrastro de María, la niña de 10 años, al intentar violarla en su casa, inicia los actos violación pero entra la madre de María quien interrumpe este acto y Pedro no logra su fin. Este hecho delictivo, en el momento de que el juez realice la adecuación típica realizaría la subsunción de la conducta en la tentativa de violación Artículos 14 del Código Penal y el tipo penal de

⁸⁴ Reyes Echandia, Alfonso, La Tipicidad, segunda reimpresión de la sexta edición, editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, Pág.206-207



violación Artículo 173 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

3.4. Calificación jurídica

Esta calificación la realiza el Ministerio Público en su función de ente acusador y encargado de la investigación de los hechos criminales, otorgando una calificación jurídica del hecho de conformidad con la ley sustantiva y los tipos penales regulados. La realiza en diferentes momentos: cuando una víctima interpone una denuncia, luego el fiscal, a cargo después de la investigación preliminar, al solicitar la orden de aprehensión imputa los hechos al responsable, y también en esta oportunidad tiene que realizar un análisis objetivo e imparcial y otorga una calificación jurídica. Posteriormente al presentar el acto conclusivo califica jurídicamente los hechos de manera formal al presentar, según el caso, la acusación. El Ministerio Público y las partes pueden durante la etapa preparatoria solicitar reforma del auto de procesamiento si no están de acuerdo con la adecuación típica realizada por el órgano jurisdiccional o bien plantear la acción constitucional de amparo en contra de una reforma de auto de procesamiento declarada sin lugar.

“Es, por tanto, al fiscal a quien también corresponde calificar jurídicamente *prima facie* los hechos investigados, para determinar si cumplen con el requisito de conformarse al límite legal indicado en lo relativo a la penalidad de las respectivas infracciones. Pero tanto los mecanismos de selección de casos como las salidas alternativas solicitadas deben ser aprobadas por el juez de garantía.”⁸⁵

85 J. Mera Figueroa. *Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial, colección informes de investigación*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, número 12, año 4, Abril del 2002, Chile, Pág.



El juez contralor de la investigación también conocido como juez natural o juez de garantías, ello porque deberá velar porque se respeten las garantías del proceso penal y los principios que inspiran el proceso acusatorio que tenemos, además de tomar en cuenta el punto de vista de la víctima. Con las reformas al Código Procesal Penal 7-2011 se le brinda a la víctima la calidad de sujeto de derechos con tutela judicial y su opinión deberá ser tomada en cuenta en determinados momentos procesales.

Lo que el juez debe controlar es la legalidad y la razonabilidad jurídica de la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público. “i) se trataría de un control de legalidad fuerte, que exigiría por parte del juez de garantía un pronunciamiento autónomo, la expresión de una opinión jurídica propia sobre el fondo de la calificación jurídica de los hechos materia de la investigación. ii) Se trataría solo de verificar la razonabilidad jurídica de la calificación de los hechos efectuada por el fiscal, de controlar su plausibilidad dogmática, o, para ponerlo en términos coloquiales, que existe un “piso” jurídico sensato.”⁸⁶

El Ministerio Público en su función tendrá la oportunidad de realizar la calificación jurídica de una conducta o bien tomar decisiones de utilizar mecanismos alternos o aplicar el principio de oportunidad, aunque si bien es cierto siempre el juez controlador dará su autorización si es viable la petición y análisis del ente acusador. Con la reforma 7-2011 al Código Procesal Penal se da facultad al Ministerio Público para que presente desestimación donde no es posible perseguir penalmente. La normativa otorga un amplio poder de decisión y si la víctima no acude ante el juez por no estar de acuerdo, el ente acusador puede desestimar casos en la sede fiscal. La facultad discrecional es amplia y es necesario que todos los funcionarios tomen

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 6



conciencia y sean apegados al derecho. En el caso de niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y violencia contra la mujer física y psicológica, deberán realizar una investigación apropiada antes de tomar decisiones y presentar un desistimiento.

3.5. Importancia de la Adecuación típica en los tipos penales de violación, agresión sexual, violencia física y psicológica

Como hemos visto anteriormente, la función de adecuar típicamente es principalmente del juez y es muy importante realizarlo de la forma correcta y en respeto al principio de legalidad y las garantías procesales. Cada caso es distinto y deberá analizar la conducta antijurídica para determinar la tipicidad. Es necesario que el juez vele por evitar la impunidad, si hay hechos antijurídicos y existen indicios o prueba según el momento procesal, deberá subsumir los mismos en los tipos penales pertinentes. En los casos cuando ocurre un hecho que violentó el bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual es importante que no se dejen de encuadrar los hechos en los tipos penales transgredidos.

Es preocupante observar que en muchos casos no se realiza la actividad de adecuación de la forma correcta. Si la conducta del sujeto pasivo fue no solamente la de violentar el bien jurídico de libertad e indemnidad sexual, sino de también violentar la integridad de la niña o adolescente, y si existe la relación de causalidad y todos los elementos del tipo penal no es posible que se deje pasar por alto esto en observancia a los principios de legalidad, justicia, equidad, tutela judicial efectiva y otros. Los sujetos procesales al observar esta situación debieran también hacer valer sus argumentos para lograr la adecuación pertinente y según cada caso aplicar los concursos de delitos y si no fuera posible, entonces presentar las acciones necesarias.



En el ámbito de la práctica, se puede observar que no se está realizando la calificación y adecuación adecuada y esto lleva a la impunidad. Asimismo, en algunos casos los operadores de justicia no adecuan correctamente la conducta delictiva de violación y lo encuadran en agresión sexual por no existir desfloración en el sujeto pasivo, según el informe médico forense. En cuanto a este razonamiento ya han explicado los médicos forenses que no necesariamente se tiene que dar la desfloración cuando ha existido introducción de otro miembro como lo es un dedo. Este no es un delito de resultado sino de mera actividad.

Es por ello tan necesario que los operadores de justicia conozcan a profundidad los tipos penales de violencia sexual, y se debe tomar en cuenta cuando son menores de edad para dar la apropiada intervención al caso y hacer justicia.

La postulante tuvo a la vista 5 casos donde habían ocurrido varios delitos que atentaban contra la libertad e indemnidad sexual y la integridad sexual, todos casos donde el sujeto pasivo eran niñas y adolescentes. En el Anexo III, de esta tesis, se mencionan dos de ellos y se puede analizar lo siguiente:

En el caso número uno, este es uno de muchos casos donde los jueces realizan de forma errónea la adecuación típica y con esto se están vulnerando los derechos de la niñez y adolescencia y los principios y garantías del Derecho Penal y procesal penal. Al hacer una análisis de este caso se considera que no se dio la correcta adecuación según los hechos mencionados y esta era la correcta tipificación: violación con agravación de la pena por existir la introducción de una parte del cuerpo en la vagina aunque no existiera desfloración; violencia psicológica, según el informe psicológico si tenía la niña daño emocional y también encuadra en el tipo penal de remuneración



por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución, ya que este tipo penal dice "...brinde o prometa a esta o tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza..." por lo que el darle un helado antes o bien dinero no importando la cantidad que fuera si constituye este delito. En este caso el hecho que indicaba que la niña tenía un daño psicológico no fue tipificado en el tipo penal que regula nuestra legislación, por lo tanto queda impune. Además se tipificó erróneamente el tipo penal de agresión sexual cuando el tipo correcto era violación por lo ya explicado en el párrafo anterior. En este caso, por no darse la adecuada tipificación de los hechos relatados donde hubo varias conductas antijurídicas, no es posible aplicar el concurso de delitos y de haberse dado esto, el concurso sería con delitos donde la adecuación tipificada no era la correcta. Vemos acá un ejemplo de lo que sucede día a día en estos casos y la necesidad de que se profundice en este tema objeto de estudio.

En el caso número dos se considera que en este ejemplo era menester no sobreseer el caso de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, ya que el sujeto activo, después de la comisión del delito de violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación, realizó una conducta posterior de proferir amenazas constituyendo el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica. Este es uno de los muchos casos donde en la etapa intermedia los jueces dictan sobreseimientos o bien, si el caso se logra abrir a juicio con dos delitos, uno de Violencia Sexual y otro de Violencia contra la Mujer en sus manifestaciones físicas o psicológicas, los mismos no llegan a una sentencia aplicando las reglas de los concursales. El hecho antijurídico que se cometió después de la violación con agravación de la pena con circunstancias especiales de agravación, fue tipificado en el inicio del proceso correctamente pero ya al llegar a la etapa intermedia el juez



contralor decidió dictar auto de sobreseimiento, lo que se puede ver una falta de entendimiento de los tipos penales, y la adecuación típica.

Por su parte, en la gráfica número 4, del Anexo II que refleja la pregunta número 4 de la encuesta realizada a operadores de justicia, (encuesta en Anexo I), se puede observar otra situación que se da por la falta de conocimiento de estos tipos penales como lo es la subsunción de hechos en el tipo penal de violación por no existir la comprensión debida del tipo penal de violencia contra la mujer física o psicológica. De los 21 encuestados, 6 respondieron que habían visto la aplicación adecuada de un concurso de delitos, y 3 de estos mencionaron que habían visto en la práctica que se subsume en otro tipo penal. Así, de estos 6, uno respondió que se había resuelto adecuadamente el concurso de delitos en la etapa preparatoria y el juez en sentencia subsumió en el tipo penal de violencia sexual.

Esto es muy común en la práctica que no se conocen cuales son estos tipos penales y al hablar de violencia física muchos analizan de forma incorrecta y por ejemplo para los casos cuando una adolescente menor de 14 años o mayor de 14 y ha sido víctima de violación subsumen la violencia física si ha ocurrido después en el tipo penal de violación, cuando no es así, si ocurre violencia física, debiera tipificarse el tipo penal de violencia física y se daría un concurso de delitos real.

3.6. Momentos donde se realiza la adecuación típica

La función primordial de adecuar los hechos en los tipos penales y de velar por que se realice de la forma correcta es del juez, sin embargo, en diferentes momentos procesales, el Ministerio Público, sujetos procesales o empleados realizan esta actividad procesal, por lo que es necesario que los profesionales en derecho, así



como estudiantes tengan amplio conocimiento de los tipos penales y esta función. El siguiente cuadro refleja que instituciones lo realizan:

Denuncia	Investigación Preliminar	Etapa Preparatoria	Etapa Intermedia	Juicio Oral
Policía Nacional Civil	Ministerio Público	Juez de Instancia Penal Ministerio Público	Juez de Instancia Penal Ministerio Público	Tribunal de Sentencia Juzgado Unipersonal
Procuraduría General de Nación		Juez de Paz	Juez de Paz	
Procuraduría De los derechos Humanos				
Juzgados				
Ministerio Público				



CAPÍTULO IV

Concurso de delitos de violencia sexual y violencia contra la mujer cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente

4. Concurso de delitos

Como se explicó en el primer capítulo del presente estudio, el tipo contiene una descripción de conductas antijurídicas que resguardan bienes jurídicos tutelados que todo ser humano tiene derecho a gozar, para vivir en armonía en una sociedad. Los comportamientos que transgreden las normas deben ser adecuados en los tipos penales y si fueren varios hechos o acciones estas no deben quedar impunes, pues la plataforma fáctica se encuentra sujeta al estudio que debe hacer el juzgador desde la primera declaración hasta llegar a la sentencia, y al mismo tiempo es necesario garantizar el respeto a principios rectores del proceso penal que se advierten como pilares fundamental para el referido derecho, entre ellos podemos mencionar el principio *non bis in ídem*, el principio de proporcionalidad de las penas, principio de legalidad, determinación de la pena, entre otros. Entonces, el estudio de la teoría concursal tiene relevancia e impacto y es de suma importancia que todos los estudiosos del derecho, funcionarios, personal del sistema de justicia, sujetos procesales comprendan su apropiada aplicabilidad.

En el tema de estudio, el bien jurídico tutelado es la libertad, indemnidad sexual, e integridad física y psicológica, cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente; en ese orden de ideas, se hace el abordaje y utilización de los concursos de los tipos de violencia sexual, violencia física y psicológica en un aspecto crucial y de vital importancia, para concluir en términos de certeza jurídica acceso a la tutela judicial efectiva, en consecuencia se accede a los principios de justicia y equidad. El problema principal que originó la presente investigación es que en Guatemala la aplicación de los concursos cuando se han cometido estos flagelos casi no ocurre y



cuando ocurre no se aplica el concurso adecuado al caso, por lo que es de gran importancia el conocimiento profundo de estos tipos penales, la adecuación típica y la forma de aplicación concursal. En la gráfica número 4 Anexo II que refleja la respuesta número 4 de la encuesta del Anexo I, se puede visualizar que son pocos los casos que se resuelven con un concurso de delitos de violencia sexual: violación y agresión sexual y violencia contra la mujer en sus manifestaciones física y psicológica. En la gráfica mencionada, de las 21 personas encuestadas, 15 contestaron que no han trabajado un concurso de delitos con estos delitos y 5 contestaron que si han trabajado un caso donde el juez resolvió aplicar un concurso de delitos. La gráfica número 6, Anexo II, refleja la pregunta número 6, que refiere los años en los cuales se resolvió el concurso de delitos, que son los años del 2010 al 2013. Esto sigue confirmando la hipótesis que hay muy pocos operadores de justicia que han aplicado un concurso con estos delitos de forma adecuada y pocas resoluciones en 4 años.

La concurrencia delictiva en la doctrina no ha llegado a lograr un consenso acerca de si constituye un problema perteneciente a la teoría del delito o a la teoría de la pena. Los diversos problemas que se plantean a la hora de delimitar el ámbito de aplicación, la naturaleza y fundamento jurídico de las distintas figuras concursales en general, han hecho que ciertos autores consideren esta materia como parte integrante de la teoría del hecho punible.

Existen diversidad de posturas en cuanto a la concepción de la teoría concursal, y las teorías que la sustentan: teoría de la unidad, teoría de la pluralidad, unos autores al referirse a la unidad del hecho, también le denominan unidad de acción, para unos es pluralidad de delitos, de tipos, de conductas, de resultados, así que se analizará las que consideramos que su aplicabilidad es factible en consonancia a la normativa en nuestro país.



4.1. Antecedente de los concursos

“Los juristas italianos de la Baja Media Fueron los que ante la excesiva rigurosidad práctica del principio de acumulación material de las penas como solución jurídica a los supuestos de concurrencia delictiva, se plantearon la necesidad de sustituirlo en aquellos casos en los que fuera suficiente con la aplicación de una única pena, aunque esta se agravara. En este sentido, se han destacado las aportaciones de los juristas como Julius Clarus o Prosper Farinacius, quienes en opinión de Geerds, solo siguieron la línea ya iniciada por el postglosador Bartolo de Sassoferrato.”⁸⁷

El Derecho Romano influyó a los países europeos y en Alemania se produjo un nuevo Derecho Penal. La Constitutio Criminalis alemana, Carolina en 1532, primer y único Código Penal del Reich hasta 1870, contenía: “junto al principio de acumulación material de penas, los principios de absorción agravada y el de exasperación si bien para los supuestos de concurrencia de circunstancias agravantes.”⁸⁸ Esto vino a influenciar en la práctica jurisprudencial de los siglos subsiguientes y aunque no contenía en la constitución regulación sobre la teoría del concurso, es bajo su vigencia donde se da el nacimiento a esta teoría. “En efecto los autores alemanes señalan a Johannes Christoph Koch⁸⁹, como el fundador de la teoría del concurso en los términos que actualmente la conocemos.⁹⁰ Este autor por primera vez realizó la diferenciación de las modalidades del concurso de delitos, tomando en cuenta si el sujeto realizó una sola acción o en una pluralidad de acciones.

⁸⁷ Cfr. Geerds, *Zurlehre von der KonjurrenzimStrafrecht*, 1961, Pág. 24-27, citado por Álvarez Pozo, María de la Palma, Tesis doctoral, *El Concurso Ideal de Delitos*, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Pág. 17

⁸⁸ Tesis doctoral, *El Concurso Ideal de Delitos*, Ob. Cit. Pág. 19

⁸⁹ J.C. KOCH, *Institutiones juriscriminalis*, 1758, citado por Tesis doctoral, *El Concurso Ideal de Delitos*, Ob. Cit. Pág. 20

⁹⁰ Cfr. V. Hippel, *Das Verbrechen, Allgemeiner Teil*, t. II, 1930, Pág. 496; Geerds, *ZurLehre von der KonkurrenzimStrafrecht*, 1961, Pág. 41-42; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* 4ª ed., 1993, pPág. 647-648; Sanz Morán, *El concurso de delitos*, 1986, Pág. 49, citado por Tesis doctoral, *El Concurso Ideal de Delitos*, Ob. Cit. Pág. 20



La teoría del concurso es tan importante y un tema necesario de abordar por las repercusiones que pueden existir si no se aplican los concursos de la forma pertinente. Esta teoría pretende establecer las reglas para la aplicación de diversos marcos penales, según haya una acción o tengan que apreciarse varias acciones. También establece las reglas sobre las cuales se determinará la unidad y pluralidad de delitos, a la vez que debe resolver el conflicto que genera la existencia de hechos que presentan un múltiple encuadre típico, o casos de pluralidad de conductas que ponen en movimiento varios tipos penales o el mismo tipo penal varias veces. Se trata de un problema que atañe a la tipicidad de la conducta.

4.2. Definición

El concurso de delitos comprende el estudio de los tipos penales, de los delitos, de las penas, y las diferentes teorías que explican las diferentes clases de concursos, cuando en un caso concreto es necesario analizar los hechos o conductas que conculcan bienes jurídicos tutelados y al encuadrar en un tipo penal o varios, es necesario determinar si existe unidad de hecho o acción y la pluralidad de delitos.

4.3. Unidad y Pluralidad de Delitos

Para analizar lo que corresponde al concurso de delitos y su clasificación es necesario estudiar la unidad y pluralidad de delitos. La unidad de acción o de hecho según la posición que se adopte se refiere al concurso ideal, ya que hay unidad de acción contenida por varios movimientos conexos que resulta en varios delitos, y hay pluralidad de delitos cuando constituye la violación a varias disposiciones, varias acciones o hechos independientes que son típicos y encuadran en varios tipos penales y que constituyen varios delitos.



Francisco Muñoz Conde⁹¹ explica el estudio del concurso del delito determinado cuando hay una o varias acciones. Explica que de entrada hay que excluir la identificación entre acción y movimiento y entre acción y resultado. Una sola acción en sentido jurídico, puede contener varios contenidos corporales (por ejemplo, la agresión sexual intimidatoria, robo con factura, etc.) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son pues otros factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción.

El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y que da sentido a la pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, asechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa única y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo).

El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), si alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así por ejemplo: la tenencia ilícita de un arma de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas).

Y a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente o tener una relevancia típica en función de la regulación del hecho.

Este autor hace referencia a la acción mientras otros denominan unidad de hecho, nuestro código utiliza el término hecho en la explicación de las clases de concurso, al igual que en Argentina.

⁹¹ F. Muñoz Conde. *Derecho Penal*, Parte General. 5ª Edición. Barcelona. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2002. Pág. 638



Generalmente, las doctrinas española y alemana emplean el término acción. Por el contrario, un número o sector de la doctrina española, prefiere emplear el término hecho. Este sector argumenta que el uso del término hecho está justificado por razones formales como materiales. El punto de vista formal, considera que si la doctrina alemana se veía forzada al tenor literal de su normativa al referirse a la unidad de acción, se entiende una cuestión a la observancia formal de la normativa y él desde el punto de vista material, el término hecho es más apropiado para hacer referencia a la totalidad del sustrato valorado, abarcando tanto el momento de la ejecución, representado por la acción, como el proceso causal y al resultado producido.⁹²

Los estudios en Perú también hacen referencia a la unidad de acción y en su código cuando el legislador utiliza el término hecho lo comprenden como acción.

La acción, entonces, es el movimiento o movimientos corporales originados por un impulso volitivo aislado, sin tener en cuenta la pluralidad de resultados producidos, por ejemplo lanzar una granada. Es necesario tomar en cuenta el tipo legal, puede ser que el legislador determinó que la pluralidad de tales eventos naturales debe ser considerada como una unidad; es determinante el tipo penal y el adecuado análisis. Jescheck firmó lo siguiente en relación con esto: “unidad de acción existe siempre en el caso de cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado.”⁹³

Se mencionan algunos ejemplos donde puede ocurrir la unidad de acción según el tipo penal y que no representa un concurso de delitos:

- Delitos complejos, cuyos tipos legales presuponen la comisión de varias acciones, ejemplo: el delito de robo, el autor ejerce violencia para perpetrar un hurto.
- El tipo legal considera, globalmente, un conjunto de acciones como un todo.

⁹² A. Vives. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, Págs. 9-14.

⁹³ J. M. Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal*, segunda edición, Lima, EDDILI, 1987, Pág. 296



- Delitos Permanentes en los que el sujeto activo produce y mantiene una situación antijurídica, ejemplo: delito de secuestro, consistente en privar a una persona de su libertad personal; delito de servidumbre quien redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y a quien la mantuviere en ella.
- Delitos de hábito, el tipo legal exige una pluralidad de acciones que tiendan a mostrar la habitualidad del sujeto activo.
- Delitos alternativos, se admite la unidad de acción, la realización de las acciones equiparadas por el legislador en cuanto a su tratamiento penal.

El análisis de la normativa y el conocimiento de la clase de tipos penales es importante, para poder determinar cuándo es pertinente la aplicación de un concurso y cuándo el mismo tipo penal presupone la comisión de varias acciones.

Al hablar ya de concurso de delitos y la unidad de acción, es necesario tomar en cuenta lo siguiente: “La afirmación de que existe unidad de acción no significa, todavía, que sólo una ley debe ser aplicada. Esto se debe a que mediante su acción, el agente puede cumplir con los elementos de dos o más tipos legales, ninguno de los cuales abarca en su totalidad; de modo que de todos ellos deben ser tenidos en cuenta. La múltiple aplicación de diversas disposiciones es, pues, debida a la naturaleza compleja de la acción. A los casos de esta clase, se le agrupa bajo el título de concurso ideal de delitos.”⁹⁴

Es también importante observar que al abordar el concepto de acción utilizado en el concurso es diferente al concepto general de acción propio de la teoría jurídica del delito. En este sentido, la doctrina mayoritaria española y alemana y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español han compartido este criterio, el cual se comparte. El concepto de acción lo único que permite es determinar si una acción reúne los requisitos necesarios para poder ser considerada acción penal. Al respecto dice el

⁹⁴ *Ibidem*, Pág. 298



autor Albero García: “Por lo que tampoco puede identificarse con la acción típica porque entonces como señala García Albero la figura del concurso ideal de delitos devendría imposible porque de producirse pluralidad de delitos siempre existiría pluralidad de acciones típicas.”⁹⁵

El concepto de acción de la teoría jurídica del delito no puede utilizarse para explicar los concursos, ya que en la teoría del concurso lo importante no consiste en fijar las exigencias mínimas que ha de cumplir una conducta humana para llegar a ser constitutivo de un delito, al contrario al énfasis de la teoría general del delito, sino que desde la teoría del concurso lo que se pretende es fijar un concepto de acción que permita comprobar, según cada tipo penal, si nos encontramos ante una conducta que suponga una realización típica, en el sentido de que el total desvalor del hecho queda satisfecho penalmente con la aplicación de un solo tipo penal, o ante una conducta que implique más de una lesión a los bienes jurídicos tutelados, que el desvalor de la conducta lleve a la conclusión de que son varias las realizaciones típicas concretizadas.

Ahora bien, como se ha explicado antes, hay varias posturas y criterios y algunos denominan a la unidad de acción, unidad de hecho, o bien se refieren a unidad acción o unidad de hecho cuando realizan los análisis.

Los autores Francisco Muñoz Conde, y Eugenio Raúl Zaffaroni analizan este tema como unidad de acción, así como otros autores de América Latina. En los códigos por ejemplo de Argentina, Perú y Guatemala aparece el término de hecho. La interpretación que realiza Eugenio Raúl Zaffaroni en relación con el tema de hecho en cuanto a entender cuando se menciona el hecho como una conducta, es decir una acción y no a un resultado se comparte y se considero es la aplicable también para el caso de Guatemala.

⁹⁵ A. García. “*Non bis in ídem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, Pág. 297.



La teoría concursal ha sido influenciada por la doctrina Alemana, quienes utilizan el término de unidad de acción y un sector de la doctrina española, así como la doctrina alemana, entienden que el concepto de unidad de acción no resulta afectado por la pluralidad de resultados que se ocasionen, ni por la naturaleza de los bienes jurídicos que resulten lesionados. Existen en la doctrina el criterio de utilizar unidad de hecho, entendiendo esto como: “la totalidad del sustrato valorado que debe quedar conformado tanto por el momento ejecutivo (acción), como por el proceso causal y el resultado producido.”⁹⁶

En cuanto al término utilizado, de hecho, según Zaffaroni, existe unidad de hecho y puede también aducirse que existe unidad de conducta, o sea, unidad de hecho y unidad de conducta son lo mismo.

Mir Puig dice al respecto: “el concepto de unidad de hecho es valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad. Además, porque no deja de existir un solo hecho por la circunstancia de que el tipo realizado describa varios actos.”⁹⁷ Esto se aplicaría a la función que realizan los juzgadores al determinar a cada caso concreto si hay un hecho o varios hechos, o bien una conducta o varias conductas como lo interpreta Zaffaroni.

Hay opiniones que un hecho no es necesariamente una acción, sino que un hecho corresponde a un resultado y a varios hechos varios resultados, sin embargo Zaffaroni afirma que para determinar si hay un delito o varios delitos no debe acudirse a la constatación del número de resultados, porque ello puede llevar a equívocos, ya que si un sujeto –por ejemplo- arroja una granada a un lugar donde hay varias personas y mata a dos y lesiona a otras cuatro, no por ello puede afirmarse que haya seis delitos: cuando, en realidad se trata de una sola conducta, por lo tanto de un solo delito.

⁹⁶ A. Vives. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, Pág. 11

⁹⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, PPU, Barcelona, España, 1.990, p. 721, citado por Néstor Jesús Conti, *Algunas Consideraciones acerca de la Teoría del Concurso de Delitos*, Pág. 6



Por otra parte, y en miras a establecer criterios válidos que permitan determinar la existencia de una o varias conductas, puede advertirse que, de acuerdo con el criterio biológico o fisiológico, seguido por Zaffaroni, un solo movimiento o, lo que es lo mismo, una sola inervación muscular no puede ser otra cosa que una sola conducta (ej., quien arroja una bomba aunque hiera o mate a varios sujetos, realiza una sola conducta; es decir, arrojar una bomba); por el contrario, puede darse el caso en que una pluralidad de movimientos también constituya una única conducta (ej., en el caso de la estafa, situación en la que deben llevarse a cabo una pluralidad de movimientos que constituyen una sola conducta delictiva).

Ahora, el problema, como sostiene Zaffaroni, surge cuando hay varios movimientos exteriores voluntarios, los cuales, para poder ser considerados como una conducta única, requieren necesariamente que haya un plan común, es decir, una unidad de resolución (esto es lo que el autor llama factor final), pero ello no es aún suficiente, porque un sujeto puede resolver en forma simultánea llevar a cabo una decena de robos en una decena de meses y no por ello habrá de considerarse que existe una sola conducta, porque de hecho no la hay; es decir, en este caso, habrá tantas conductas como robos lleve a cabo el sujeto.

Conforme a ello, para que pueda considerarse que existe una sola conducta con pluralidad de movimientos, debe verificarse la existencia de un factor final (plan común o unitario), el cual debe coincidir, posición de la que participa Muñoz Conde, con un factor normativo, esto es, la desvaloración o prohibición que de la acción se extrae, mediante interpretación de un tipo penal aplicable al caso.

Para explicar más acerca del concepto de unidad de hecho la tesis de Córdoba Roda dice: “desde la perspectiva finalista, explicaba que para delimitar los supuestos de unidad y pluralidad de acciones, la acción se debía conformar tanto por la manifestación volitiva como por la voluntad, existiendo un único hecho o acción, cuando tanto la manifestación de la voluntad como la propia voluntad fueran



unitarias.”⁹⁸ También Bramont dice al respecto: “la pluralidad no radica, por rigor, en la acción, sino en el fin o designio criminal.”⁹⁹

Este autor parte del concepto de acción finalista para determinar la unidad de hecho integrando tanto la manifestación de la voluntad como el contenido de la misma.

Las críticas a esta postura manifiestan que es subjetiva en la determinación de la unidad de hecho, y que se relaciona a la unidad de intención y/o de fin. Y puede causar confusión y siempre interpretarse como que es un concurso real cuando pudiera ser concurso ideal. El determinar la intención del sujeto activo es una situación que implica la interpretación que se pueda dar de la conducta cometida y es algo subjetivo.

La posición doctrinal que el concurso ideal se sustenta en la unidad de propósito o de fin, se abandona alrededor de los años 70 momento en el que se sitúa la base estructural del concurso ideal en la unidad de acción. Al mismo tiempo se dejó de identificar el concurso ideal con un delito compuesto, y el concurso medial pasa a tener sustantividad propia y a ser considerado como un supuesto del concurso real y para otros supuestos del ideal.

Desde esa época se consagran las distintas formas concursales sobre la base de la unidad de acción y la pluralidad de acciones, cuando la doctrina científica estudia la teoría del concurso de la distinción del concepto de unidad de acción y pluralidad de acciones, estableciéndose el binomio “unidad de acción –concurso ideal de delitos y pluralidad de delitos- concurso real.

Aunque se dice que para el concurso ideal ya han sido superados los criterios de considerar la unidad de propósito o de fin, al analizar las definiciones que proporciona la unidad de acción y pluralidad de delitos que proporciona Muñoz Conde y Eugenio

⁹⁸ Córdoba Roda, *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, T. II, 1962, nota del traductor, No. 2., Pág. 422

⁹⁹ Bramont, *Código Penal Peruano*, Pág. 239.



Zaffaroni, se observa siempre la unidad de resolución o factor final que mencionan ambos autores para explicar el concurso ideal - unidad de acción.

Se puede concluir que existe todavía influencia de la teoría finalista en las actuales definiciones sobre la unidad de acción como se pudo observar en las expuestas anteriormente y realizadas por Muñoz Conde al mencionar que para determinar la unidad de acción, es necesario determinar el factor final y el normativo al igual que Zaffaroni, que comparte este criterio del factor final, unidad de resolución o plan común y por ende en la doctrina de estudio en Guatemala.

4.4. Clasificación

La clasificación que sigue nuestra normativa es la de Concurso ideal o formal y real o material, en la doctrina algunos autores al hablar de la clasificación de los concursos mencionan el concurso aparente de normas, delito continuado y delito de masa. En este estudio se aborda la clasificación del concurso ideal y real por ser el regulado en nuestra normativa. A continuación se analiza de qué forma se encuentra regulado en nuestra norma sustantiva.

El criterio de distinción utilizado y donde hay aceptación por casi todos los doctrinarios, y utilizado en la mayoría para determinar la forma de concurrencia está dado por la determinación de la unidad o pluralidad de acciones:

- a) Unidad de acción (concurso ideal): en este caso, existe unidad de acción aún haya mediado una sola acción o varios movimientos, en tanto y en cuanto estén unidos por una decisión común (unidad final), con más un único desvalor jurídico o prohibición legal (unidad normativa).

- b) Pluralidad de acciones (concurso real): en este caso, habrá pluralidad de acciones cuando haya varios movimientos o impulsos volitivos que vayan dirigidos a



satisfacer varias decisiones (pluralidad final), los que deben resultar desvalorados jurídicamente por varias normas (pluralidad normativa).¹⁰⁰

4.4.1. Concurso Ideal

El concurso ideal es aquel que ocurre cuando una sola acción o hecho con uno o varios movimientos son constitutivos de dos o más delitos y se da la unidad de acción.

Francisco Muñoz Conde dice al respecto: “Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba terrorista mata a varias personas) o heterogéneos o (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.”¹⁰¹

Por su parte, Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarquez brindan la siguiente definición: “En el concurso ideal de delitos hay “dependencia” entre los tipos penales en juego que convergen sobre una sola conducta (o “hechos”) dependientes entre sí que son objeto de una valoración jurídica unitaria que conduce a que hay un solo tipo penal en juego.”¹⁰²

Existe concurso ideal cuando una unidad de acción transgrede varios tipos penales, es decir, los tipos penales en juego prohíben diferentes aspectos de la conducta, pero existe una mínima superposición de espacios típicos entre ellos, sin que uno de ellos esté contenido (o forme parte) del otro.

¹⁰⁰ M. J. Conti. *Algunas Consideraciones acerca de la Teoría del Concurso de Delitos*, docente Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del plata, en la asignatura “Derecho Penal. Parte Especial” y “Práctica Procesal Penal”.

¹⁰¹ F. Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*, segunda edición, Editorial Temis, 1999, Pág. 172-173

¹⁰² R. G. Camelo López, – Jarque Darío, Gabriel, prologo Dr. Eugenio R. Zaffaroni, *Curso de Derecho Penal Parte General*, Bahía Blanda, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2004, Pág. 361



Los requisitos que deben verificarse para determinar la concurrencia formal entre varios tipos penales son:

- Unidad de acción: es decir, se requiere una unidad de acción con entidad para lesionar una pluralidad de leyes.
- Pluralidad de normas: por ello, la acción debe producir una pluralidad de lesiones a la ley penal, la que puede asumir distintas modalidades.

La clasificación del concurso ideal la doctrina menciona que puede ser heterogéneo y homogéneo. Existe un concurso ideal heterogéneo cuando con una acción se realizan varios delitos, es decir, cuando a la misma acción se aplica distintas leyes penales, ejemplo: la violación sexual de mujer provocándole lesiones; el coche bomba en zona urbana que hace incurrir terrorismo, homicidio y daños, etc.

Por otro lado, estamos frente a un concurso ideal homogéneo cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción, por ejemplo: el caso de la granada de guerra que mata a varios en el campo abierto.

Después de comprender este concurso y su clasificación se cita el artículo 70 de nuestro Código Penal que preceptúa:

“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 sancionado con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo.”

En el primer párrafo del artículo anterior, está regulado el concurso ideal propio como le denominan algunos autores en doctrina y se refiere cuando un solo hecho o acción constituye dos o más delitos. También está regulado el concurso ideal impropio o medial, por medio del cual una acción o hecho es medio para cometer el otro. Ejemplo: El allanamiento de morada para lesionar al morador.

En cuanto al concurso ideal impropio o medial hay diferentes posturas, las cuales creo conveniente exponer en virtud que dentro del citado artículo está inmersa esta modalidad de medio a fin.

Algunos autores son del criterio que el concurso medial es una modalidad del concurso ideal o sea el impropio y otros consideran que es una modalidad del concurso real y la tercera postura es que el concurso medial debe estudiarse de forma independiente. Por lo que algunos reconocen como su naturaleza jurídica: concurso ideal, concurso real, figura mixta y concurso medial.

En el presente ensayo se seguirá la postura que considera al concurso medial como una modalidad del concurso ideal o impropio.

Antes se cita un antecedente de este tema y el concurso medial también se le conoce como instrumental, teleológico, delito complejo, delito compuesto, delitos conexos, concurso ideal impropio y delito medio.

En España, en la regulación se reconoce el concurso medial, esto apareció en el código de 1848 en el Artículo 77 y esto fue un reflejo de ideas de la época y la influencia del pensamiento de autores italianos, como Giandomenico Romagnosi,



Giovanni Alessandro Franceso Carmignani y Franceso Carrara. “Como reflejo de un modo unánime los autores españoles, el fundamento de la expresa regulación del concurso medial se halla en la creencia a la que fueron receptivos los legisladores españoles de entonces por parte de los legisladores de la escuela clásica italiana de que la conexión de medio a fin entre dos delitos justifica únicamente la agravación de la pena del delito más grave.”¹⁰³

En España, esta regulación se ha mantenido. En México, la regulación expresa del concurso mediano no fue reconocida y solo se contempla el concepto del concurso ideal basado en una sola acción. En otros países sí existe la regulación del concurso medial:

En los códigos de otros países existe regulación del concurso medial: Código de Cuba: Artículo 10.1. Se considera un solo delito: a) los distintos actos delictivos cuando uno de ellos sea medio necesario e imprescindible para cometer otro; (...). Código de Chile: Artículo 75: La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave¹⁰⁴. Código de El Salvador: Art. 40. Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí¹⁰⁵.

Código de Guatemala: Artículo 70.- (Concurso ideal). En caso 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

¹⁰³ Guinarte Cabada, Gumersindo, El concurso medial de delitos, en Estudios Penales y Criminológicos XIII, 1988-1989, Universidad de Santiago de Compostela, Pág. 159.

¹⁰⁴ Sergio Politoff Lifschitz/Jean Pierre Matus Acuña/María Cecilia Ramírez G., Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, Santiago, 2003, Pág. 448. (Citado por Galván González, Francisco “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”, Profesor de la Universidad Autónoma de Sinaloa y de la Universidad de Guanajuato, Pág. 7.)

¹⁰⁵ (La regulación del concurso medial se debe a la asesoría que España prestó para la reforma penal de este país). (Citado por Galván González, Francisco, Ob.Cit. Pág.7)



mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. El tribunal (...) ¹⁰⁶. Código de Honduras: Art. 36. Las disposiciones del artículo anterior no se aplicarán en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada en una cuarta parte. Código de Nicaragua: Art. 84. Concurso real y medial. Lo dispuesto para el concurso real y el delito continuado, no es aplicable en el caso del concurso ideal en el que un solo hecho constituye dos o más infracciones; o en el caso del concurso medial, cuando una de ellas sea el medio necesario para cometer la otra. Código de Puerto Rico: **Art. 78. Concurso ideal y medial de delitos** ¹⁰⁷. Cuando sean aplicables a un hecho dos o más disposiciones penales, cada una de las cuales valore aspectos diferentes del hecho, o cuando uno de estos es medio necesario para realizar otro ¹⁰⁸, se condenará por todos los delitos concurrentes, pero solo se impondrá la pena del delito más grave, seleccionado de la mitad superior del intervalo de pena. Código de Uruguay: Art. 56. (La concurrencia fuera de reiteración). Los delitos que sirven de medio, o facilitan, permiten sacar provecho o se ejecutan para facilitar u ocultar otros delitos, cuando no se hallan contemplados en la ley como circunstancias constitutivas o agravantes del delito central ¹⁰⁹, se juzgan con sujeción al Artículo 54 ¹¹⁰.

En relación con la naturaleza jurídica se puede decir que: “Las características del concurso medial ha originado discusión sobre su naturaleza jurídica ¹¹¹,

¹⁰⁶ A. Rodríguez Barillas, (Tema 27. Unidad y pluralidad de delitos), en José Luis Diez Ripollés/Esther Giménez-Salinas i Colomer (coordinadores.), *Manual de derecho penal guatemalteco*. Parte general, Guatemala 2001, Págs. 506 y 507: El artículo 70 del Código Penal establece que existe concurso ideal en los casos en los cuales “un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro”. Este artículo contempla, por lo tanto dos supuestos, el concurso ideal propio, y el concurso medial o concurso ideal impropio. (Citado por Galván González, Francisco, Ob. Cit., Pág. 8)

¹⁰⁷ D. Nevaes-Muñiz, *Derecho penal puertorriqueño*. Parte general, San Juan, 2005, Pág. 353: Este artículo (se refiere al 78) fue recomendado por el Comité de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación. Los redactores del nuevo Código añadieron una frase para incluir el concurso medial. (Citado por Galván González, Francisco, Ob. Cit., Pág. 8)

¹⁰⁸ D. Nevaes-Muñiz, *Derecho...*, Pág. 354: (...) El Art. 78 del Código de 2004 dispone que cuando sean aplicables a un hecho dos o más disposiciones penales, y una de éstas es medio necesario para realizar la otra, se trata del concurso medial. (Citado por Galván González, Francisco. Ob. Cit., Pág. 8)

¹⁰⁹ Si se presenta esta circunstancia se aplica unidad de ley o concurso de leyes. (Citado por Galván González, Francisco, Ob. Cit., Pág.8)

¹¹⁰ (En este art. Existe reconocimiento al concurso medial y a los supuestos de conexidad). Art. 54. (Reiteración real). (Citado por Galván González, Francisco, Ob. Cit., Pág.8.)

¹¹¹ F. Díaz Palos, *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, Madrid, 1991, Pág. 134. (Citado por Galván González, Francisco, Ob. Cit., Pág.8.)



reconociéndose: (1) concurso ideal, (2) concurso real, (3) figura mixta, (4) concurso medial.

Con esta propuesta se considera que el concurso medial no es diferente del concurso ideal sino que es una especie o modalidad de éste. Ello se deriva de la regulación que el legislador hace de estas dos figuras en el mismo art. y con respuesta penal idéntica. El reconocimiento del concurso medial como modalidad del concurso ideal se acepta por los tribunales españoles¹¹².

En cuanto a la naturaleza del concurso medial desde el punto de vista como una modalidad del concurso ideal, se considera que el concurso medial no es diferente a este concurso, es una modalidad como ya se indicó. Esto es reconocido por los tribunales españoles, de los autores que tiene esta postura se pueden mencionar a:

Eugenio Cuello Calón: “También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro.”¹¹³

Fernando Díaz Palos (...) Sea de ello lo que se quiera, es lo cierto que el legislador ha tratado el supuesto de conexión teleológica o medial entre delitos con el mismo sistema punitivo de la absorción, aplicando la pena del delito más grave en su grado máximo, salvo que sea más favorable la punición separada. Se trata por consiguiente de una limitación a la acumulación material de penas más enérgica que la establecida para el concurso real. Es decir, que el caso de conexidad instrumental de delitos es tratado por el legislador como si también fuera una hipótesis de concurso ideal y esto debe bastar¹¹⁴. Francisco Muñoz Conde: Esta dificultad se agrava porque en el Artículo 71 no solo se regula el concurso ideal propio, sino también el impropio o

¹¹² C. Vásquez Iruzubieta, Doctrina..., Pág. 338: El llamado (concurso de delitos). (Citado por Francisco Galván González, “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”).

¹¹³ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Conforme al “Código Penal, texto reunido de 1944”. Tomo I. (parte general), México, 1961.

¹¹⁴ La jurisprudencia..., Pág. 134. (Citado por Francisco Galván González, “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”).



medial (“cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”). Ejemplo de concurso ideal es el allanamiento de morada para lesionar al morador. Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare, al concurso ideal propiamente dicho¹¹⁵.

Rosario Esteban: (...) El llamado por la doctrina y jurisprudencia concurso ideal, en oposición al denominado concurso real. Consta de dos hipótesis o modalidades, la pluriofensiva, cuando un solo hecho constituye dos o más delitos y la medial o instrumental, la cual se da cuando un delito sea medio necesario para cometer otro, accediendo el legislador para la punición de esas plurimes conductas, primordialmente a criterios de absorción¹¹⁶.

Laura Zúñiga Rodríguez: En realidad es una especie de concurso ideal (un solo hecho y pluralidad de delitos) lo que ocurre es que por su conexión final (medio a fin), tiene un tratamiento especial. Nuevamente, hay que tener en cuenta los factores para entender la unidad de hecho, final y normativo¹¹⁷.

Estos autores y otros más son del criterio que el concurso medial es una modalidad del concurso ideal y que existirá unidad de acción cuando las acciones o conductas que están unidas íntimamente, por constituir un medio para realizar otro delito. Además que siempre se observa el aspecto subjetivo como mencionaba uno de ellos se unifican en la conciencia del agente. Se puede concluir entonces que en nuestra normativa encontramos en el primer párrafo dos modalidades: Cuando una acción puede constituir varios delitos, concurso ideal propio y otra cuando un delito es medio para cometer otro, o sea el concurso medial, o ideal impropio. En ambos casos se tiene que tomar en cuenta los factores de unidad de acción final y normativo, ya que

¹¹⁵ *Teoría general del delito*, Bogotá, 2002, Págs. 173 y 174. (Citado por Francisco Galván González, “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”.)

¹¹⁶ (El delito imprudente), en Pedro V. Cano Maíllo-Rey (dir.) *La imprudencia*, Madrid, 2005, Pág. 68. (Citado por Francisco Galván González, “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”.)

¹¹⁷ (Lección 20. Unidad y pluralidad de delitos), en Fernando Pérez Álvarez/Cristina Méndez Rodríguez/Laura Zúñiga Rodríguez, *Derecho Penal. Parte general*, Salamanca, 2006, Pág. 244. (Citado por F. Galván González, “El Concurso Medial de Delitos: Análisis de España y México”.)



si en la mente del sujeto activo decidió realizar una conducta antijurídica para realizar otra, son delitos independientes pero a la vez hay una conexión entre ambos, vemos nuevamente el factor final y normativo que explico Muñoz Conde y comparte Eugenio Zaffaroni.

De lo contrario, se podría interpretar que un delito que es medio para cometer otros, como acciones independientes con pluralidad de delitos y entonces debiera entender el concurso medial como una modalidad del concurso real.

Se considera es discutible la modalidad que ha sido adoptada por la mayoría de autores conocidos en Guatemala ya que con base en lo que significa la unidad de acción, la cual explica la primer modalidad de: una acción y varios delitos, regulada en el primer párrafo del artículo 70 del Código Penal Guatemalteco; que siempre es criticable por la subjetividad que representa el determinar cuál era el fin del sujeto activo.

Por lo tanto, se encuentra cierta dificultad en explicar los delitos de medio a fin, desde la perspectiva de la unidad de acción, ya que siempre es subjetivo y el juzgador tiene que interpretar si el sujeto activo tenía la resolución final de cometer determinada conducta y por eso realizó otra conducta también antijurídica para obtener el resultado final.

Si hay un vínculo entre las dos acciones, la cual es íntima y posiblemente generada en la mente del sujeto activo, dependiendo de la forma que se interprete podría pensarse en algún caso que aunque haya sido el medio para cometer otro delito, cada acción fue independiente y si no es posible determinar el fin del sujeto activo, estamos ante un posible concurso real.



4.4.2. Concurso Real

Este concurso es conocido también como concurso material, efectivo, sustancial, o concurrencia de una pluralidad de hechos.

Para Jiménez de Asúa es la pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, destacando la presencia de los siguientes elementos: una pluralidad de actos, el carácter independiente de los actos, y la producción de una pluralidad de delitos.”¹¹⁸ Mientras que para Muñoz Conde, “cuando varias acciones o hechos cada uno distintivo de un delito autónomo...”¹¹⁹

Según Garrido Montt, existe concurso real de delitos "cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación con ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria".¹²⁰

Por su parte, Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarquez argumentan: “Si en el presupuesto del concurso ideal era la unidad de conducta con pluralidad, el de concurso real será una pluralidad de acciones desvaloradas que generan una multiplicidad de delitos. En otras palabras cada vez con multiplicidad de conductas se lesionen más de un bien jurídico y cuyo juzgamiento deba hacerse en una única sentencia estaremos en presencia de un concurso real de hechos punibles.”¹²¹

Eugenio Cuello Calón explica lo siguiente: “el verdadero concurso existe cuando concurren las siguientes condiciones: Que un individuo sea autor de distintos hechos; que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar

¹¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, octava época, gaceta número 75, tesis de jurisprudencia 5/93, marzo 1994, Pág. 11

¹¹⁹ F. Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*, Ob. Cit. Pág. 224

¹²⁰ M. Garrido Montt, *Derecho Penal Tomo II*, tercera edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Pág. 344.

¹²¹ R. G. Camelo López, – Jarque Darío, Gabriel, prologo Dr. Eugenio R. Zaffaroni, *Curso de Derecho Penal Parte General*, Bahía Blanda, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2004, Pág. 361



conexión alguna y que también aparezcan como diversos e independientes con conciencia del agente.”¹²²

De las definiciones anteriores se puede concluir que este concurso se da cuando concurren varias acciones o hechos independientes o autónomos, y cada uno constituye un delito en particular, y si bien cierto hay independencia en los delitos puede merecer un solo procedimiento penal. Cada acción realizada por separado constituye un delito.

El concurso real al igual que el concurso ideal puede ser de 2 clases; homogéneo y heterogéneo. El concurso real de delitos puede ser homogéneo cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito. Ejemplo: Ha librado cheques sin fondos en varias oportunidades. En el concurso real heterogéneo, el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades. Ejemplo: El autor un día roba, otro día estafa y en una tercera oportunidad lesiona.

El Artículo 69 del Código Penal regula el concurso real y contempla: “Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena. Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior: 1º. A cincuenta años de prisión; 2º. A doscientos mil quetzales de multa.”

En cuanto a la determinación de la pena, cada acción es independiente y el principio que le es aplicable es el principio de acumulación, mas sin embargo, a la suma de cada delito que concurse vendría una pena muy alta que sería desproporcional, por lo que en el mismo precepto legal hay límites que hacen que se respete el principio de proporción de las penas; pero es muy importante aplicar los concursos para no dejar

¹²² E. Cuello Calón. *Derecho Penal*. 2º Edición, México. Editorial Nacional Edinal, S de R.L. Pág. 788



acciones o conductas que violaron bienes jurídicos tutelados sin la aplicación de la ley. Hay una combinación de principios según la redacción del citado artículo.

El artículo establece una regla que modifica el principio de acumulación con el principio de asperación, por lo preceptuado que el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del tripe de la de mayor duración.

Hay criterios teóricos que según postura son susceptibles de aplicación en el concurso real:

- a) “Acumulación material de penas: Según el cual se suman todas y cada una de las penas de los delitos cometidos. Opina Mir Puig que esta solución parece más coherente con una perspectiva retribucionista porque cumplir una pena luego de haber extinguido la anterior resulta un sufrimiento más duro.
- b) Absorción: Según el cual se absorbe la pena menor por parte de la más grave. Es el criterio opuesto al anterior y lleva consigo la impunidad de los delitos más graves.
- c) Acumulación Jurídica: Es una vía intermedia entre las dos anteriores. Impone una pena más grave que la correspondiente al delito de mayor gravedad pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas particulares, o bien establece una agravación dentro de la pena del delito más grave.”¹²³

El análisis que realiza Alejandro Rodríguez Barillas en relación con las reglas que están inmersas en el citado artículo y los principios de acumulación material y jurídico parece adecuado ya que nuestra normativa ha tratado de guardar un equilibrio y observar aquellos principios como el de proporcionalidad de las penas y el de legalidad. “...(el Artículo 69 del Código Penal parte de la acumulación material, ya

¹²³ J. L. Diez Ripollés y Giménez-Salinas i Colomer, Esther. *Manual de Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala, Artemis Edinter, 2001, Págs. 510-511



que señala que al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, No obstante, limita este principio por medio del principio de acumulación jurídica, apreciable en dos reglas: En primer lugar, el conjunto de las penas de las misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración; y en segundo lugar, cuando las penas tuvieren igual duración, el conjunto no podrá exceder del triple de la pena).”¹²⁴

4.5. Correcta aplicación del concurso de delitos cuando existen los delitos de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en sus manifestaciones física y psicológica cometidos en contra de niñas y adolescentes

En el presente trabajo de tesis se han analizado los tipos penales de violación, agresión sexual y violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica cuando se han cometido en contra de la libertad e indemnidad sexual, así como la integridad de niñas y adolescentes en virtud que es necesario que los operadores de justicia profundicen en el conocimiento de los tipos penales ya citados debido a que es crucial en el momento de realizar la adecuación típica. Si se carece de este conocimiento pueden hechos antijurídicos quedar impunes y por consiguiente también es necesario profundizar en su análisis, ya que en el momento de aplicar uno de los concursos estipulados en nuestra normativa y según la doctrina es necesaria la adecuada comprensión de los mismos. El problema que se planteó para el presente trabajo de investigación fue que en la práctica y de conformidad con esta investigación, en el momento de ocurrir varios hechos antijurídicos de esta naturaleza no se adecúen correctamente los tipos penales y no se aplican los concursos de forma adecuada, utilizando las reglas de los mismos. Esto viene a ocasionar impunidad al quedar hechos antijurídicos cometidos en contra la niñez y adolescencia, como sujeto pasivo, y objeto de estudio en la presente tesis.

¹²⁴ *Ibíd.*, Pág. 511



Este problema que se observa diariamente en la práctica fue también verificado a través del resultado de las encuestas realizadas a personas que laboran este tipo de casos, objeto del presente estudio. La gráfica número 5, de los 21 encuestados: 15 respondieron que no habían trabajado con algún concurso de delitos y 6 respondieron indicando el concurso de delitos que aplicó el juez en el caso que estuvieron involucrados. De estas 6 personas encuestadas, 1 de estas personas indica que se aplicó un concurso pero en sentencia se absolvió; otro entrevistado indicó que se aplicó el concurso de delitos en la etapa preparatoria y en sentencia el juez resolvió que se subsumía en el delito de violación. Por lo general esto es lo que se ha observado en la práctica, es muy difícil que se resuelva un concurso de delitos y deciden subsumir la violencia contra la mujer física o psicológica en el tipo penal de violación o agresión sexual como comúnmente se resuelven estos casos al dictarse la sentencia.

En la gráfica número 7 podemos observar que de los 21 encuestados 16 contestaron que no han visto la interposición de algún recurso o acción en contra de alguna resolución que tenga como tema el concurso de delitos de violencia sexual y violencia contra la mujer y solamente 5 han tenido conocimiento de algún recurso o acción en contra de este tipo de delitos. Con esta gráfica se puede ver que también es bajo el número de personas que presentan un recurso y esto es porque es bajo el número de resoluciones que llegan a esta conclusión de aplicar un concurso de delitos como se pudo observar en el gráfica número 4 y también porque no se tiene el conocimiento adecuado de los tipos penales y los casos no se trabajan adecuadamente tomando en cuenta los hechos que se cometieron y realizando la adecuación típica de estos tipos penales, por consiguiente no se aplica debidamente el concurso de delitos.



Y después de plantear el problema, la hipótesis del mismo es que por la falta de profundización por parte de los operadores de justicia de los tipos penales de violación y agresión sexual y los tipos penales de violencia contra la mujer en su manifestación física y psicológica; además de existir complejidad en estos tipos penales, las reformas que han existido del 2008, 2009 y 2012 especialmente el decreto 44-2012; así como la falta de estudio doctrinal de los concursos de delitos, y el elemento normativo que tiene el tipo penal de violación y agresión sexual, se da entonces la problemática ya explicada.

Es por ello la importancia de este trabajo de investigación ya que se hizo un análisis profundo de lo que es violencia sexual y violencia contra la mujer (física y psicológica) cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente; la tipicidad y el tipo penal, los tipos penales objeto de estudio, la adecuación tipificada y luego de los concursos de delitos, analizando también las reformas legales y los puntos que hay que tomar en cuenta en el momento de analizar estos casos que son de suma importancia.

Se hizo el análisis y se determinó lo siguiente que viene a constituir un aporte novedoso que vendrá ayudar al análisis y resolución de casos cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente y se cometen varios delitos los cuales atentan contra la libertad e indemnidad sexual y la integridad.

4.5.1. Los delitos que pueden concursar

Se aplica un concurso de delitos cuando ocurren dos o más conductas antijurídicas y para esto nuestra normativa contempla el concurso de delitos para resolver estos casos de una forma que respeta las garantías de los imputados, especialmente el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad, y a su vez no quedan impunes hechos antijurídicos que han violentado bienes jurídicos tutelados que están protegidos por la ley.



En el presente trabajo de investigación como se ha venido explicando, los bienes jurídicos que se están estudiando son aquellos bienes jurídicos que violentan la libertad, indemnidad sexual y la integridad de niñas y adolescentes como sujetos pasivos.

Los concursos de delitos que pueden ocurrir con los delitos objeto de estudio, pueden ser entre otros:

- Violación y violencia física
- Violación y violencia psicológica
- Agresión sexual y violencia física
- Agresión sexual y violencia psicológica,
- Violación con agravación de la pena y violencia física,
- Violación con agravación de la pena y violencia psicológica
- Agresión sexual con agravación de la pena y violencia física,
- Agresión sexual con agravación de la pena y violencia psicológica
- Violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y violencia física
- Violación con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y violencia psicológica
- Agresión sexual con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y violencia física
- Agresión sexual con agravación de la pena y circunstancias especiales de agravación y violencia psicológica.
- Violación y violencia psicológica con circunstancias agravantes
- Violación y violencia física con circunstancias agravantes
- Agresión sexual y violencia física con circunstancias agravantes
- Agresión sexual y violencia psicológica con circunstancias agravantes
- Violación de forma continuada y violencia física
- Violación de forma continuada y violencia psicológica.
- Agresión sexual en forma continuada y violencia física



- Agresión sexual en forma continuada y violencia psicológica
- Violación y violencia física de forma continuada
- Violación y violencia psicológica de forma continuada
- Agresión sexual y violencia física de forma continuada
- Agresión sexual y violencia psicológica de forma continuada

4.6. Aplicación del concurso real

De conformidad con el análisis realizado se puede determinar que cuando existe la comisión de dos o más delitos y el sujeto pasivo niña y adolescente tienen menos de 14 años o es mayor de 14 años y se comete uno o varios delitos de violencia sexual (violación y agresión sexual) y después de la comisión de estos, también se comete uno o varios delitos de violencia contra la mujer (física y psicológica); la aplicación correcta según la normativa y la doctrina es el concurso real de delitos. Aquí según la doctrina hay pluralidad de acciones que generan una multiplicidad de delitos los cuales no están conectados entre sí, y son independientes. En este caso concursan varios delitos y estos como están regulados en diferentes leyes, en doctrina se le denominan concurso real heterogéneo.

4.7. Aplicación del concurso ideal

Por su parte, cuando el sujeto pasivo tiene menos de 14 años de edad y se han cometido delitos de violencia sexual (violación y agresión sexual) y violencia contra la mujer (física y psicológica), cometiendo estos últimos antes de la comisión del delito de violación y/o agresión sexual, es necesario aplicar el concurso ideal, en doctrina denominado impropio o medial como modalidad del concurso ideal. Esto debido a que se unificó en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza un delito con



otro. En este caso el concurso ideal se da cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. Se realiza la comisión por ejemplo del delito de violencia física como medio para cometer el delito de violación. Hay entonces una conexión teleológica o medial entre delitos; una relación teleológica de medio a fin, por consiguiente siempre hay que tomar en cuenta la unidad de acción final y normativa. Hay por consiguiente una limitación a la acumulación material de penas más enérgica que la establecida para el concurso real.

4.8. Elemento normativo

En cuanto al elemento normativo como se explicó en el capítulo II de esta tesis, estos elementos requieren una valoración por parte del intérprete o el juez y esta valoración puede proceder de varias esferas y tener la base del mundo físico o al mundo psicológico.

Según el análisis que se ha realizado existe un elemento normativo dentro de los tipos penales de violación y agresión sexual regulados en el Artículo 173 y 173 bis, para aquellos casos cuando el sujeto pasivo tiene mayor de 14 años. Este elemento normativo es un presupuesto sine qua non para que se pueda tipificar hechos que violentan los bienes jurídicos de libertad e indemnidad sexual cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente mayor de 14 años.

El elemento normativo al cual se hace referencia es violencia física o psicológica, y es aquí donde el juez tiene que dar una valoración especial y determinar en cada caso cuando ocurre violencia física y violencia psicológica. Para determinar lo que es la definición de violencia física y psicológica se deberá auxiliar de las definiciones doctrinarias de violencia física y psicológica así como las plasmadas en la normativa.



Es aquí donde es necesario desarrollar un análisis según las reformas que realizado recientemente y tomar en cuenta que en el año 2012 se realizó una reforma a la Ley contra la Violencia sexual, Explotación y Trata de personas, decreto 09-2009, a través del Decreto 31-2012 del Congreso de la República, mediante la Ley contra la Corrupción.

Importante es el análisis de cómo resolver casos cuando existen tipos penales de violación y agresión sexual cuando el sujeto pasivo es una adolescente mayor de 14 años y en el presente trabajo de investigación, cuando existe la comisión de varios delitos como los de Violencia contra la mujer en su manifestaciones física y psicológica, de allí deviene el desarrollo del siguiente punto.

4.9. Análisis de los concursos con la reforma realizada en la Ley contra la Corrupción, decreto 31-2012 del Congreso de la República

Se complica el análisis de los tipos penales de violación y agresión sexual; la adecuación tipificada y por ende la aplicación del concurso de delitos cuando existen la comisión de dos o más delitos, con la reforma que realizó el Artículo 44 de la Ley contra la Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República y que deroga el artículo I de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y su reforma. Con esto, se reformó el inciso 4, artículo 56 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y sus reformas que regulaba la definición de violencia física y psicológica.

Se considera que no hay mayor dificultad en cuanto a la definición de violencia física ya que quedó la misma, el problema se presenta con la definición de violencia psicológica establecida con la reforma al artículo 56, en virtud de lo siguiente:



- ✓ Como se explicó en el capítulo anterior la definición establecida con la reforma realizada por el Artículo 44 de la Ley contra la Corrupción.

- ✓ Decreto 31-2012, es una definición no acorde a la realidad de los casos de violencia sexual cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente, en virtud de esta definición de violencia psicológica establece que es intimidación y esta a su vez indica que es hipnosis, narcosis, o privación de razón o sentido y cuando ocurren casos de violencia sexual en contra de niñas y adolescentes la mayoría de veces ocurren intimidaciones, amenazas o palabras obscenas. Con esta definición se puede representar específicamente cierta dificultad para la adecuación típica de la conducta en el tipo penal en los casos de niñas y adolescentes mayores de 14 años, ya que este tipo penal como ya se mencionó contiene un elemento normativo de violencia psicológica dentro del tipo penal.

- ✓ Para la interpretación y por consiguiente adecuación del hecho antijurídico en el tipo penal de violación o agresión sexual se deberá realizar de conformidad con el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial y tomar en cuenta que los bienes jurídicos tutelados que se protegen son la libertad e indemnidad sexual; el sujeto pasivo que son niñas y adolescentes; el espíritu de la normativa, que es proteger los derechos de la niñez y adolescencia contra el abuso, violencia y explotación. Además de utilizar la ley especial en materia de la violencia contra la mujer, y por ser esta la adecuada al contexto de estos casos, tomar en cuenta la definición de violencia psicológica del Artículo 3, inciso m) de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la mujer. Así, si ocurre un caso de violación o agresión sexual en contra de una persona adolescente mayor de 14 años de edad el hecho no quedara impune, sino el juez deberá tomar en cuenta lo anterior y esta definición que explica que es violencia psicológica y no limitarse solamente a la definición de



violencia psicológica del artículo 44 de la Ley de Corrupción que reformó el artículo 56 de la Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, ya que esta nueva definición es especial para los casos de corrupción y no para los casos que atentan contra la violencia sexual.

✓ Se advierte podrá argumentarse esta definición legal en virtud de estar en la ley especial de violencia contra la mujer y por ser el sujeto pasivo una mujer mayor de 14 años, ya que en el tipo penal de violación y agresión sexual contiene el elemento normativo de violencia psicológica o física, como lo estipula el artículo 173 y 173 bis respectivamente de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas: “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal...” y “Quien con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales...”.

✓ La definición anteriormente regulada en el artículo 56 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, de violencia psicológica era más acorde para el tratamiento de estos casos y no existía ningún problema en el momento de hacer mención a la violencia psicológica ya que se hacía relación a este artículo. El espíritu de esta normativa es para desarrollar el derecho de la niñez contra el abuso, explotación y violencia, y por tal motivo se crearon tipos penales y normas acordes para resolver todos aquellos casos donde se violenta la libertad e indemnidad sexual.



CONCLUSIÓN

Actualmente, no se están aplicando adecuadamente los tipos penales de violación o agresión sexual y de violencia contra la mujer en su manifestación física o psicológica, cuando el sujeto pasivo es una niña o adolescente y, por consiguiente, no se aplican los concursos de delitos cuando se comete uno o más de estos delitos. Esto se debe a la falta de profundización en el conocimiento de estos tipos penales, las leyes y sus reformas y la complejidad de estos tipos penales que hace que hechos contrarios a la ley queden impunes.

En esta tesis, se profundizó el estudio de estos tipos penales, la adecuación jurídica y la aplicación correcta del concurso de delitos según los presupuestos normativos. Constituye un aporte novedoso ya que no se ha realizado antes un estudio y análisis de cuáles son los concursos de delitos a nivel doctrinal y legal que son pertinentes, cuando se da el concurso de delitos con los tipos penales ya mencionados.

El concurso de delito que se deben aplicar cuando el sujeto pasivo, niña o adolescente, tiene menos de 14 años de edad y la violencia física o psicológica se cometió antes de la comisión del delito de violación o agresión sexual, es necesario aplicar el concurso ideal de delitos (concurso ideal impropio medial). Por su parte, cuando el sujeto pasivo es mayor de 14 años de edad, y se cometió antes la violencia física o psicológica debe tomarse en cuenta que, dentro del tipo penal, aparece inmersa la violencia física o psicológica como elemento normativo y no hay concurso, por lo tanto, los jueces deberán dar una valoración especial a este elemento normativo y al hecho ocurrido, según cada caso. Se necesita, entonces, para tener una definición de lo que es violencia psicológica, tomar en cuenta la definición de violencia psicológica plasmada en el Artículo 3, inciso



M) de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, por ser la ley especial. En virtud de que el Decreto 31-2012 reformó el Artículo 56 de la Ley contra la Violencia sexual, Explotación y Trata de personas que contenía una definición de violencia psicológica que ayudaba a resolver estos casos.

En todo caso, cuando se comete el delito de violencia psicológica o física después de la comisión del delito de violación y agresión sexual y la adolescente tiene menos de 14 años o bien es mayor de 14 años, este se debe adecuar en el tipo penal correspondiente y, entonces, se aplicaría el concurso de delitos real.

Al realizar el análisis de los Artículos 173 y 173 bis, de violación y agresión sexual, de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 09-2009, cuando concursan con los delitos de Violencia contra la mujer, deberá realizarse según lo estipulado en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial y tomar en cuenta el bien jurídico tutelado que se protege; el espíritu de la norma y la ley, lo contemplado en la ley especial que regula la violencia contra las mujeres, así como el sujeto pasivo y que hay principios y normas que le dan una protección especial.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alegría Hidalgo, Juan Luis. *Derecho Penal*. Parte General. Universidad Alas Peruanas. Texto para la docencia en Derecho. Filial Cajamarca. Fondo Editorial. 2007. Págs. 233-243. 271 Págs.

CONAPREVI, Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres. *Estudio a Fondo sobre todas las formas de Violencia contra la Mujer*. Informe del Secretario de General de Naciones Unidas, 2006. 157 Págs.

CONAPREVI, Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres. *Protocolo de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer*. Guatemala, Septiembre de 2010. 49 Págs.

CONAPREVI, Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres. *Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y Contra las Mujeres. PLANNOVI 2004-2014*. 39 Págs.

De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala: 13^a. Ed 2002. 849 Págs.

Grupo Guatemalteco de Mujeres, GGM. *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer Comentarios y Concordancias*. Guatemala, Julio 2011. 68 Págs.

Grupo Guatemalteco de Mujeres, GGM. *Monitoreo Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer*. Guatemala, mayo 2010. 111 Págs.

Hendler, Edmundo S. Gullco, Hernán V. *Casos de Derecho Penal Comparado*. Argentina. Editores del Puerto s.r.l. 1996

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal Tomo III, El Delito*, Segunda Edición. Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1958.

Jiménez de Asúa, Luis. *La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. La Ley y el Delito*. México. Buenos Aires. Editorial Hermes. 1954.

López Camelo, Raúl Guillermo. Jarque, Gabriel Darío. *Derecho Penal, Parte General*. Prólogo: Zaffaroni Eugenio R. Bahía Blanca, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional de Sur. Septiembre 2004. 91 Págs.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Décima Quinta Edición. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2004. 1078 Págs.



Peramato Martín, Teresa; Cartagena Pastor, Juan Manuel; Barrero Alba, R. y Quiroz Donat Laporta, Emilio. *Investigación Criminal para Casos de Violencia Familiar*. Guatemala, Embajada de España en Guatemala, AECID. Octubre 2011. 307 Págs.

Quiros Rodríguez, Edda. *Sentir, Pensar y Enfrentar la Violencia Intrafamiliar*. Agencia Española de Cooperación Internacional. 1997. 135 Págs.

Reyes Echandía, Alfonso. *La Adecuación Típica. La Tipicidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. Segunda reimpresión, de la sexta edición. Guatemala, Editorial Artemis S.A., 1999. 299 Págs.

Solórzano, Justo. *Los Derechos Humanos de la Niñez y su Aplicación Judicial*. UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Organismo Judicial. 2ª. Impresión. Guatemala, 2004. 180 Págs.

Visión Mundial Guatemala. UNICEF. *Marco Jurídico de Protección Integral a la niñez y la adolescencia*. 327 págs.

OTROS

Arredondo Ossandón, Valeria, *Guía Básica de Prevención del Abuso Sexual Infantil*. PAICABI, Corporación de Promoción y Apoyo a la Infancia. Programa Regional de Prevención del Maltrato Infantil 2001-2002. Servicio Nacional de Menores, Quinta Región. Editado por ONG PAICABI, Gobierno de Chile, Registro de Propiedad Intelectual No. 127-003. Julio 2002. 42 Págs.

Arredondo Ossandón, Valeria. Knaak Donoso, Marianne. Lira Mendiguren, Gonzalo. Silva Silva, Ana. Zamora Zapata, Iván. *Maltrato Infantil Elementos Básicos para su Comprensión*. Centro de Promoción y apoyo a la Infancia. PAICABI, en cooperación y financiamiento de la Embajada de Gran Bretaña. Viña del Mar, Chile, Marzo de 1998. 104 Págs.

Corporación De Promoción y Apoyo A La Infancia- ONG PAICABI. *Violencia Sexual Infantil: Debates, Reflexiones y Prácticas Críticas*". Valparaíso, Chile. Registro de Propiedad Intelectual, Inscripción No. 164.109. 2007. 245 Págs.
www.paicabi.cl.

Childfund, Guatemala. Informe Final *Estudio de Conocimientos, Actitudes y Prácticas que Generan y/o Favorecen la Erradicación de Patrones de Violencia de Género*. Elaborado por Childfund en colaboración con UNICEF, ECAP, Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial. Septiembre 2011. 156 Págs.



Conti, Nestor Jesús. *Algunas Consideraciones acerca de la Teoría del Concurso de Delitos*. Argentina. 22 Págs.

www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/.../30conti.

Díaz Gómez, Andrés. *Acumulación y Refundición de Penas: Notas sobre la Necesidad de Superar estos Conceptos*. Investigador FPU, Universidad de la Rioja. REDUR 10 diciembre 2012. Págs. 311-321 SSN169-07X.

www.unirioja.es/dptos/ddd/redur/número10/diaz.pdf

Estudio Del Secretario De Las Naciones Unidas Sobre La Violencia Contra Los Niños. *La Violencia contra los niños, niñas y adolescentes en América Latina*. 4 Págs.

[www.Estudio_violencia\(4\)contra_niñez_y_adolescencia_naciones_unidas_2006-pdf](http://www.Estudio_violencia(4)contra_niñez_y_adolescencia_naciones_unidas_2006-pdf)

Estudio Del Secretario General De Las Naciones Unidas, *Poner Fin a la Violencia contra la Mujer, de las Palabras los Hechos*. Publicación de las Naciones Unidas, No. De Venta S.06.IV.8. ISBN-10: 92-1-330196-0. ISBN-13: 978-92-1-330196-8. Copyright Naciones Unidas, 2006. 216 Págs.

www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish-pdf

Equipo de Trabajo 2005: Consultor Internacional Barceló Obrador, Pedro. Equipo nacional de trabajo: Cedeño de Paredes, Nelly. Russo de Cedeño, Angela. Estribí, Iván Javier. Pardo, Tulia. Castroverde, Maruquel. Turner, Ileana. Equipo de actualización 2011: Consultor Nacional, A. de Castro, Delia. Equipo de Trabajo: Lozano de Coronel, Lorena. Botello O., Dayra I. Miranda, Álvaro. Tello Solano, César Román. Broce, Vielka. Gaitán, Leonila. Márquez, Emeldo. Fuentes, Maryeugenia. Montenegro, Laura. Ruiz Castillo, Nereida. Revisión documento final y de la perspectiva de género: Alemany Jordán, Maite. Lozano de Coronel, Lorenzo. "Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual". Como producto del *Proyecto de Actuación Integral con Víctimas de Violencia de Género*, financiado por el fondo mixto Hispano Panameño de Cooperación. 2006-2012. 116 Págs.

www.ministeriopublico.gob.pa/.../PDelitos%contra%20la%20libertad...

Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas Sobre Violencia Contra las Niñas, Niños y Adolescentes. *Informe de la Secretaria Regional para el estudio de América Latina, Cuba y República Dominicana en el Caribe*. 96 Págs.

www.pasa.cl/Estudio_del_Secretario_General_de_NU_sobre_Violencia_contra_los_Niños.pdf

Ferrer, Victoria. *Tipos de Violencia contra las Mujeres y su Intensidad*. Curso de Master en Igualdad y Género en el ámbito público y privado Interuniversitario-internacional Fundación, Isonomía. 2007/2009. 18 Págs.:

<http://isonomia.uji.es>

Galván González, Francisco. *Concurso Medial de Delitos*. Análisis de España y México.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_2012050.



Informe de America Latina en el Marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas
La Violencia contra Niños, Niñas y adolescentes. 2006. 99 Págs.
[www.unicef.org/lac/informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\)-pdf](http://www.unicef.org/lac/informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1)-pdf)

Lledó Vásquez, Rodrigo. *Breves Nociones sobre los Concursos de Delitos*. 7 Págs.
<https://www.ucursos.c1/derecho/2007/2/D125A0634/1/147649>.

Machicado, J., Tipicidad y tipo penal, Apuntes Jurídicos”, 2012.

<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html>.

Moreno Manzo, Juan Manuel. *Maltrato Infantil*. Editorial EOS. Madrid España. 2002. 338 Págs.
www.empleo.gob.es/es/publica/pub/revista/.../Recensiones1.pdf

ODHAG, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Informe de la Situación de la Niñez y Adolescencia en Guatemala 2011*. 173 Págs.

PAICABI, Corporación de Promoción y Apoyo a la Infancia. *Guía Básica de Prevención del Abuso Sexual Infantil*. Editado por ONG PAICABI, Gobierno de Chile, Servicio Nacional de Menores, Quinta Región,. Julio 2002. 42 Págs.

Pinheiro, Paulo Sergio. *Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas*. Paulo Sergio Pinheiro, Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños. 367 Págs.

Sainz Cantero. J. a. Cortesía de Editorial Rialp. Gran Enciclopedia Rialp.1991.
<https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D125A0634/1/material-docente/>.

UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia*, Edición Especial, Conmemoración de los 20 Años de la Convención Sobre los Derechos Del Niño. Únete por la Niñez. Noviembre 2008. 100 Págs.

UNICEF. Evaluation Report *Protecting Children from Violence: A Synthesis of evaluation findings*. Evaluation Office. Junio 2012. 358 Págs.
www.unicef.org/.../protecting_children_from_violence_synthesis

UNICEF. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales. ICSO UDP. *Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales, en el Marco de la Reforma Proceso Penal*. Informe Final. Santiago, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Of. Para Chile y el Conosur). Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales- Universidad Diego Portales. agosto 2006.136 Págs.

Unidad y Pluralidad de los Delitos. Concurso de Normas. 125 Págs.
<http://www.unav.es/penal/iuspoenale>.



ANEXO I

**ENCUESTAS REALIZADAS A PROFESIONALES DEL DERECHO QUE TRABAJAN EN
EL MINISTERIO PÚBLICO, ORGANISMO JUDICIAL Y QUERELLANTES ADHESIVOS.**



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

ENCUESTA

Instrucciones:

Favor responder las preguntas siguientes, si necesita más espacio utilice la parte de atrás.

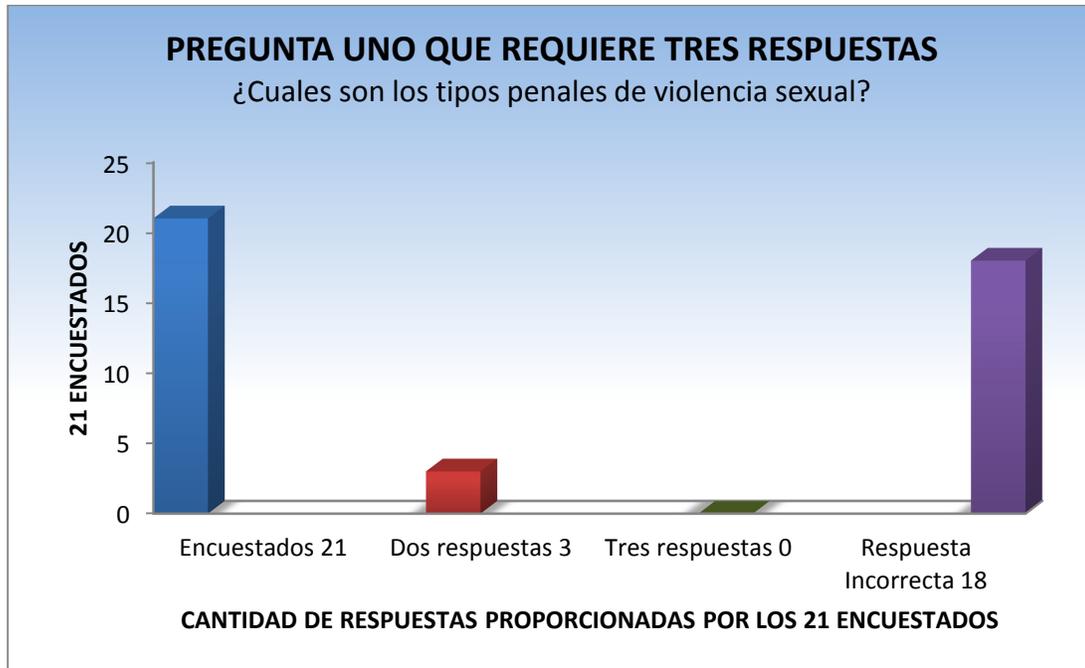
- 1) ¿Cuáles son los tipos penales de violencia sexual?
- 2) Enumere los concursos de delitos:
- 3) ¿Cuáles son los tipos penales de violencia contra la mujer?
- 4) En su experiencia, ha trabajado algún caso en el cual el juez resolvió aplicar un concurso de delitos, donde uno o varios de los delitos de violencia sexual concursara con uno o varios de los delitos de violencia contra la mujer?
- 5) Si la respuesta es afirmativa, por favor indicar cuál fue la tipificación otorgada por el juez?
- 6) Si la respuesta es afirmativa, podría indicar el año aproximado cuando se dictó esa resolución?
- 7) Ha conocido de un caso en donde se haya presentado recurso o acción por resolución en el cual el motivo del mismo sea por la aplicación de uno de los concursos de delitos?



ANEXO II
GRÁFICAS QUE REFLEJAN LAS RESPUESTAS DE LA ENCUESTA

GRÁFICA No. 1

PREGUNTA NO. 1: ¿CUÁLES SON LOS TIPOS PENALES DE VIOLENCIA SEXUAL?



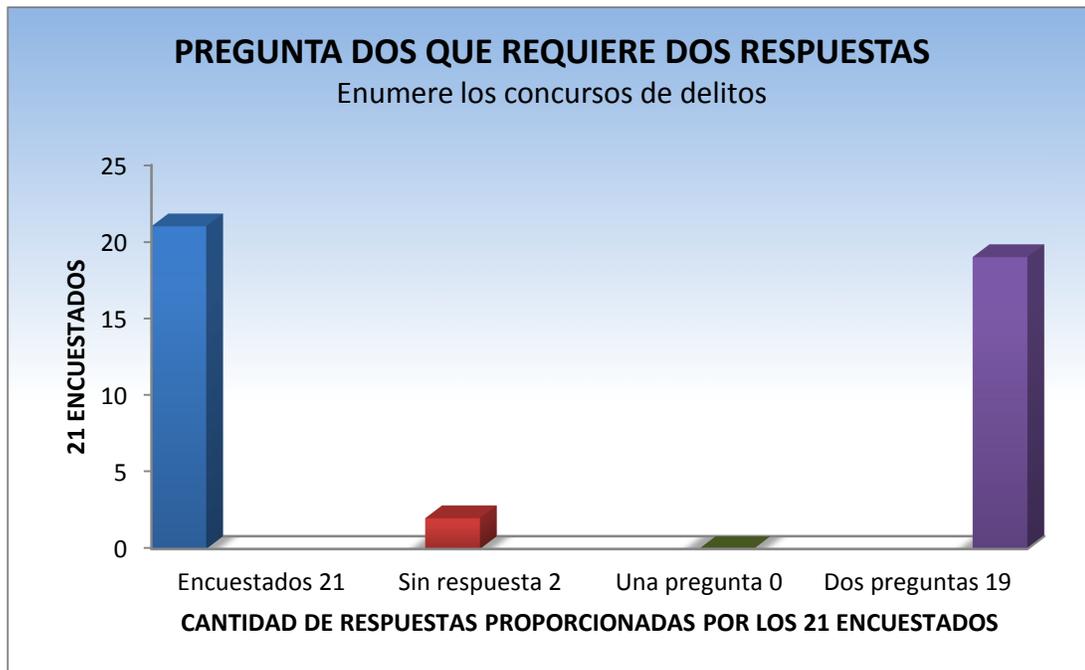
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 3 respondieron la pregunta con dos respuestas: Violación y agresión sexual.
- 0 respondió 3 respuestas: violación, agresión sexual, violación y agresión sexual con agravación de la pena. **RESPUESTA CORRECTA**
- 18 respondieron enumerando otros tipos penales que no son de violencia sexual de conformidad con el capítulo I de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

GRÁFICA No. 2

PREGUNTA NO. 2: ENUMERE LOS CONCURSOS DE DELITOS:



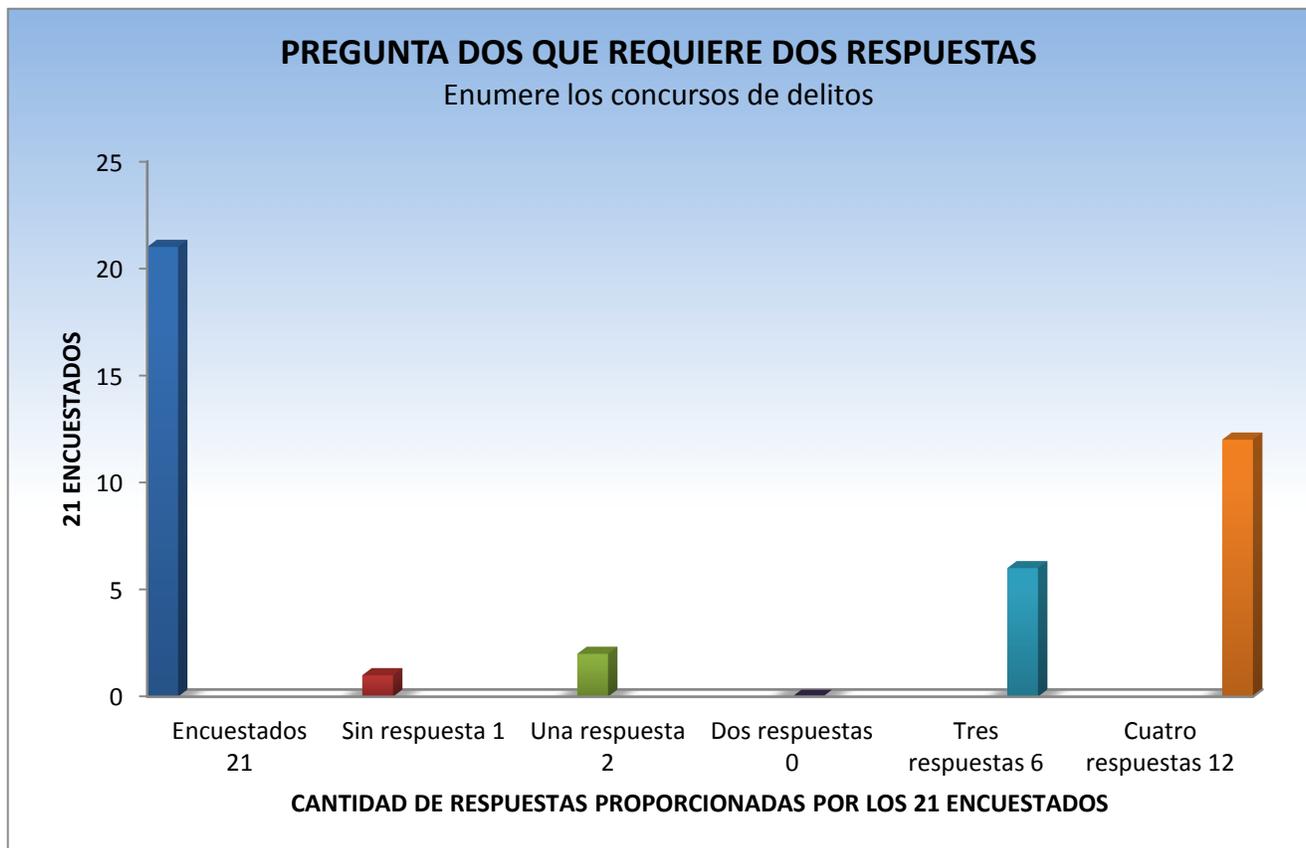
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 2 no respondieron
- 0 dieron una respuesta
- 19 dieron 2 respuestas: Concurso de Delitos real e ideal. RESPUESTA CORRECTA

GRÁFICA No. 3

PREGUNTA NO. 3: ¿CUÁLES SON LOS TIPOS PENALES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER?



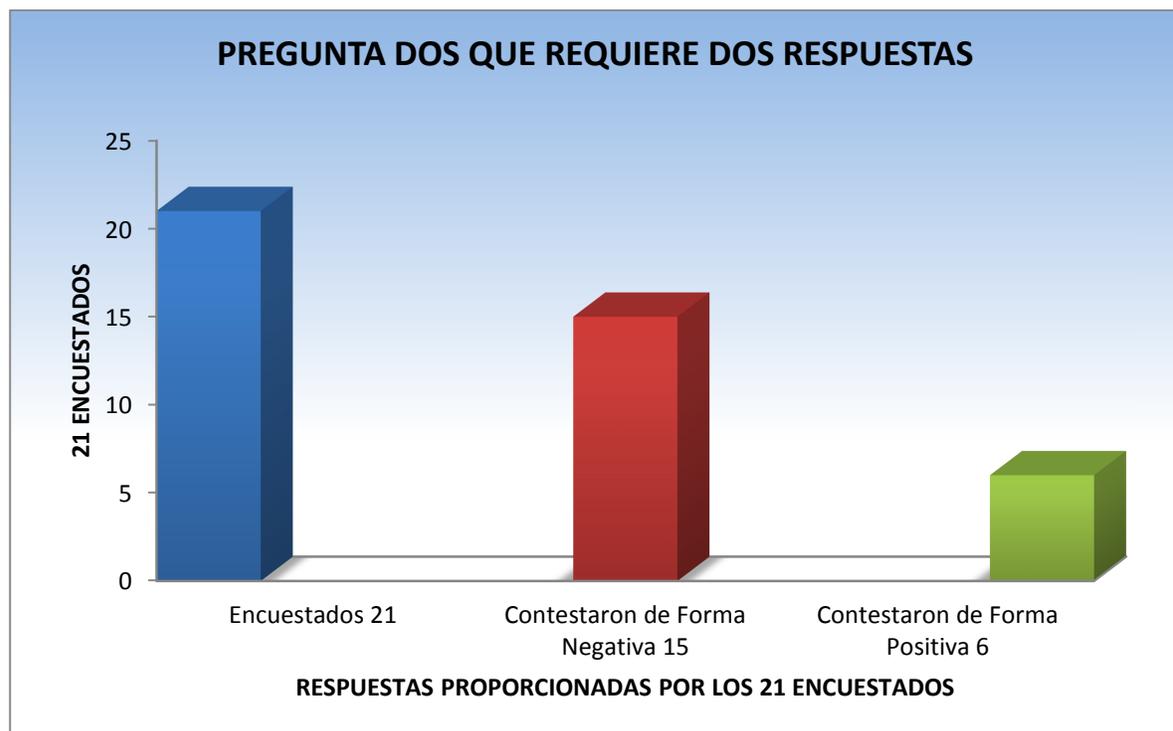
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 1 sin respuesta
- 2 dieron una respuesta: Violencia económica
- 6 dieron 3 respuestas: Violencia física, psicológica y económica
- 12 dieron 4 respuestas: Violencia física, psicológica, sexual y económica. RESPUESTA CORRECTA

GRÁFICA No. 4

PREGUNTA NO. 4: ¿HA TRABAJADO EN ALGÚN CASO EN EL CUAL EL JUEZ RESOLVIÓ APLICAR UN CONCURSO DE DELITOS DONDE UNO O VARIOS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONCURSARA CON UNO O VARIOS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER?



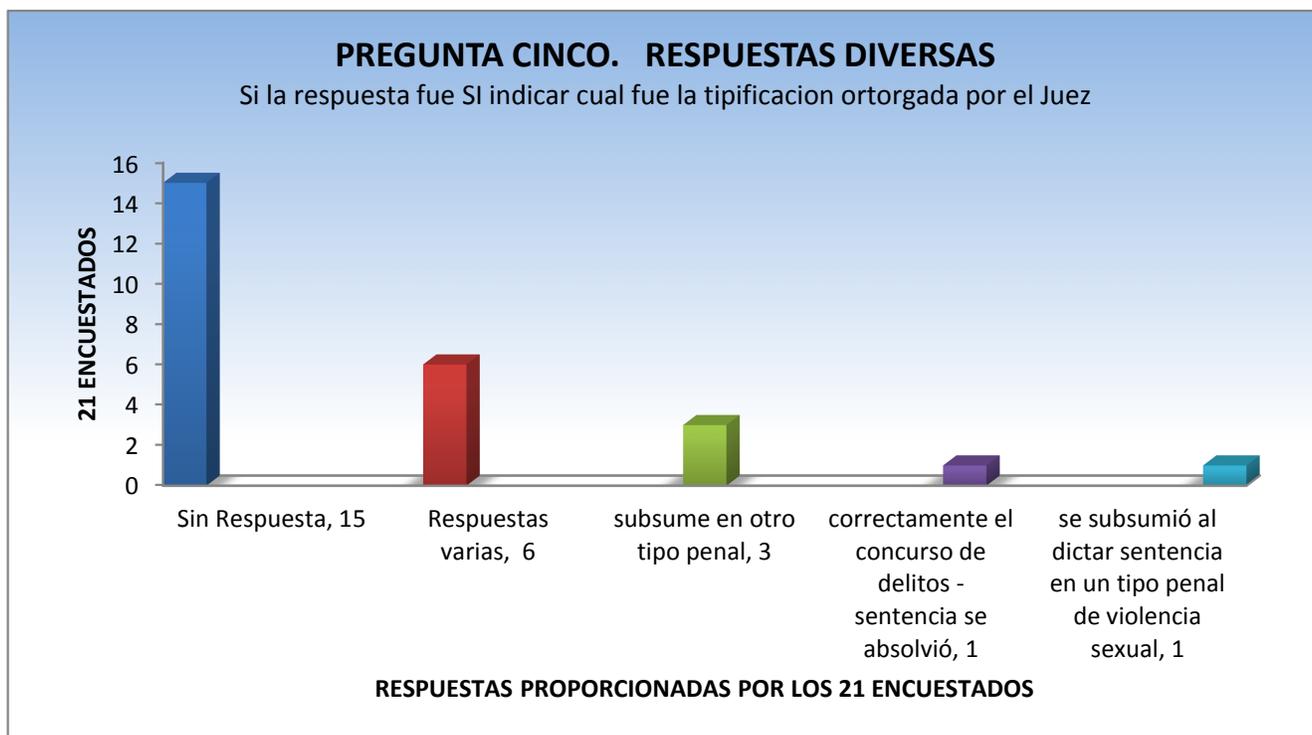
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 15 contestaron de forma negativa, por lo que no han trabajado un caso donde el juez resolvió un concurso de delitos con los delitos de violencia sexual y los delitos de violencia contra la mujer
- 6 contestaron afirmativo, estas 6 personas si han tenido la experiencia de trabajar un caso donde el juez aplico el concurso de delitos con uno de los delitos de violencia sexual y uno de delitos de violencia contra la mujer.

GRÁFICA No. 5

PREGUNTA NO. 5: ¿SI LA RESPUESTA FUE SI, INDICAR CUAL FUE LA TIPIFICACIÓN OTORGADA POR EL JUEZ?



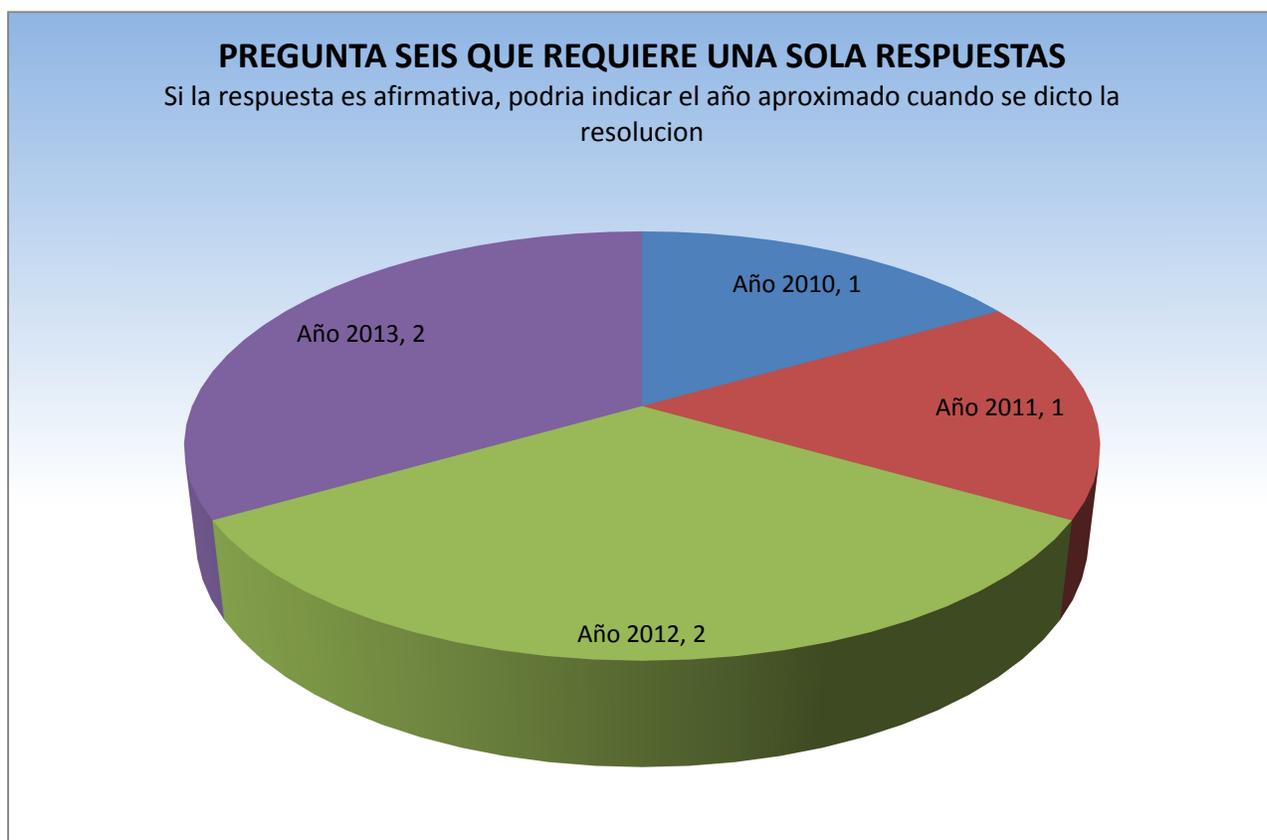
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 15 no contestaron ya que en la pregunta anterior que tiene relación con esta pregunta, indicaron 15 que no habían trabajado un concurso de delitos que concursaran con uno o varios delitos de violencia sexual y uno o varios delitos de violencia contra la mujer, por lo que no han visto una tipificación otorgada por el juez.
- 6 contestaron que en la tipificación que otorgo el juez aplicó el concurso de delitos de violencia sexual y violencia contra la mujer. **RESPUESTA CORRECTA**
- De los 6 que contestaron afirmativo, 3 indicaron que han visto en la práctica que se subsume en otro tipo penal.
- De los 6 que contestaron afirmativo 1 contestó que se tipificó correctamente el concurso de delitos pero en sentencia se absolvió.
- De los 6 que contestaron afirmativo 1 contestó que se tipificó correctamente en la etapa preparatoria pero se subsumió al dictar sentencia en un tipo penal de violencia sexual.

GRÁFICA No. 6

PREGUNTA NO. 6: ¿SI LA RESPUESTA ES AFIRMATIVA, PODRÍA INDICAR EL AÑO APROXIMADO CUANDO SE DICTÓ ESA RESOLUCION?



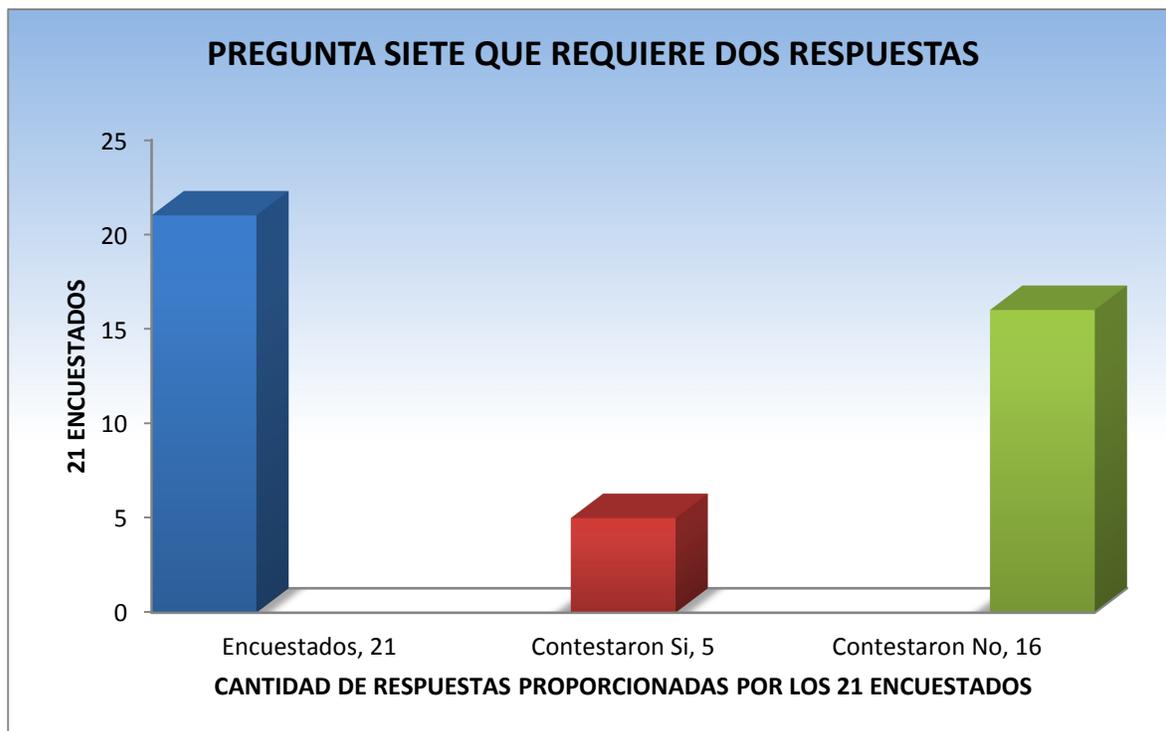
RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 1 respondió en el año 2010 se dictó la resolución.
- 1 respondió en el año 2011 se dictó la resolución.
- 2 respondieron en el año 2012 se dictó la resolución.
- 2 respondieron en el año 2013 se dictó la resolución.

GRÁFICA No. 7

PREGUNTA NO. 7: ¿HA CONOCIDO ALGUN CASO EN DONDE SE HAYA PRESENTADO RECURSO O ACCIÓN POR RESOLUCIÓN EN EL CUAL EL MOTIVO DEL MISMO SEA POR APLICACIÓN DE UNO DE LOS CONCURSOS DE DELITOS?



RESPUESTAS:

Los 21 encuestados respondieron de la siguiente forma:

- 5 contestaron que si han conocido un caso donde se haya interpuesto un recurso o acción donde el motivo fue la aplicación de un concurso de delitos.
- 16 contestaron que no han trabajado un caso donde se presentó un recurso o acción donde el motivo fue la aplicación de un concurso de delitos.



ANEXO III

EJEMPLO DE CASOS ADECUACIÓN TÍPICA



EJEMPLO DE CASOS ADECUACIÓN TÍPICA

CASO UNO

En un juzgado del municipio de Guatemala del Departamento de Guatemala se dictó la resolución con fecha 3 de diciembre del año 2012, en un caso donde la niña de 7 años de edad fue violada por una persona a quien la madre de la agraviada le pagaba por recoger a su hija en el colegio para llevarla a la casa donde vivían con su hija. El sindicado recogió a la niña por varios meses y llegaba al colegio en su carro que, el cual tenía vidrios polarizados. El estacionaba el carro en la calle y le decía a la niña que se bajara la falda y el calzón o la pantaloneta y le introducía el dedo en la vagina, así como colocaba el pene en los glúteos y en el ano, pero antes de cometer estos actos le daba un helado a la niña y le daba 5.00 a 10.00 quetzales a cambio de que ella no dijera nada. Esto lo cometió varias veces cuando la iba a recoger al colegio entre los meses de febrero a julio del año 2012. Además el sindicado le decía antes de introducir su dedo en la vagina palabras soeces, y que ella era su prostituta porque le pagaba. El informe psicológico realizado por INACIF indica que la niña tiene daños emocionales. La resolución que se dictó fue el auto de procesamiento donde el Ministerio Público calificó los hechos de la siguiente manera: violación con agravación de la pena, maltrato contra menores de edad y remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución, y el juez adecuó la conducta antijurídica en el delito de agresión sexual. Con fecha 22 de enero del año 2013 se llevó a cabo la reforma del auto de procesamiento y el juez resolvió dejar ligado al sindicado por el mismo delito de agresión sexual. Su razonamiento fue que no encuadraba en el tipo penal de violación por no existir una desfloración, que el helado y el dinero que le daba a la niña de 5.00 o 10.00 quetzales no constituía un beneficio económico y que había un informe médico donde se dijera había un daño. En la misma audiencia presentaron los sujetos procesales recurso de reposición. Posteriormente los sujetos procesales presentaron la acción constitucional de amparo en contra de la reforma del auto de procesamiento por la adecuación errónea por parte del juez. Todavía no ha resuelto la sala constituida en tribunal de amparo.



CASO DOS

En un juzgado de un municipio del Departamento de Guatemala se dictó auto de procesamiento con fecha once de octubre del año 2012 por los delitos de violación con agravación de la pena con circunstancias especiales de agravación y violencia contra la mujer en su manifestación psicológica y la Fiscalía Municipal presentó acusación y solicitud de apertura a juicio por los delitos antes descritos. Con fecha 23 de mayo del año 2013, un Juzgado de Primera Instancia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer dictó sobreseimiento por el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica y abrió a juicio por el delito de violación con agravación de la pena con circunstancias especiales. El acusado conducía un vehículo y bajo engaños invitó a comer una hamburguesa a dos hermanas y ellas ignorando la intención aceptaron y al ingresar una de ellas al vehículo, quien contaba con 14 años, el acusado cerró la puerta y la agraviada aterrada le preguntó que por qué no había dejado que subiera su hermana y él le dijo que no tenía dinero para invitarlas a las dos y que la iba a regresar después de comer. El acusado tomó otro rumbo y la llevó a un hotel y la obligó bajo amenazas e intimidaciones a entrar y le quitó sus prendas de vestir y le introdujo el pene en la vagina, a consecuencia de esto quedó embarazada. Posterior a este acto antijurídico el acusado le profirió amenazas y le dijo que si decía algo él sabía que tenía una hermana pequeña y se mantenía sola en su casa y que él le podía hacer daño. Esto fue otro acto que le causó daño o sufrimiento emocional.

En el presente caso los sujetos procesales presentaron apelación genérica en contra del sobreseimiento dictado.

Está pendiente la resolución.