

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



**LAS AGRAVACIONES A LA PENA DEL DELITO DE
VIOLACIÓN: UN ANÁLISIS A LOS PRINCIPIOS DE
PROPORCIONALIDAD Y HUMANIDAD DE LA PENA**

**Licenciada Cleotilde Isabel Najarro Laparra
Guatemala, enero 2021**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO 1	1
1. El delito de violación.....	1
1.1 Definición	1
1.2 Naturaleza Jurídica	9
1.3 Bien Jurídico Tutelado.....	15
1.4 Sujetos del Delito	18
1.5 Objeto del Delito.....	20
1.5.1 El Objeto Jurídico	20
1.5.2 El Objeto Material.....	21
1.6 Clase de Delito	23
1.7 Reflexión sobre la víctima en el delito de violación.....	24
1.8 Consecuencias Jurídicas del delito en la víctima y en la sociedad	27
1.8.1 Consecuencias Jurídicas	27
1.8.2 Consecuencias Físicas	29
1.8.3 Consecuencias Psicológicas	31
1.8.4 Consecuencias Sociales	34
1.8.5 Consecuencia Económicas	37
1.9 El victimario en el delito de violación	39
1.10 Factores Internos y Externos que Inciden en el Delito de Violación	42
1.10.1 Factores Endógenos	42
1.10.2 Factores Exógenos	45
CAPÍTULO 2.....	48
2. La Pena en el delito de violación	48
2.1 La pena	48
2.2 Fines de la pena.....	51
2.3 Características de la pena.....	52
2.4 Determinación de la pena	56
2.4.1 Reglas aritméticas comunes	58
2.5 Teorías de la pena	59

2.5.1 Teoría del fin de la pena.....	60
2.5.2 Teoría de la Prevención Especial.....	62
2.5.3 Teoría de la Prevención General o Absoluta.....	63
2.5.4 Teoría de La Retribución.....	64
2.5.5 Teorías Unificadoras Retributivas.....	65
2.5.6 Teoría Mixta.....	66
2.5.7 Teoría Eclética.....	66
2.5.8 Teoría Psicológica.....	67
2.5.9 Teoría Caracterológica.....	67
2.5.10 Teoría Normativa.....	67
2.6 La pena en el Delito de Violación.....	68
2.7 Formas de incrementar la pena en delito.....	70
2.8 Circunstancias agravantes.....	72
2.8.1 Motivos fútiles y abyectos.....	74
2.8.2 Alevosía.....	74
2.8.3 Premeditación.....	74
2.8.4 Aprovechamiento de calamidad.....	75
2.8.5 Abuso de superioridad.....	75
2.8.6 Ensañamiento.....	75
2.8.7 Preparación para la fuga.....	75
2.8.8 Artificio para realizar el delito.....	75
2.8.9 Cooperación de menores de edad.....	75
2.8.10 Interés lucrativo.....	76
2.8.11 Abuso de autoridad.....	76
2.8.12 Auxilio de gente armada.....	76
2.8.13 Cuadrilla.....	76
2.8.14 Nocturnidad y despoblado.....	76
2.8.15 Menosprecio de Autoridad.....	77
2.8.16 Embriaguez.....	77
2.8.17 Menosprecio del ofendido.....	77
2.8.18 Vinculación con otro delito.....	77

2.8.19 Menosprecio del lugar	77
2.8.20 Reincidencia.....	77
2.8.21 Habitualidad	78
2.9 Circunstancias especiales de agravación.....	78
2.10 Ventajas y desventajas de agravar la pena en el delito de violación	80
2.10.1 Ventajas	80
2.10.2 Desventajas	82
2.11 Génesis de la Ley Contra la Violencia Sexual respecto a los aumentos en la pena del delito de violación	83
2.11.1 La impotencia del Estado	84
2.11.2 Inseguridad ciudadana	85
2.11.3 Proteger a las personas con discapacidad física o mental	85
2.11.4 Adolescentes, niñas y niños	86
CAPÍTULO 3.....	87
3. Principios de Proporcionalidad y de Humanidad de las penas	87
3.1 Principio de Proporcionalidad de las penas.....	87
3.2 Principio de Humanidad de las penas	95
3.3 Vulneración o no a los Principios de Proporcionalidad y Humanidad de la pena en el delito de violación	100
3.3.1 Ejemplo de Sentencias Internas	112
3.3.2 Análisis de las Sentencias Internas	115
3.3.3 Ejemplo de sentencias extranjeras emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	119
3.3.4 Análisis de las Sentencias Extranjeras	119
3.4 Forma en que deben regularse las agravaciones a la pena en el delito de violación, para que su aplicación resulte unánime por las judicaturas y la pena sea justa	127
3.5. Principio de Legalidad	128
3.6 El Aumento de las penas como un reflejo del Derecho Penal del Enemigo..	133
3.7 Las agravaciones de la pena del delito de violación	144

3.8 Determinar hasta qué punto resultan ser funcionales para el delito de violación las agravaciones estipuladas en los artículos 30 y 44 de la Ley contra la violencia sexual	146
CONCLUSIONES	154
REFERENCIAS	156

INTRODUCCIÓN

El delito de violación daña tanto a la víctima como a la sociedad; lo grave es la recurrencia en víctimas adolescentes, niñas y niños, es decir, personas que no han alcanzado la madurez corporal e intelectual para discernir en cuanto a la naturaleza de tal delito del que son víctimas. Su condición de vulnerabilidad favorece que necesiten mayor protección por parte del Estado. Una manera es castigar con toda la rigurosidad de la ley a los delincuentes sexuales, aplicándola con mayor rigor punitivo, porque el delito se agrava cuando concurren en la ejecución conductas violentas.

En la actualidad no hay consenso de los Jueces Penales al aplicar los aumentos prescritos en el artículo 44 de la Ley Contra la Violencia Sexual (Decreto 9-2009 del Congreso de la República); algunos jueces, optan por aplicar los aumentos y otros no. La ley citada reformó el artículo 173 del Código Penal, aumentó la pena mínima en 2 años y adicionó el 195 Quinqués con aumentos de dos terceras partes, en el caso de víctimas adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años; tres cuartas partes en caso de víctimas menores de menos de 14 años de edad y el doble de pena en caso de víctimas niñas y niños menores de 10 años de edad.

La falta de aquiescencia unánime para aplicar los aumentos al determinar la pena se debe a defectos normativos de los artículos 28 y 44, cuyos presupuestos de aumento redundan y proyectan el tipo penal básico donde se tornan excluyentes. Establece la pena de 8 a 12 años de prisión e incluye víctimas menores de 14 años de edad o con incapacidad cognitiva o volitiva. La norma típica subsume la característica de menores de 14 años de edad. En sus sentencias condenatorias, los jueces no aplican el aumento con base en el Principio de Consunción y el *In dubio pro reo*, principio que favorece al delincuente.

No es concreto el tipo penal; deja duda razonable en su aplicación por la forma defectuosa en que el legislador plasmó la norma. Al no aplicarse el aumento, la pena se torna desproporcional, por no ser acorde a la intensidad que causan los autores, con sus conductas perversas contra adolescentes, niñas y niños, puesto que la pena objetiva se vuelve insuficiente para castigar el delito.

Para el desarrollo del presente trabajo, se planteó el siguiente problema: ¿por qué existen diversas interpretaciones, por parte de los jueces, en la imposición de aumentos a la pena en el delito de violación, cuando concurren elementos de agravación en la ejecución del delito como los establecidos en el artículo 44 (víctimas adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad y niñas o niños de menos de catorce y diez años de edad) del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala?

Al respecto, se formuló la siguiente hipótesis: las penas establecidas para el delito de violación sexual, contenidas en los artículos 28, 30 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, no son claras ni concretas y violan el principio de legalidad, razón por la que los Jueces de Sentencia Penal no imponen las mismas condenas de forma unánime y difieren entre sí en los razonamientos cuando existen agravantes en la ejecución del delito.

El objetivo general es comprobar la hipótesis planteada en el sentido de que las normas penales que preceptúan los aumentos a la pena contenidos en los artículos 30 inciso 2 (incapacidad física o mental) y 44 de la Ley Contra la Violencia Sexual, deben estar estipuladas de forma clara y concreta en el tipo penal básico, según el artículo 28, para que todas las Judicaturas de Sentencia Penal se apliquen con los mismos fundamentos legales cuando existan elementos de agravación en la manifestación del delito, en apego a la finalidad y espíritu de la ley.

Como objetivo específico se busca describir el delito de violación sexual de acuerdo con la legislación guatemalteca actual, explicar las penas y los aumentos por presupuestos de agravación de la pena y proponer cómo deben estipularse los aumentos de la pena al existir elementos o presupuestos de agravación para que el delito sea penado de acuerdo con los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas.

El método utilizado es el Método Científico, Hipotético Deductivo y las técnicas fueron las bibliográficas, en las que se acogió a la recopilación de doctrina tradicional y moderna de las diversas instituciones del Derecho Penal y Procesal Penal, Criminología y Derecho Penitenciario de autores Juristas célebres; revistas jurídicas, documentos, sentencias penales dictadas por Jueces de Primera Instancia Penal, Salas de las Cortes de Apelaciones del Ramo Penal, Cámara Penal y Corte de Constitucionalidad. Como trabajo de campo, se hicieron entrevistas con distintos jueces, magistrados, abogados litigantes y fiscales penales.

En el primer capítulo se aborda el delito de violación sexual en sí: definiciones, naturaleza jurídica, bien jurídico tutelado, sujetos del delito, la descripción del delito conforme la ley de la violencia sexual, objeto del delito, objeto jurídico, objeto material, clase de delito, reflexión sobre la víctima en el delito de violación, consecuencias físicas, psicológicas y sociales del delito de violación en la víctima y en la sociedad guatemalteca, el victimario en el delito de violación, así como factores internos y externos que inciden en el delito de violación sexual.

En el capítulo siguiente se aborda la pena del delito de violación, la prevención, la teoría de la retribución, las agravaciones a la pena del delito de violación, fines de la pena, características de la pena, determinación de la pena, reglas aritméticas, teorías de la pena, teoría del fin de la pena, teoría de la prevención especial, general, retribución, unificadora retributiva, mixta, eclética,

psicológica, caracterológica, normativa; la pena en el delito de violación, formas de incrementar la pena en el delito de violación, circunstancias agravantes o modificativas de la responsabilidad penal, circunstancias especiales de agravación, ventajas y desventajas de agravar la pena del delito de violación, génesis de la ley contra la violencia sexual con respecto a los aumentos a la pena del delito de violación, impotencia del Estado, inseguridad ciudadana, protección a las personas con discapacidad física o mental y menores.

En el capítulo de cierre se estudian los Principios de Proporcionalidad y de Humanidad de las Penas, vulneración o no a los principios de Proporcionalidad y Humanidad de las Penas, vulneración o no a los principios de Proporcionalidad y Humanidad de las penas al agravar la pena en el delito de violación, forma en que deben de regularse las agravaciones a la pena del delito de violación para que su aplicación sea igual y unánime por todas las judicaturas. Que resulte una pena justa, el Principio de Legalidad, el aumento de las penas como reflejo del Derecho Penal del Enemigo y determinar hasta qué punto resultan ser las agravaciones estipuladas en los artículos 30 y 44 de la Ley Contra la Violencia Sexual funcionales para el delito de violación.

CAPÍTULO 1

1. El delito de violación

1.1 Definición

El autor Edgardo Alberto Donna define el delito de violación como «acceso carnal»:

La introducción del órgano genital masculino en cavidad natural vaginal y anal del cuerpo de otra persona (víctima), con el propósito de practicar coito, sin ser necesario para su consumación que la penetración sea de forma total, así también no requiere que se produzca la eyaculación ni la desfloración. La simple aproximación sexual, no constituye delito de violación, es preciso que el acceso carnal se haya efectivamente realizado, aun cuando no haya sido completo ni perfecto. Ese acceso carnal es una acción prohibida, porque se ejecuta en contra de la voluntad del sujeto pasivo, es forzada o por grave intimidación. Expone el autor, que esa clase de delito admite la tentativa, ya que es un delito de resultado, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución, guiados por la figura del dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto y que no se consuma por razones ajenas a la voluntad del autor [...] Como modalidades del delito de violación: el uso de la fuerza o intimidación; la violación con sujeto pasivo privado de razón (enajenación, retardo mental) o privado de sentido por consumo de drogas, estupefacientes, alcohol y la violación cuando se es menor de doce años, porque no se tiene la capacidad para consentir o rechazar el acceso carnal de una forma libre (2011).

La diferencia en las modalidades en que se puede suscitar el delito es que, cuando se trata de víctimas que cuenten con menos de doce años de edad, no hay complicación para probarse el *modus operandi*; solo la certificación de nacimiento y el tipo objetivo es puramente la acción, es decir, el acceso carnal.

Se comete el delito de violación cuando el acceso carnal se da en contra de la voluntad del sujeto pasivo; hay presencia de un dolo directo, es esa fuerza física o intimidación real que el autor ha previsto y quiere. Se utiliza la expresión «dolo» de lesión porque el victimario no solo ha previsto el delito de violación, sino quiere la realización de la conducta, destruyendo o disminuyendo el interés jurídicamente

protegido o tutelado en el tipo penal. Es importante resaltar que si el delito se consuma por la fuerza física, obviamente nace una actitud de resistencia u oposición por parte de la víctima a ser accedida carnalmente por el sujeto activo.

Mario Garrido Mont (2010) señala que existen alternativas para que se dé la consumación de la violación: a) La *caniuntio membrorum* que consiste en el simple contacto del órgano genital masculino con la boca, genitales o el ano de la víctima; b) La *inmissio penis* es la penetración total o parcial del mismo en la boca, genitales o el ano de la víctima y c) La *inmissio semini* que requiere la invasión completa del órgano genital masculino en las partes antes citadas de la víctima, incluyendo la inseminación o eyaculación.

Según Garrido, hay dos clases de violación: la propia y la impropia. La violación propia es la ejecución ilícita del acceso carnal por medio de la fuerza física o intimidación. La oposición al acto sexual se ve violentada por la fuerza o energía física del agente, que se considera como empleo de la violencia material la cual debe ser idónea para satisfacer el fundamento de su consideración (2014). La violación impropia se da cuando hay privación de sentido o incapacidad de oponer resistencia y enajenación o trastorno mental de la víctima, agrega. La víctima no se encuentra en un estado de comprender el significado del acto sexual, concluye Garrido.

La violación mediante intimidación es un acto carnal de violencia moral y psicológica, que puede ser inmediato o posterior y que infunde temor suficiente sobre la víctima, al extremo de permitir que el agresor ejecute la acción de violación, lo que se denomina *vis compulsiva*, es decir, la víctima, soporta la vejación sexual por la amenaza latente de que se le haga daño o se le cause a un familiar. A propósito, Etcheberry (1997) señala que “en el delito de violación la esencia de la conducta está representada por el acceso carnal” (pág., 56).

El autor refiere al término «yacer» un significado sexual para la ley, al igual que «cópula sexual.» La doctrina chilena expone «yacer» con mujer, entendiéndose por copulación normal; queda por determinarse si pudiera referirse al acceso carnal *contra natura*. La doctrina chilena es adversa al acceso carnal *contra natura*; sostiene que solo el acceso carnal representado por la cópula normal (vaginal) constituye el delito de violación.

El autor alemán Edmund Mezger considera integrado este delito por la conjunción carnal, entendiéndose como tal a la unión de los órganos genitales de dos personas de distinto sexo. Por contraposición a los actos similares a la conjunción carnal, donde quedarían comprendidas las fórmulas anormales de la cópula que pueden constituir también la «unión carnal» propia de la violación (por lo menos el coito anal, existiendo discrepancias en lo que toca al coito oral o *fellatio in ore*) (1958).

La especialista Julia Sáenz, en su análisis jurídico del delito de violación sexual, expone:

El origen etimológico del término violación viene del vocablo latino *violatio-onis*, significa acción y efecto de violar, tiene dos enfoques. El primero que se relaciona al actuar contrario a las normas existentes en la sociedad, ya sean jurídicas, morales, religiosas. El segundo que consiste en hacer que alguien desde el punto sexual realice algo de forma forzada, que la otra persona no desea (2017).

En el *Ensayo dogmático sobre el delito de violación* Celestino Porte refiere que “[...] los elementos del delito de violación son el sujeto pasivo, el sujeto activo, la conducta criminosa, el objeto material, el evento y el dolo genérico (dirige su conducta a cometer una acción prohibida por la ley)” (1985). Por su parte, Eugenio Cuello señala que es “un hecho de yacimiento, que sea ilícito y la voluntad de yacer” (pág., 125). El delito se tiene por acreditado cuando la imputación de la ofendida se encuentra corroborada con el informe médico legal añade.

Para Creus (1997), el delito de violación se manifiesta cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor impone su voluntad, o porque la víctima no ha prestado un consentimiento válido mínimo. Otra forma es que la víctima consienta el acto, lo que la ley considera insuficiente por la calidad de la víctima, o bien porque lo ha prestado de manera equívoca a causa de las circunstancias que rodearon el hecho. El autor sostiene que se entiende por acceso carnal en general, la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo del sujeto pasivo (víctima).

Creus argumenta que la penetración no requiere ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración. Pero es discutible si tal concepto pueda estar limitado por el lugar de penetración, ya que se tiene como posibles sujetos pasivos del delito a ambos sexos, mujer y hombre y la penetración es típica ya sea en la vía vaginal o anal. Hace alusión a coitos *abnormes*, es decir, por vías anormales, como la boca, el oído, fosas nasales y otros orificios naturales o abiertos artificialmente en el cuerpo, siendo el más común el coito oral, por características anatómicas que gran parte de la doctrina acepta como acceso carnal (págs., 168-170).

En síntesis, el delito de violación es un hecho criminal que atenta contra la ley y la moral, siendo de ultraje al pudor o recato que transgrede jurídicamente la libertad sexual que es el bien jurídico protegido por la norma penal. En este tipo de delito se da la amenaza al violentar la integridad física y psicológica. Este acto sexual lascivo a causa del apetito sexual inmoderado del sujeto activo propenso a las veleidades carnales de manera incontrolable, es llamado libidinoso o lujurioso, por ser un acto mediante el acceso carnal a las partes pudendas de la víctima. El victimario perpetra, por el deseo excesivo de placer sexual, utilizando objetos por la vía vaginal, anal o bucal en el cuerpo de la víctima, con uso de fuerza física (*vis absoluta*) o psicológica (*vis compulsiva*). Para el caso, la víctima puede ser mayor o menor de edad (pedofilia, atracción erótica o sexual que tiene el violador por los niños o adolescentes) de uno u otro sexo, ignorando el consentimiento, es decir,

por medio del poder físico sin que la víctima pueda resistirse o por medio de intimidación.

Si el delito se comete contra infantes, adolescentes o personas con retraso mental, es el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para discernir los alcances del hecho en sí, porque estos sujetos no están en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceras personas, dificultando su autodefensa de ejercer oposición y resistencia. Es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el tema sexual o en el caso de encontrarse privados de razón a causa de un trastorno mental. En el pasado, al sujeto con discapacidades menores se le llamaba oligofrénico, que en griego remite a la idea de «de poca mente» o discapacidad intelectual grave causada por el desarrollo atípico de la inteligencia.

La deficiencia mental ocurre de forma transitoria por consumo de drogas, alcohol o medicamentos; la incapacidad corporal por enfermedad en casos de parálisis o agotamiento. El acceso carnal es por la acción forzada o sin consentimiento del sujeto pasivo, conocido también como coito, ayuntamiento sexual, cópula sexual, cohabitación, acto sexual, relación o contacto sexual, el contacto carnal de forma violenta; todos se traducen en delito de violación. Si se da utilizando violencia física (fuerza) o psicológica (intimidación), dicho de otra forma mediante abuso, inmadurez o aprovechándose del estado mental de la víctima, mismo que se agrava dependiendo de las circunstancias en que es cometido, de acuerdo con lo regulado en los artículos 173- 174 y 195 Quinqués del Código Penal guatemalteco (28-30-44 de la Ley Contra La Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas).

El término violación sexual es la imposición de la cópula, un acto unilateral y sorpresivo para la víctima. Debe tomarse en cuenta que no es necesario el desfloramiento para configurar el delito de violación, basta con el ayuntamiento carnal sin voluntad de la víctima. Inclusive, hay violación en una mujer casada o

unida o prostituta, toda vez sea forzada. No está en juego la honestidad o deshonestidad de la víctima, sino el agravio o daño sexual que se causa. Los elementos del tipo son el bien jurídico protegido por la ley, los sujetos (activo y pasivo) el objeto material (el cuerpo de la víctima) y los medios, es decir, la fuerza física empleada (*vis absoluta*) o la intimidación (*vis compulsiva o moral*), el aprovechamiento de la víctima por minoría de edad o incapacidad volitiva o cognitiva.

La *vis compulsiva* se caracteriza por el ánimo del victimario de producir daño psicológico. En el presente caso, un daño de tipo sexual. Al tocar el tema relacionado con el delito de violación sexual, es fundamental traer a colación lo relativo a la actividad sexual.

La autora del libro *Delitos Sexuales*, Marcela Martínez Roaro, hace una clasificación de los principales órganos que, de forma directa o indirecta, afectan el desarrollo de la sexualidad; entre éstos, menciona el cerebro y al sistema nervioso central. El cerebro responde a “estímulos táctiles [genitales] mediante conductos nerviosos; se transmiten al cerebro a través de la porción cefálica de la médula espinal (1985).

El cerebro, que además de estos estímulos táctiles puede recibir otro tipo de estímulos, como los que proceden de la vista, el oído, el olfato o el tacto, envía a su vez impulsos nerviosos a la región inferior de la médula espinal y desde ahí a los órganos genitales, agrega Martínez. De manera que al excitarse el individuo, responde sexualmente a estímulos táctiles locales o a pensamientos y señales centrados en el cerebro.

Ahora bien, el sistema nervioso autónomo es un conjunto de nervios cuya actividad no depende de la voluntad de la persona. Por ejemplo, el respirar y el palpar cardíaco no se controlan de la forma en que sí se controlan el correr o el arrodillarse, es decir, acciones voluntarias regidas por el sistema nervioso central.

Entonces, el sistema nervioso autónomo influye en la actividad sexual que tiene lugar con el orgasmo o después del mismo, al reaccionar a la estimulación sexual en forma de aumento en la presión sanguínea, incremento de la frecuencia respiratoria y la secreción genital. Se encuentra también los órganos sensoriales, el sistema muscular y las glándulas internas endocrinas de secreción.

A través de los órganos sensoriales se perciben y experimentan sensaciones físicas de dolor, calor, frío, agrado o desagrado. Desde el punto de vista sexual, los nervios sensoriales conducen las pulsiones de los órganos genitales a la médula espinal y al cerebro. El sistema muscular provoca movimientos sexuales a causa de las señales que recibe del sistema nervioso central.

Es claro que para que se produzca la excitación sexual y el orgasmo de una forma correcta, estas dos funciones, la sensorial y la muscular, deben coordinarse con las glándulas endocrinas o de secreción interna. En el organismo existen glándulas encargadas de producir o segregar hormonas, sustancias químicas activas que al verter en el torrente sanguíneo producen diversos efectos. Estas glándulas son la tiroides, la pituitaria, las suprarrenales y otras. Las más importantes para el tema que nos ocupa son las gónadas.

Este nombre no es familiar como lo es, por así decirlo, los testículos o los ovarios. Estos últimos o glándulas femeninas producen estrógeno y progesterona, mientras que los testículos producen testosterona. Cuando estas hormonas llegan al torrente sanguíneo estimulan los centros nerviosos que provocan el apetito sexual e influyen en la acción sexual, afectando el metabolismo, el ciclo reproductivo del sujeto y el estado de salud en general, dando lugar a tendencias sexuales. En opinión de Martínez “todo el cuerpo es un potencial erótico” (1985).

Es evidente que los órganos y glándulas sexuales son parte integral del ser humano y están relacionadas con la actividad sexual de una manera natural y

normal. Pero cuando esta actividad se da sin consentimiento, se traduce en el delito de violación sexual. Naturalmente, esta actividad sexual es descontrolada o desenfrenada, porque el sujeto está psicológicamente enfermo; su conducta es desenfrenada a raíz de traumas localizados en la infancia.

La legislación guatemalteca preceptúa el delito de violación en el título tercero de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas. El capítulo I que se refiere a la violencia sexual, 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 (artículo 28, Congreso de la República).

En el segundo párrafo se regula que este delito es efectivo siempre y cuando se cometa contra una víctima menor de catorce años, o bien cuando esta carezca de facultades volitivas o cognitivas, aun cuando no medie violencia física o psicológica. El artículo se complementa con las normas contenidas en el artículo 174 que aborda agravación de la pena y 195 Quinqués –circunstancias especiales de agravación que fueron reformados y adicionados por los artículos 28, 30 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Esta ley cobró mayor drasticidad en la condena para el delito de violación sexual, como es lógico, cuando involucra a adolescentes, niñas o niños que no han adquirido no solo el desarrollo físico e intelectual, sino la capacidad legal de conformidad con la ley para comprender la dimensión de este. Así, el Código Penal guatemalteco se expande en proteger a la víctima en dicha situación, porque esta no cuenta con la capacidad de responder con propiedad legal.

Por último, hay que agregar que el delito de violación se consuma con el acceso físico, cualquiera que fuere el grado o forma de penetración. Como se ha

señalado, no requiere de penetración total ni perfeccionamiento fisiológico del acto sexual.

1.2 Naturaleza Jurídica

El origen etimológico del término «violación» proviene del vocablo latino *violatio-onis* que significa «acción y efecto de violar», es decir, actuar contra las normas jurídicas, morales, sociales y religiosas existentes en la sociedad, de igual manera que consiste en hacer que alguien, desde el punto de vista sexual, realice algo que no desea, en específico, sostener relaciones sexuales contra su deseo y voluntad.

La naturaleza jurídica del delito de violación comprende desde su conformación, evolución, valoración de conducta, modalidades expresas en la tipificación y penalidad. El origen del delito de violación como conducta prohibida a todo acceso carnal o cópula sexual, cualquiera que fuera su naturaleza, impuesto a otra persona, sin su consentimiento, causando lesión física o moral y en casos extremos la muerte (hecho concomitante). Esta modalidad de delito es tan antigua, que no hay memoria de cuándo se originó. Por ello, se dice que ha existido desde tiempo inmemorial; la primera señal es bíblica y se ubica en el Antiguo Testamento: “Más si un hombre hallare en el campo a la joven desposada y la forzare, aquel hombre, acostándose con ella...” (Reina Valera, 1969, Deuteronomio: 22, 25). Desde el punto de vista bíblico, la figura del victimario se reduce al varón.

En la civilización griega, el delito de violación se penalizó primero con multa y después con la pena de muerte. En el Derecho Romano, se equiparó a los delitos de robo y homicidio, posteriormente con muerte. En el Derecho Egipcio, se castigaba con la castración del victimario (Universidad de Panamá, 2014).

En el continente americano se contemplaban sanciones como el enterrar vivo al agresor, como fue el caso del pueblo de Guna en Panamá. En Perú, los

Incas hacían distinción entre quién era la víctima y quién el victimario, o sea, si el sujeto pasivo pertenecía a la nobleza, el violador era sancionado con la pena de muerte, pero si la víctima era plebeya, entonces el victimario era sancionado con la muerte solo en caso de reincidencia.

En el período de la Conquista, las leyes el fuero juzgo, el fuero viejo de Castilla; también consideraron la pena de muerte para el delito de violación, sin importar la ascendencia de la víctima. En las guerras el delito de violación era cometido por los soldados vencedores, naturalmente contra las mujeres. A este antecedente se debe que en la actualidad la violación como delito forme parte del Derecho Internacional Humanitario (Universidad de Panamá, 2014).

En la publicación del equipo interdisciplinario en Psicología Comunitaria de la historia de la violación refiere hasta fines de la edad media en el período de la monarquía en el Derecho Romano, el estudio del delito de violación fue de acuerdo a la literatura jurídica; por el hecho que la virginidad y la castidad eran requisitos socialmente exigibles como rasgo de honorabilidad a cualquier mujer libre. El delito de violación era considerado de carácter heterosexual, donde el sujeto activo posible siempre fue varón, entendido que el delito de violación se daba solo en el caso que la víctima fuera libre, es decir, que no fuera esclava ni prostituta, puesto que las esclavas no eran consideradas como personas, sino como objetos. Por influencia del cristianismo, la relación sexual se consideraba legítima solo entre esposos.

Evidentemente, se protegía el honor de la víctima y de sus familiares; no se puede hablar de lesión de la libertad sexual, porque no había opción para la mujer de decidir con quién tener una relación sexual. El castigo por el hecho delictivo era la pena capital, por medio de la persecución pública. En la etapa posterior a la Edad Media, se castigaba el delito de violación únicamente si había rompimiento o quebrantamiento de la virginidad. Más adelante se menciona el castigo en el caso que el delito se cometiere contra una mujer casada, correspondiendo la pena capital. De esta manera se protegía la honestidad de la víctima, por lo que, si la

violación se cometía con una prostituta, no se consideraba delito; si la mujer era soltera (esclava) existía la posibilidad de castigar este ilícito con pena pecuniaria. Para que el sindicado, fuere exculpado tenía que probar la deshonestidad de la víctima, con el testimonio de cinco hombres.

Sorprende el dato de que la violación a las mujeres pertenecientes a la realeza era una ofensa directa contra el Rey. Se demostraba el grado de familiaridad o parentesco que la víctima tuviera con la aristocracia, lo que significa que la condena dependía del grado de proximidad con el Rey.

Durante el siglo XVIII, el delito de violación sexual más común fue la sodomía (sexo anal) expresado como un crimen a la moral que iba en contra de las leyes divinas por ser *contra natura*. Cuando una mujer casada era víctima de violación, tenía que haber autorización del esposo para que se pudiera plantear legalmente la acusación por tal ilícito. Es posible deducir que el delito de violación no hubiera sido posible sin una sociedad dominada por el machismo.

Donna (2011) establece que, como antecedente histórico del delito de violación, este ilícito requería “el empleo de la violencia física o amenaza de un peligro inminente actual en el cuerpo o la vida, para obligar a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad” (pág., 379) entendiéndose por violación la circunstancia de obligar a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad, mediante el uso de la violencia física o la amenaza de un peligro para la integridad física de la víctima.

En Guatemala, el delito de violación aparece regulado por primera vez en el Código Penal de Livingston promulgado en 1831, en el libro dos, capítulo III de la violación. En el artículo 479 se tipificó que violación era el conocimiento carnal de una mujer contra su consentimiento, sea por fuerza, amenaza o fraude (el victimario se hacía pasar por el esposo en la obscuridad de la noche). Para constituir este crimen, esa fuerza había de ser tal, que constituyera un insulto material al grado de vencer la resistencia de la víctima. La amenaza que inspirara

el temor de muerte o daño corporal, considerada la edad y fuerza de la persona injuriada.

El conocimiento carnal se completaba solo por el principio de la conexión sexual y no se requería prueba circunstancial. Así lo regulaba el artículo 484 del Código Penal de Livingston. No se podía argumentar convencimiento de la víctima al delito, si al tiempo de cometerse, la víctima contaba con catorce años. El victimario no podía argumentar que la víctima tuviera conocimiento carnal, si comprendía los once años, porque el hecho constituía violación sin necesidad de probarse la fuerza, la amenaza, la presión o el fraude.

El castigo regulado en el Código Penal de entonces consistía en prisión perpetua y trabajos forzados. La modalidad de manifestación de la fuerza implicaba un insulto material que suponía suficiente para vencer la resistencia. Así, la amenaza razonable para causar temor de muerte o daño corporal, considerando la edad y fuerza de la víctima, el estado de salud, temperamento y disposición de la persona injuriada y demás circunstancias que pudieran aumentar o disminuir los temores. El conocimiento carnal obtenido por fraude consistía en manipulación al hacer creer que el compañero sexual era el esposo. Entre las modalidades de la creación del delito de violación se tenía, fuerza, amenaza o fraude.

En el Código Penal promulgado en 1877, durante el gobierno de Justo Rufino Barrios, solo se regulaba la violación y abusos deshonestos. El delito como violación al que yaciere mediante fuerza o intimidación, o la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, que fuere menor de 12 años, aunque no se diere la fuerza o la intimidación (artículo 287). Sin embargo, en el artículo 288 se prescribía la violación hacia personas de un mismo sexo. Para este delito regulaba una pena de cinco a diez años de prisión ordinaria; esto indica que no se imponía el trabajo forzado.

En artículo 329, del Código Penal de 1878, libro II título VIII párrafo II, Decreto número 1790 sobre violación y abusos deshonestos, se reguló el delito de violación dentro de los delitos contra la honestidad, tipificándose con penalización de ocho años de prisión correccional, cuya redacción era similar a la del código anterior, en cuanto a forma y modalidad.

Once años después, el delito de violación es regulado en el artículo 324 del Código Penal de la República de Guatemala de 1889, Decreto número 419 del General de División y Presidente Constitucional de la República de Guatemala, en el título VIII, sobre delitos contra la honestidad, castigado a la usanza de 1878. La descripción del tipo penal igual preceptuado, en el sentido de que cometía violación quien, yaciendo con la mujer: usare fuerza o intimidación; cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, cuando fuere niña de doce años cumplidos, aunque no ocurriere ninguna de las circunstancias expresadas en las circunstancias anteriores.

El 29 de abril de 1936 fue promulgado por la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, el Decreto número 2164 del Código Penal que deroga los acuerdos gubernativos 419 y 1790, así como sus reformas. En el libro II, título VIII párrafo II, violación y abusos deshonestos, este decreto se reguló.

En el Código Penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República, fue preceptuado en el libro segundo, título III, dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor, capítulo I de la violación, artículo 173, que cometía violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los casos siguientes: usando violencia suficiente para conseguir el propósito; aprovechando las circunstancias provocadas o no por el agente, de encontrarse la víctima privada de razón o de sentido o incapacidad para resistirse; en todo caso, si la mujer fuere niña menor a los doce años, la pena implica seis a doce años de prisión. Pese a que la redacción varía, el contenido se mantiene; varía también la pena de prisión, favoreciendo en cierta forma al agresor, con una pena mínima de

seis años, aumentándose al condenado reincidente. En este caso, se la pena podría oscilar hasta doce años de prisión.

En las reformas que sufrió el ilícito mediante el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, es preceptuado en el título III, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, hay que resaltar éste último término, pues «indemnidad sexual» dentro del capítulo I, infiere violencia sexual. La redacción o contenido es diferente; hace alusión al estado o situación de toda persona que está libre de padecer o sufrir daño sexual.

Se encuentran como específicos términos como «violencia física y psicológica», ampliado la redacción al acto sexual vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de cualquier parte del cuerpo u objetos. Es decir, no solo el órgano masculino del hombre para penetrar cualquier parte del cuerpo, estableciendo que el delito de violación se comete siempre que la víctima no esté de acuerdo, sea la víctima una persona menor de catorce años de edad, en cualquier estado: privada de razón o en carencia de capacidad volitiva o cognitiva; en estos casos, aunque no medie violencia física o psicológica, la pena se ve aumentada en dos años, con una pena mínima de ocho años oscilando a doce años.

En la legislación vigente, la pena a imponer puede ser, en muchos casos, mayor a doce años, cuyo cómputo depende de las circunstancias en que sea cometido el delito, de conformidad con lo establecido en los artículos 174: agravación de la pena y 195 Quinquies del Código Penal, por las reformas que se dieron en el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, mediante la Ley Contra la Violencia Sexual, que podría comprender una pena mayor de veinte años, si concurrieren las disposiciones agravantes de los artículos citados.

1.3 Bien Jurídico Tutelado

En relación con el bien jurídico tutelado en el delito de violación, se hace referencia a la mayor expresión fundamental del Derecho: la *Ratio Legis*, expresión que significa «la razón de la ley o razón legal», basada en proteger los intereses del individuo, protección pensada y dirigida previamente por la Política Criminal del Estado.

En el delito cuyo tema ocupa, debe tenerse en cuenta la facultad de toda persona de decidir con quién desea sostener relaciones sexuales sin sometimiento a participar en un acto indeseado. Como consecuencia de la acción antijurídica, se vea obligado a repeler ese ataque de índole sexual. Cuando ese derecho es dañado o transgredido, se lesiona el bien jurídico de la libertad sexual; en otras palabras, el derecho de elegir con quién tener actividad sexual.

Para el Estado de Guatemala, el delito de violación es un delito de resultado y no de peligro; al realizarse mediante el uso de violencia, se vulnera el bien jurídico protegido por la ley, que es la libertad e indemnidad sexual. El derecho a la intimidad en un estado libre de daño sexual es protegido por la ley, donde se prescribe la conducta y la consecuencia del quebrantamiento, por medio de la sanción penal. Si se impone la conducta forzada, se lesiona la libertad de toda persona de decidir sobre su cuerpo y su vida sexual. Al violentarse ese estado, se lesiona la libertad e indemnidad sexual.

Se tienen distintas opiniones en relación con el bien jurídico tutelado. Porte Petit (1985) señala que:

El bien jurídico penalmente protegido por la norma, es decir, el objeto del delito, es el derecho a la libertad de disposición carnal. En el mismo sentido el autor Saltelli y Romano Di Falco, al sostener que se tutela el bien jurídico de la libertad sexual, relativamente a la inviolabilidad carnal. El Doctor Fontan Balestra se refiere al bien jurídico lesionado como la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual. (pág., 29).

Otros autores sostienen que el bien jurídico tutelado es la honestidad y el pudor, a razón de estar fuera de la normalidad y moralidad. Otro criterio es que, el objeto de la tutela penal, es la inviolabilidad carnal dentro de las relaciones sexuales normales.

Garrido (2014) sostiene que, teniéndose como antecedentes históricos generales “los delitos que atentan contra la libertad de autodeterminación sexual (facultad humana de consentir o rechazar la actividad sexual) han sido desarrollados y analizados desde la honestidad o la moralidad pública, como bien jurídico o interés protegido” (pág., 261). La moralidad pública es similar al amparo del pudor público que legitima la imposición de limitaciones al ejercicio público de actividades sexuales. El autor añade que el delito de violación no tiene como objeto jurídico un solo bien, pues se protege indistintamente la libertad de autodeterminación sexual y la llamada intangibilidad sexual, es decir, lo que no debe tocarse sin autorización (pág., 270).

Donna (2011) sugiere que la doctrina argentina trata la violación como una manera de ofender la honestidad, empleando violencia, abuso físico o intimidatorio, viéndola como una afrenta al derecho a la reserva sexual; actos lesivos a la libertad de la persona para mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer consciente. Añade que “otro sector de la doctrina menciona la libertad individual en cuanto cada cual tiene el objeto de su actividad sexual, sosteniendo que se trata de un delito contra la voluntad sexual” (pág., 383). Explica, también, que cuando es violador de una persona incapaz, naturalmente el imputado aprovecha las circunstancias de la víctima que le impiden prestar su consentimiento.

En el mismo orden de ideas, Roxin (1997) refiere que la lesión de un bien jurídico es un presupuesto de punibilidad, claro está, que debe estar determinado en la norma jurídica para ser castigable. El Derecho Penal está vinculado con la

protección del bien jurídico cuando este es transgredido. El autor añade que el bien jurídico de tipo normativo, no es estático y varía en el sentido de ser mutable en cuanto a las finalidades constitucionales; está abierto al cambio social y a los progresos científicos. Para el caso, trae como ejemplo la punición de acciones exhibicionistas que califica como lícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si en el futuro se determina que tal conducta solo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligrosa para la colectividad, su punición sería innecesaria; no serviría para proteger y resguardar el bien jurídico, sino para impedir una mera inmoralidad. Los límites del Derecho Penal van dirigidos a la protección de los bienes jurídicos (págs., 52-58).

Tiene razón el autor al referir que las inmoralidades deben ser excluidas del Derecho Penal si no lesionan los bienes jurídicos. La ley debe establecer las conductas lesivas que son punibles para resguardar los bienes jurídicos. De tal forma, Roxin (1997) concluye que las leyes que no protegen los bienes jurídicos son nulas. Lo anterior resulta lógico, porque en este caso no están descritos los tipos penales. Manuel Osorio (1987) indica que, fuera de su categoría penal, debe entenderse que es un bien jurídico el que se encuentra amparado dentro de todos los aspectos del Derecho (pág.,86).

Antes de cobrar vigencia las reformas al Código Penal guatemalteco, contenidas en el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, se encontraba regulado el delito de violación en el título III de los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor. En el capítulo I se consignaba el delito de violación; estaba determinado como el bien jurídico tutelado, la libertad y seguridad sexual.

A la fecha, en la legislación guatemalteca el bien jurídico tutelado o resguardado en este ilícito penal, es la libertad sexual de las personas. Y con las reformas al Código Penal guatemalteco prescritas en los artículos 174 y 195 quinqués, al agravar la pena cuando la víctima del hecho de violación es

adolescente, niña o niño, indudablemente resguarda o tutela la libertad sexual de las víctimas que no tienen la capacidad legal de tomar decisiones; una protección mayor por su grado de vulnerabilidad.

1.4 Sujetos del Delito

Los sujetos del delito son el sujeto activo y sujeto pasivo. Al respecto, Martínez (2010) indica que:

[...] 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 radica en el bien o interés jurídico que se lesiona, una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva (pág., 26).

A razón de lo anterior, puede decirse que el sujeto activo es el autor, victimario, sindicado, imputado, inculgado, incoado, procesado, agente o condenado, y es el que realiza, para tal efecto, la conducta típica de acción u omisión previamente descrita en un tipo penal determinado. El sujeto pasivo es el destinatario, la víctima agraviada; es la persona en quien recae el mandato implícito en la norma penal.

El sujeto pasivo, en otras palabras, es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por la comisión del delito, amparado por la norma jurídica preestablecida. Anteriormente, se creía que sólo podía ser sujeto activo o autor material del delito de violación el hombre, como a continuación se describe:

Para Donna (2011) existe discrepancia en cuanto al autor material o sujeto activo en el delito de violación, pues se ha afirmado que solo puede ser un hombre cuyo miembro viril efectúa la penetración. En el caso de la mujer sería, en su opinión, imposible el acceso carnal (pág., 391).

Para Núñez (2008) que opta por una postura intermedia, la mujer solo podría ser sujeto-autor material, si tuviere una deformación del órgano sexual, es decir, un clítoris hipertrofiado. Esto basado en que solo el hombre penetra. Por supuesto, la agresión tendría que ser contra una víctima de capacidades mentales limitadas o menor de edad (págs., 390-392).

Por otro lado, para Garrido (2014) el comportamiento prohibido en el delito de violación puede cometerlo tanto el hombre como la mujer, aunque la doctrina tiene reservas en cuanto a ello. Para el autor, es un delito de propia mano, porque es inevitable una actividad física corporal del sujeto activo, que es la realización de la conducta que se manifiesta de una forma clara y firme y que constituye fuerza física contra la voluntad de la persona ofendida por el delito de violación o por medio de violencia psicológica (págs., 278-286).

El sujeto pasivo, o sea, la víctima destinataria del delito, es la agraviada u ofendida por el delito de violación; es la persona que sufre la lesión en su libertad sexual y puede ser mujer, hombre heterosexual, bisexual u homosexual, sin importar el sexo. El elemento pasivo es indeterminado, puede ser femenino o masculino, sin importar si se trata de una mujer casada, soltera, viuda, virgen o prostituta. Para el efecto, Donna (2011) admite como sujeto pasivo del delito de violación a cualquier “persona de uno u otro sexo” (pág., 392).

En el mismo orden de ideas, Porte (1985) cuestiona “¿quién puede ser sujeto pasivo del delito de violación carnal? [...] la doctrina responde que cualquier persona de sexo igual o diverso sexo del sujeto activo” (pág., 38).

El aporte de Muñoz (1985) explica que en otro tiempo, por cuestiones culturales y religiosas, se tomaba al hombre como único sujeto activo de violación sexual, careciendo de toda explicación racional convincente, dado que era difícil imaginar a la mujer como sujeto activo del delito de violación y al hombre como sujeto pasivo (págs., 280- 281).

En la actualidad, tanto el sujeto activo, como el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción de sexo; puede ser adulto, adolescente e incluso niño. El sujeto activo, llamado también victimario o autor, puede ser hombre o mujer, de la misma forma que el sujeto pasivo de la violación puede ser mujer, hombre, bisexual u homosexual, menor o mayor de edad.

1.5 Objeto del Delito

1.5.1 El Objeto Jurídico

El autor Jiménez (2010) aporta que:

Desde el momento en que el delito no es simplemente rebelión del hombre al mandato contenido en la norma, sino fundamentalmente lesión u ofensa a un interés jurídicamente tutelado y concretado en un bien jurídico, resulta indispensable el estudio de su naturaleza y características de tal bien y del interés que constituye su reflejo (págs., 67-68).

Jiménez afirma que si no existe objetividad jurídica, no puede concebirse el tipo penal, porque no basta la lesión efectiva o el peligro de tal lesión a un determinado bien de la sociedad o del Estado, para que pueda hablarse de delito; es indispensable que dicha conducta que ocasiona la acción ilícita haya sido tipificada previamente como delito.

Con ese razonamiento, es posible deducir que se trata del bien protegido jurídicamente por la ley, especificado en la norma penal. Sin lugar a dudas, se habla de la necesidad de resguardar y proteger la libertad e integridad sexual, el pudor y el cuerpo humano. Funciona como parte primordial integrante del tipo penal; por así decirlo, es la cabeza del delito. Es el derecho que posee toda persona de resguardar su libertad e integridad, de disponer en qué momento y con quién tener acceso carnal, defendiendo el pudor y las partes pudendas, tutelando la libertad e indemnidad sexual, entendiéndose que la sexualidad es una parte integral de toda persona.

Cada ser humano se desarrolla plenamente si satisface su libre elección sexual de una manera total, es decir, cuando se satisfacen sus necesidades primordiales como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, cariño, ternura y amor, basados en el respeto y consideración que determinan la salud sexual. Estas necesidades básicas son parte del placer sexual, fuera de toda coerción, engaño o violencia, para ser fuente de bienestar social, psicológico e intelectual. El derecho al placer sexual como la garantía de libertad e indemnidad sexual; cuando el ser humano está libre de sufrir daño o perjuicio sexual, es decir, la libre elección de la actividad sexual, siendo la sexualidad una vivencia individual y personal.

En la Declaración del décimo tercero y décimo cuarto Congreso Mundial de Sexología y Derechos Sexuales de 1997 y 1999, que tuvieron lugar en Valencia y Hong Kong, se revisaron y aprobaron por la Asamblea General de la Asociación Mundial para la Salud Sexual los derechos a la libertades sexuales, entendidos como Derechos Humanos fundamentales (Pérez, 2016).

1.5.2 El Objeto Material

En la opinión de Jiménez (2010) “se ha venido entendiendo por objeto material [a] la persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica” (pág., 81). Esa definición es insuficiente, en el sentido de que no solo existen conductas típicas que no recaen sobre las personas. Se puede decir que en el caso específico del delito de violación la víctima es el sujeto pasivo y el objeto material siempre será su cuerpo. Esto, porque es el cuerpo de la víctima en el cual se realiza el delito, el coito, ayuntamiento carnal, acceso, acto o cópula sexual mediante violencia física o psicológica. El objeto material es el sujeto pasivo, quien no presta su voluntad o consentimiento para yacer o copular y manifiesta rechazo total a la acción delictiva; el victimario hace uso de medios físicos o coacciones morales para lograr su objetivo.

Para Donna (2011) el núcleo del tipo es el acceso carnal, comprendido como la introducción del miembro genital masculino en el cuerpo de otra persona, sin que la penetración total o eyaculación sean necesarias para la consumación del delito (pág., 385). Por su lado, Porte (1985) selecciona los elementos de este delito, refiriéndose a la cópula sexual y la naturaleza en que se presente el hecho, si es por medio de la fuerza física o por medio de la intimidación o que la víctima no cuente con la disponibilidad de resistirse por incapacidad volitiva o cognitiva (pág., 123). La legislación guatemalteca entiende que en el delito de violación no debe haber un miembro genital masculino estrictamente, sino cualquier parte del cuerpo u objeto que sea introducido en la víctima por vía vaginal, bucal o anal.

El autor añade que la cópula sexual no interesa jurídicamente si no va relacionada con los medios empleados para obtenerla. Esos medios son el uso de la violencia (violación propia) fuerza física o intimidación y otros. Indica aspectos sobre la cópula normal y anormal. La normal, explica hombre y mujer (vía vaginal) y anormal con persona de cualquier sexo, excluyendo el *fellatio in ore* o sexo oral (págs., 16-17).

Ha cambiado la mentalidad del legislador; las modalidades en que se comete el delito de violación, de acuerdo con el tipo penal prescrito, pueden ser mediante el acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona (puede ser de cualquier sexo o del mismo sexo la víctima) y las formas comprenden la violencia física o psicológica, o bien introduciendo objetos en cualquier parte del cuerpo, no solo el miembro viril, como se creía en otro tiempo. Se tendrá por cometido el delito de violación, en todo caso, cuando la víctima sea adolescente, niña o niño o carezca de capacidad cognitiva o volitiva, sin que medie la fuerza o intimidación.

1.6 Clase de Delito

En su análisis jurídico sobre el delito de violación, Julia Sáenz expone que se trata de un delito de acción, porque se hace necesaria la conducta o comportamiento positivo del victimario o sujeto activo. Es material, por existir una modificación del bien jurídico protegido por la ley; un ejemplo de ello son las laceraciones físicas. Es de lesión, por causar un daño físico o psicológico en el sujeto pasivo o víctima. Es instantáneo con efectos permanentes, toda vez que se consume en un solo acto y como consecuencia el daño físico o moral (Sáenz, 2017).

Para Porte (1985) por orden de conducta, dada la naturaleza del núcleo del tipo, es la cópula. Sólo podrá cometerse el ilícito de violación por un hacer; consecuentemente, es imposible la conducta de omisión en este tipo de delito, porque no se puede llevar a cabo la cópula no haciéndola. Para el autor, el ilícito conductual porque el tipo se integra en relación con el elemento objetivo en la cópula sexual violenta; es instantáneo porque, tan pronto se consume la cópula sexual forzada, desaparece o se agota la consumación. Es de lesión y no de peligro, porque al realizarse la cópula sexual violenta se quebranta el bien jurídico protegido por la ley (pág., 22).

En conclusión, el delito de violación es un delito de acción, requiere un actuar, una conducta o voluntad de hacer; no es posible la conducta de omitir. Es material, porque hay un cambio del bien jurídico tutelado por la ley (daño físico y psicológico); es de lesión, porque al realizarse la cópula sexual violenta se lesiona el bien jurídico protegido por la ley; es instantáneo, porque es breve, momentáneo sin dilación, se consume en un solo acto o varios actos, con efectos permanentes. En este sentido, Garrido (2014) añade que el tipo objetivo en este delito es que se observa, hay limitación y es la conducta o comportamiento prohibido para el sujeto activo (pág., 273).

1.7 Reflexión sobre la víctima en el delito de violación

De acuerdo con el estudio *El impacto psicológico en las víctimas de violación*, el delito de violación no solo afecta a la persona quien lo sufre. Si la víctima tiene pareja, explicar la situación se vuelve complicado y tortuoso; al hacerlo, se revive el hecho lo que causa re-victimización y sufrimiento.

Resulta obvio que el hecho afectará la relación no solo sexual sino afectivamente. Con el tiempo, a la víctima le hará bien comunicarse con su pareja, porque de esa manera irá superando el problema. La acción repercute en la familia, las relaciones de trabajo y sociales, por la forma en que las personas traten a la víctima. La violación en niñas o niños y adolescentes se caracteriza por el silencio o secreto de las víctimas; la confusión, la violencia, sea física o psicológica y las amenazas, hacen más impune el delito y aun cuando los infantes denuncian la violación, no se les cree; según los adultos, los niños inventan y mienten. Es la falsa creencia de los adultos (Echeburua, Corras, Sarasua, S.f.).

En el siglo XX, la sociedad era machista; para acreditar el delito era necesaria la emergencia de la víctima en la escena de la violación, permitiendo un alto índice de impunidad. Lo grave del acto comenzó a ser pensado y evaluado según la salud psicológica y mental de la víctima. La palabra de la víctima se convirtió en prueba del delito, empleando la psicología jurídica, dispositivos teóricos, técnicas y herramientas. Han sido y son objeto de violación hasta la presente fecha, infantes, adolescentes y adultos tanto mujeres como varones, pero es más recurrente en niños. Ciertamente, toda persona es vulnerable a ser atacada sexualmente, debido a los altos índices de inseguridad, por lo que se recomienda a los padres guardar precaución con sus hijos quienes son o han sido víctimas del delito.

Es necesario alertar a los infantes, adolescentes y a todas las personas sobre este flagelo, previniéndolos en los colegios o lugares de estudio. Instarlos a

ser desconfiados con los desconocidos, informando a los padres y maestros de cualquier situación que se suscite donde se vea amenazada la libertad e indemnidad sexual.

Las víctimas de violación se toman toda la vida para digerir el hecho; intentan comprenderlo, se formulan preguntas en cuanto al porqué del suceso. Si está privado de libertad, pensar que puede fugarse o que exista repetición al ser puesto en libertad y volver a encontrarlo, con el temor de la agresión se repita. La víctima piensa todas las horas del día en lo sucedido, revive paso a paso, minuto a minuto y le duele siempre como si fuera la primera vez. A la víctima de violación le cambia todo, porque han invadido su sexualidad.

Al principio, la víctima de violación entra en shock; este es tan grande que puede favorecer la despersonalización, porque la realidad duele tanto que para protegerse, la mente crea un *áltre ego* (un personaje ficticio o aislado, el otro yo) como escape para que una tercera persona sufra el delito. Al principio puede ser que no recuerde nada del hecho, por estar desorientada o asustada.

Con el paso de los días y los exámenes médicos, regresan los recuerdos, la víctima toma conciencia, surge la angustia, siente el dolor físico y piensa en su bienestar, en las posibles enfermedades de transmisión sexual o en daños a sus órganos reproductores o en posibilidad de embarazo. Su mente se ve perturbada por las dudas. Luego empieza la re victimización: revivir el delito con las preguntas de la policía y del Ministerio Público, dentro de un proceso penal de investigación. En consecuencia, el trastorno de estrés postraumático revive la ofensa sufrida mediante imágenes o recuerdos involuntarios. El miedo perturbador a una desorganización del estilo de vida.

Evita situaciones o lugares asociados al hecho y rechaza hablar de lo sucedido. De dos a tres semanas después, entra en la fase de falsa adaptación: consiste en una aparente superación de los efectos traumáticos de la violación,

continúa con el curso de su vida, oculta su ira; hay resentimiento hacia el violador, tiene pesadillas y evita tener contacto con desconocidos. Seguidamente, se da un nuevo cambio en que la víctima, percibe un deseo de venganza, depresión y desahogo, en esta etapa empieza a integrarse socialmente. Experimenta sentimientos de humillación y de culpabilidad. (Echeburua, Corras, Sarasua, S.f.).

Es un delito indignante, pero es más grave si la víctima es adolescente o niño, pues es difícil explicarle el motivo por el cual ha sido víctima de violación o por qué no podrá tener hijos, en el supuesto de contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual. En el caso de las personas que han sufrido este delito, es de sobreponerse y no callar. En primer lugar, denunciar y perseguir a los victimarios hasta encontrar justicia por medio de una condena, que es la forma idónea de aislarlos de la sociedad para evitar que dañen a otras personas. Para que las víctimas no pasen por una experiencia similar, deben tomar medidas necesarias de seguridad, evitar lugares poco frecuentados, lugares de juego, evitar salir a solas de noche, no recibir bebidas de desconocidos.

Para las víctimas, es aconsejable y saludable que busquen ayuda psicológica para aceptar con fortaleza la ofensa y continuar con sus actividades estudiantiles, religiosas, deportivas, de trabajo y sociales. La vida continúa y hay que seguir adelante, hay mucho por hacer, toda persona tiene un valor y es importante en la sociedad.

De la misma forma, para los familiares que han sufrido pérdidas por la muerte de un ser querido víctima de la violación, son ofendidos indirectos que se ven afectados por la humillación y dolor que causa el delito. La violación causa indignación y sufrimiento; sus efectos psicológicos son permanentes. Por lo mismo, es muy importante el consuelo de la familia y la ayuda terapéutica en la recuperación. Las víctimas tienen que asumir la violación con valentía, denunciar el hecho ante las autoridades correspondientes para su protección y la

persecución penal de los autores, para que sean sancionados como tal y guardar en el futuro las medidas necesarias para evitar un nuevo ataque sexual.

1.8 Consecuencias Jurídicas del delito en la víctima y en la sociedad

1.8.1 Consecuencias Jurídicas

Al hablar de la reparación integral de la víctima en el proceso penal se tiene en cuenta la concepción de víctima, desde el punto de vista jurídico-penal, que constituye el sujeto procesal de mayor relevancia en el proceso penal, considerando que la víctima, como la persona que presenta la noticia del evento, es la más afectada por el delito cometido en su contra. Siendo lesionado el bien jurídico protegido, como consecuencia del hecho, nace la reparación integral, es decir, el daño material e inmaterial que debe ser garantizado por el juzgador. Jurídicamente no existe un mecanismo adecuado para cuantificar el daño material y menos el daño inmaterial, tomando en cuenta que el daño a determinarse tiene relación con el daño emergente y lucro cesante. En tanto que el daño inmaterial tiene relación con el daño moral que se ocasiona a la víctima como consecuencia de la lesión por la comisión del delito (daño emergente).

Por lo mismo, la víctima está legitimada para reclamar al operador de justicia, por mandato legal al sufrir la lesividad. La víctima es un testigo de carácter especial y su condición es distinta a la de cualquier otro testigo. Es esta la que sufre las consecuencias, posee los conocimientos directos de la acción delictiva y quien realiza una declaración en el juicio oral, que en la mayoría de casos es decisivo para que la investigación llegue a un veredicto judicial justo. La víctima no pierde su *status* de ser parte activa en el proceso penal, por lo que su actuación no puede ser revictimizante, porque una nueva afectación conlleva a responsabilidad directa sobre el Estado que debería tutelar sus derechos no vulnerarlos.

En la actualidad, la víctima ha cobrado protagonismo en el proceso penal, como la destinataria del delito; es el sujeto pasivo de la afectación y la vía legal garantiza su protección impidiendo la revictimización. La ley vela por las garantías y derechos de la víctima, tal y como lo dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que todas las personas tienen derecho a que se garantice su integridad física, psíquica y moral. Se cuenta también con la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ratificada el 30-04 de 2002; la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Dto. 69-94 del Congreso de la República, Convención de Belém Do Pará) y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Todos tratados internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, inclinados a la protección constitucional de víctimas mujeres, adolescentes, niñas, niños; esa protección también encaminada a las víctimas indirectas (familiares).

Al inicio, el impacto de la violación es fuerte; afecta a la víctima y a su entorno familiar. La víctima sufre una invasión total de su integridad física y psíquica, un desgarramiento de su intimidad y su dignidad, hay una afectación en lo que respecta a la autoestima. Una de las formas de violencia más denigrante es la sexual, considerada por la ley como discriminatoria, por las implicaciones médicas, psicoemocionales y sociales que conlleva, afectando la dignidad y el bien jurídico tutelado, es decir, la libertad e indemnidad sexual, por medio de la imposición sexual no deseada. Esto impide la expresión del placer en la víctima; una conducta ilícita que invade la privacidad, sin autorización y la sociedad machista que juzga a la afectada, traduciéndolo en un delito de acción pública. Acción típica y antijurídica, y como consecuencia la pena, al establecerse la responsabilidad penal del sujeto activo.

La tutela judicial efectiva para la víctima, el resarcimiento por los daños y perjuicios causados por el delito, la protección para que no se repita la acción delictiva y la ayuda psicológica, se ordenan en el artículo 5 del Código Procesal Penal. La reparación integral es de carácter constitucional e involucra medidas

destinadas a desaparecer los efectos del delito e indemnizar a la víctima por el dolor causado.

A la fecha se ha robustecido el Estado de Derecho, Social y Democrático, las reformas al Código Penal y Procesal Penal guatemalteco protegen sustancialmente a la víctima en esta clase de delito. La víctima juega un rol importante dentro del proceso penal dado que es el sujeto pasivo del delito. La ley no solo se limita a imponer penas mayores al violador, también hay resarcimiento hacia la víctima, ayuda psicológica y se busca la no revictimización y no repetición de este ilícito. Para ello se tiene como base el Decreto 17-73 del Código Penal guatemalteco del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas al decreto 9-2009, la Ley Contra la Violencia Sexual y demás convenciones antes citadas, que han sido aceptadas y ratificadas por el Estado de Guatemala. La participación de la víctima ha cobrado auge en el proceso penal, regulado por la tutela judicial efectiva, según el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, reforma el artículo 5 del Código Procesal Penal y demás leyes citadas.

1.8.2 Consecuencias Físicas

Porte (1985) indica que el uso de la violencia representada por la fuerza o ímpetu en las acciones, dan como resultado consecuencias físicas; la fuerza física con que a la persona se le obliga a hacer lo que no desea. En ese momento nace la *vis absoluta* en la violación, reflejo de la violencia física, uso de la fuerza material ejercida sobre la víctima con el propósito de constreñirla a la conjunción carnal. Es la clase de fuerza de naturaleza material desplegada en el sujeto pasivo, para conseguir la cópula. Para tal efecto, explica Porte (1985) deben darse tres requisitos: que esa fuerza física caiga sobre la víctima o sujeto pasivo; que sea suficiente para vencer la resistencia y obtener el cometido, claro está, debe ser probada esa resistencia; que la resistencia del sujeto pasivo sea seria, expresiva y constante, no rebuscada para simular oposición (págs., 42-43).

Otro efecto en la víctima es problemas para conciliar el sueño (o pesadillas), cambios de hábitos de comida y pérdida del control de los esfínteres, dolores crónicos generales, hipocondría y trastornos de somatización, problemas gastrointestinales, desórdenes alimenticios, especialmente bulimia.

En un estudio reciente, realizado por la Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (SVET) se mencionan secuelas físicas como: rasgaduras, heridas en áreas genitales, infecciones de transmisión sexual, embarazos no deseados, abortos espontáneos, dolores crónicos de origen desconocido, desórdenes alimenticios, alteración de sueño, dolores de cabeza, infecciones del tracto urinario de manera frecuente, dolor picazón e inflamación genital, residuos de lubricantes en vagina o ano, dolor de estómago, o garganta, fatiga extrema, actividad sexual no adecuada a su nivel de desarrollo. (SVET, 2020).

No cabe duda de que cuando el victimario hace uso de la violencia física material, la consecuencia será que el violador logre el acceso carnal con la víctima por medio de esta. Nace, entonces, la acción delictiva de violación, aprovechando el autor la condición de debilidad de la víctima. La violencia física es consecuencia del actuar bestial del agresor, empleada para lograr su objetivo. Podrían distinguirse signos directos de violencia en los genitales que son indicadores de esa experiencia sexual forzada (y que se detectan por medio de un examen ginecológico) y signos indirectos de violencia como huellas o indicios que ha dejado la lucha en el cuerpo de la víctima, en su intento de resistirse ante el agresor. Estos efectos son externos en la superficie del cuerpo y el examen de circunstancias contingentes relativas al delito revelan signos que se presentan en las condiciones del ambiente en el cual se ha realizado el delito, en las prendas de vestir, manchas de semen en el sitio y en la ropa.

En ocasiones, el delito propicia el contagio de infecciones de transmisión sexual (gonococia, condilomas acuminados, sífilis) o en su caso embarazo o VIH.

Este síndrome se hace visible en la mayoría de los casos solo con el transcurso del tiempo. Se polariza el delito de violación en el sexo, la edad y la robustez, la superioridad física generalmente del hombre sobre la mujer, niños o adolescentes. En algunos casos, la agresión puede provocar la esterilización de la víctima.

Para verificar el delito de violación sexual, no debe haber lesión corporal evidente; basta con demostrar que hubo imposición de fuerza física para establecer el ilícito. Sin embargo, hay casos en que sí hay lesiones corporales, por ejemplo, en mujeres vírgenes hay una desfloración, sangramiento, escoriaciones en la vulva por ruptura del himen.

Con el tiempo pueden evidenciarse secuelas como embarazo, contagio venéreo, SIDA que provocaría la muerte de la víctima. Son secuelas de la violencia sexual las lesiones leves o graves que pueden ser fatales lo que implicaría delitos concomitantes. Las lesiones o escoriaciones físicas desaparecen con el tiempo, pero otras permanecen, como sucede con el contagio venéreo o el SIDA. Algo que impacta es que el abuso sexual puede provocar infertilidad futura para procrear, es decir, la imposibilidad de ser madre como anhelo cumplido de toda mujer.

1.8.3 Consecuencias Psicológicas

Entre las consecuencias o rastros derivados del delito de violación, puede encontrarse el temor de la víctima que la hace callar y no denunciar el ataque sexual. En la mente de la víctima, el ataque sexual pudo ser más peligroso y pudo haberlo evitado; persiste, entonces, el sentimiento de culpa de no haber impedido el ataque. La víctima acarrea la secuela, no solo del daño físico en caso de desfloración, si no el daño moral, el hecho de haber sido penetrada por la fuerza en la intimidad sexual, con un total irrespeto al pudor y a la libertad sexual para satisfacer el instinto sexual bestial.

El estrés postraumático es un efecto psicológico, así como las variaciones bruscas y frecuentes en el estilo de vida y la incapacidad de adaptación, la pena o temor a qué dirán las personas si se enteran de lo sucedido. Si el agresor es conocido por la víctima, puede experimentar secuelas psicológicas más graves que aquella cuyo atacante es un extraño. El temor de la víctima a pasar por el lugar del ataque y el miedo a salir de casa. El hecho de exponerse a otro atropello sexual y sentir hostilidad ante una actividad sexual por temor al rechazo por lo sucedido (Castillo, 2011).

Sin duda, el agravio causado es perturbador, permanece en la mente de la víctima y no es fácil olvidar y sobreponerse; necesita del apoyo moral de los familiares cercanos y de un profesional en psicología y por medio de terapias aceptar lo sucedido. Ese tratamiento servirá para perder miedo interno, evitar agresividad y vencer el temor de ser nuevamente violentada en la libertad sexual. Perder ese malestar de creer que puede ser rechazada socialmente por lo sucedido, por vivir en un país machista donde hay secuela de la ofensa sexual. El profesional en psicología debe motivar a la víctima a seguir con su vida normal, tratando de hacerla olvidar el agravio sexual sufrido. El daño, sin lugar a dudas, es irreversible por las consecuencias emocionales y físicas que cambia la vida de las víctimas de violación, que difícilmente se puedan superar. El delito deja huella profunda que no queda en el olvido.

Cuando las víctimas son niños, por lo menos el ochenta por ciento sufre consecuencias psicológicas negativas. El impacto psicológico depende del grado de culpabilidad de la niña por parte de los padres, así como de los recursos psicológicos con que cuente. Por lo general, las niñas tienden a presentar reacciones ansioso-depresivas, miedo, hostilidad y agresividad. Los niños, fracaso escolar y dificultades inespecíficas de socialización, así como comportamientos sexuales agresivos. Los niños pequeños, con pocos recursos psicológicos, tienden a negar lo ocurrido y revelan déficit de habilidad social.

En los niños en etapa escolar son más frecuentes los sentimientos de culpa y de vergüenza. La violación presenta especial gravedad en la etapa de la adolescencia, porque el agresor puede intentar la cópula y existe mayor riesgo de embarazo. A largo plazo, son menos frecuentes los efectos y más difusos que las secuelas iniciales, pero pueden afectar. En la etapa de la adolescencia es factible el consumo de drogas o alcohol, huida del hogar, conductas autolesivas o suicidas, hiperactividad, bajo rendimiento académico, excesiva curiosidad sexual, conductas exhibicionistas, problemas de identidad sexual, retraimiento social y conductas antisociales. En la edad adulta, las víctimas tienden al suicidio, consumo de drogas o alcohol, trastorno disociativo de identidad, personalidad múltiple, depresión, ansiedad, baja autoestima, estrés postraumático, desconfianza y miedo a los hombres, dificultad para expresar o recibir sentimientos de ternura y de intimidad, fobias o aversiones sexuales, falta de satisfacción sexual, alteraciones en la motivación sexual y de orgasmo; la creencia de ser valorada por los demás solo a través del sexo.

De conformidad con el estudio de la SVET, se evidencian como secuelas del delito de violación en las víctimas los sentimientos de culpa, vergüenza, impotencia, cambios de conducta, desánimo, depresión autoagresión, agresividad hacia otras personas, tendencia a cambiarse la ropa y bañarse varias veces al día, llantos incontrolables, desconfianza, inseguridad, pérdida de deseos de vivir, abuso de drogas, síndrome de estrés postraumático. Los adolescentes adoptan medidas de alto riesgo, actividades temerarias, juegos extremos, vida sexual a temprana edad o anulación de vida sexual, multiplicidad de parejas sexuales, deserción escolar. En niños y niñas se dan las conductas sexualizadas, temor a estar solos con adultos, miedos consistentes y fuera de lo común, aislamientos, indiferencia, conducta regresiva, pesadillas, medio a la oscuridad y alteración del sueño, expresiones inapropiadas de amor y afecto, conductas desafiantes, rebeldes y agresivas (SVET, "2020).

A las consecuencias psicológicas también se les denomina consecuencias emocionales, porque perturban la existencia de la víctima y no solo afectan a la víctima sobre la que recae el delito en forma directa, sino también a las víctimas colaterales o víctimas indirectas del hecho ilícito, como es el caso de la pareja conyugal (esposo o esposa) novio o novia, hermanas, hermanos, padres, hijas e hijos de la víctima. Las víctimas indirectas del delito son parte del entorno familiar y sufren las consecuencias de afectación que ocasiona el delito.

1.8.4 Consecuencias Sociales

Hasta el momento ha quedado claro que la violación es un delito violento que genera terror colectivo, pavor social e indefensión. Pone en peligro la identidad física y psicológica de la víctima. Hay una creencia errónea de que casi siempre la mujer es responsable de la violencia sexual, o que es la persona quien debe protegerse de los posibles ataques sexuales. Esta clase de juicios sociales también vienen determinados por factores situacionales como atuendos o prendas de vestir de la víctima, la ingesta de alcohol o drogas, la relación de la víctima con el agresor o de la benevolencia de la víctima, por su debilidad y necesidad de cuidado de parte del hombre y también por actitudes de discriminación hacia la víctima, por el sexo, edad o desventaja. El delito deteriora las actividades sociales y dinámicas familiares, por lo que resulta importante el apoyo familiar en la labor terapéutica.

Desde el punto de vista social, el delito de violación es un ilícito aberrante; el aumento de la criminalidad en este hecho es intolerable porque la violencia sexual incontrolable está dominada por el machismo. Es un atropello constante y a pesar de que en Guatemala se cuenta con normas jurídicas de protección, con más prevención especial y general, hay casos que no se denuncian. Todavía se cree que es mejor callar que denunciar, por considerar el hecho como inapropiado o vergonzoso (impudor) o para evitar y estar en la boca de la gente; es un rasgo de prejuicio social.

Como convención social tradicional favorable al delito, se tiene: a) la superioridad masculina: la creencia errónea que es un derecho del hombre; b) sanciones jurídicas y comunitarias poco rigurosas contra la violencia sexual; c) promover reformas jurídicas; d) fortalecimiento y ampliación de las leyes que definen la violación; d) sensibilización y capacitación de la Policía Nacional Civil y de los Jueces acerca de la violencia sexual; e) mejor aplicación de leyes existentes; f) adoptar acciones públicas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres.

A estas alturas, existe de parte de las víctimas un silencio social; las víctimas no denuncian los ataques sexuales por falta de credibilidad y porque los interrogatorios por parte de las autoridades son inapropiados. Les hacen preguntas sin fundamento y prestar declaración es humillante.

En el Derecho Romano, hasta fines de la Edad Media, los requisitos de castidad y virginidad eran imprescindibles en mujeres libres no en esclavas, que no se tomaban en cuenta como personas. Anteriormente, este delito era considerado heterosexual. Hoy en día se ha extendido a relaciones homosexuales, no importando la castidad y la virginidad; es el hecho arbitrario unilateral que trasciende la intimidad de la víctima, la libertad e indemnidad sexual. En la infancia y adolescencia se hace notorio el retraimiento social, conductas antisociales, problemas en las relaciones interpersonales y aislamiento de las víctimas. En la adolescencia, existen dificultades para educar a los hijos. Los efectos que causa la violación en la infancia provocan un déficit en habilidades sociales. En la infancia y adolescencia, son marcados el retraimiento social, las conductas antisociales, problemas en las relaciones interpersonales y el aislamiento.

Es conformidad con el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, el delito de violación es castigado severamente. En el decreto se protege

mayormente a víctimas adolescentes y a la niñez. La sociedad repudia ese tipo de conductas y al autor; existe apoyo moral hacia la víctima en el sentido de que se debería castigar más drásticamente este delito como lo establece la ley en cuestión. La ley se ha endurecido y existe solidaridad con las víctimas de estos hechos.

Las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que ocasiona el delito de violación perturban la tranquilidad de la víctima e influyen notoriamente en el desarrollo, físico, mental y social. Aún más, cuando las víctimas son infantes, el daño es impensable. El delito de violación en la niñez sigue siendo un tabú y es difícil de revelar en muchos entornos; es palpable la diferencia de edad o de poder entre víctimas y victimarios. Se observa esta clase de delito en aulas, baños públicos, dormitorios y lugares de trabajo e incluye compañeros o profesores. Influye el hecho de que el sujeto activo pertenezca a una pandilla, como puede serlo también el consumo de alcohol o drogas, la personalidad antisocial, exposición durante la niñez a la violencia entre padres, antecedentes de abuso sexual en la niñez, la escasa educación y la aceptación de la violencia sexual.

Desde la perspectiva de salud pública, los factores sociales pueden ser los que cuentan con participación la sociedad civil, fundaciones de sobrevivientes, grupos de mujeres. En Guatemala, existe la Asociación de Refugio de la Niñez, Médicos sin Fronteras, Organizaciones de Mujeres Feministas y el Observatorio en Salud Social y Reproductiva junto con otras para hacer frente a la violencia contra mujeres, prevención del delito, atención integral e incidencia para la implementación de Políticas Públicas, destinadas a luchar contra la violencia sexual.

Se refleja la preocupación estatal y de la sociedad civil, en respuesta a la atención de víctimas y la persecución penal; en menor medida, se observa el desarrollo de políticas o programas de prevención y reparación a las víctimas de violencia sexual. Existe un notorio debilitamiento institucional en la prevención del

delito, pues este sigue su marcha y no hay manera de erradicarlo. No obstante, Guatemala ha aceptado y ratificado convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, prevención contra la violencia sexual, eliminación contra toda forma de discriminación contra la mujer y protección de la niñez, con base en el interés superior del niño, mayor prevención especial y general. Sin todo lo anterior, el delito no para, sigue su ritmo acelerado.

En apego a la realidad, como víctimas, los más afectados son los adolescentes y los niños, por su vulnerabilidad. Se ha descuidado el control social informal, pues la política criminal en cuanto a la prevención del delito ha fracasado; el delito no cesa, todo lo contrario, sigue su curso en gran magnitud afectando a las víctimas más débiles. Debe fortalecerse ese control social informal.

1.8.5 Consecuencia Económicas

Los factores económicos son los que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Es necesario remover esa clase de obstáculos para garantizar el acceso a la justicia.

Pese a que hay suficientes casos que no son denunciados por el bochorno que causa, en Guatemala hay suficientes casos que marcan un antecedente. Como factor económico, debe tomarse en cuenta la atención médica para las víctimas de violencia sexual. Durante el año 2017 fueron evaluadas por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) 3290 víctimas menores de 14 años, haciendo un total de víctimas evaluadas de 10 mil 910, es decir, el 64.3% comprendido entre niñas, niños y adolescentes. Se han creado tribunales de justicia para esta clase de delito, así como clínicas de atención especial a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS). La SVET cuenta con tres albergues para la protección de víctimas y cuenta con un protocolo de

atención integral para víctimas; en el Ministerio Público se creó la Fiscalía de la Mujer que cuenta con un modelo para atender a la víctima de manera prioritaria.

Todo lo anterior son políticas institucionales de intolerancia ante los hechos de violencia sexual contra mujeres niñas y niños. Funciona, también, la Defensoría de la Mujer Indígena de 4 pueblos: maya, garífuna, xinca y ladina. Para la prevención comunitaria, el Ministerio de Gobernación brinda atención psicológica a estudiantes que presenten abuso sexual. La Secretaría de Bienestar Social (SBS) brinda seguimiento a víctimas de violencia sexual. Cabe resaltar que esta entidad surgió tras la tragedia del Hogar Seguro Virgen de la Asunción. La Procuraduría General de la Nación (PGN) da seguimiento a las medidas, se constituye como querellante adhesiva y representante legal de las víctimas. Por medio de la División Especializada en Investigación Criminal (DEIC) de la PNC, opera el Departamento de Investigación Contra Delitos Sexuales y la Oficina de Atención a la Víctima, para recibir denuncias, dar acompañamiento y brindar medidas de seguridad. De igual manera, la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) recibe denuncias y el INACIF emite dictámenes periciales.

Es de mencionar que el sector justicia emplea instrumentos para evitar la victimización secundaria. Tal es el caso de la Cámara Gesell. En casos de delitos de violación en el año 2017, se presentaron 9 mil 532 víctimas a nivel nacional. Al respecto, solo terminaron se obtuvo sentencia en 1 mil 214 casos (12.7%) y de esos, solo el 78% con sentencia condenatoria. Otras consecuencias económicas conforme lo establece el artículo 3 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, está la reparación o resarcimiento: conjunto de medidas tendientes a aproximar la situación de la víctima al estado en que se encontraría de no haberse producido el delito. El artículo 11 de dicha Ley se extiende en el derecho al resarcimiento a los familiares si la víctima directa hubiere fallecido, de acuerdo con el Código Civil y el Código Procesal Penal. La reparación consiste en garantizar la vida, integridad, salud, educación, condición de vida adecuada, convivencia familiar, recuperación emocional, la capacitación técnica, recreación y

todos aquellos derechos que reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala, incluyendo leyes, tratados y convenciones internacionales vigentes.

Se reconoce una inversión del Estado en la creación de tribunales de Justicia, leyes, ratificación de tratados y convenios internacionales, instituciones para cumplir con los programas de medidas en protección a víctimas de violencia sexual, políticas de resarcimiento, ayuda psicológica (terapias indefinidas) y reparación civil. No obstante, en la práctica, el servicio es deficiente.

Es prudente mencionar que dentro de las secuelas económicas que implica el delito de violación, se da el menoscabo económico que impacta en la economía del hogar, de la familia y de la víctima. Cuando la víctima es económicamente activa, se ven mermadas las actividades productivas, porque el delito modifica su rol cotidiano, baja su calidad de vida, y anula el rendimiento productivo de ella y su familia. En el supuesto de que la víctima dependa económicamente, el buscar apoyo médico, judicial y psicológico conlleva erogación de recursos para el proveedor de los mismos. Sí la víctima es estudiante, disminuye el rendimiento académico, atraso y pérdida económica a futuro.

1.9 El victimario en el delito de violación

De acuerdo con Castillo (2011) existen tres clases de victimarios: los viciosos y estragados, cuyos reclamos sexuales les han apartado de las relaciones normales, motivando su búsqueda de nuevos placeres y satisfacciones. Los sujetos de tachas físicas como la impotencia y vicios de conformación. Rechazados y ridiculizados por las mujeres adultas, buscan satisfacerse a través de niñas. En igual situación, agrega Villegas, se ubican quienes padecen de enfermedades venéreas y las personas que padecen tachas nerviosas. El autor dibuja una clasificación de las víctimas de los individuos incluidos en estos parámetros. Indica que son más frecuentes las violaciones en niños de cinco a trece años de edad, mujeres entre veinte y treinta años de edad y los victimarios

regularmente son maestros o curas, hombres sobre niños. Con frecuencia se dan los tocamientos en órganos genitales, la masturbación de manera activa o pasiva (Castillo, 2011).

Existe el coito perineal, que consiste en simular cópula sexual colocando el pene entre el perineo y la región superior-interna de los muslos. Es común que provenga este ilícito de ancianos con impotencia sexual con niñas viciosas, de lo que normalmente no queda evidencia, salvo casos especiales (irritación o enrojecimiento que desaparecen rápido. El victimario suele ser exhibicionista; son personas comprendidas entre los cuarenta y sesenta años; persiguen a niñas de escuela y mujeres en lugares solitarios. Por lo regular, la conducta va aparejada de gestos obscenos y masturbación; todas esas actividades se realizan con extrema precaución por parte del victimario.

Así pues, Martínez (1985) explica que existen diversas conductas sexuales como: la degeneración, aberración, desviación, perversión, depravación. En textos recientes de sexología, la sexopatía o sexo-patología (adicción incontrolable al sexo) son términos utilizados en el calificativo sexual para denominar conductas relacionadas con la sexualidad, que atacan la moral, apartándose de lo correcto, lo sano y lo bueno. Conductas que en otra época pudieron haberse visto como normales por la comunidad. El hombre, con su libre albedrío y falta de principios y valores morales, no admite limitaciones; puede frenar o lanzarse al desenfreno. Esta es la causa de las perversiones y desviaciones en la sexualidad, cuando esta se torna obsesiva. Pero no todo es fruto de la voluntad: existen causas constitutivas, desequilibrios hormonales y estados intersexuales congénitos; existen otras tendencias psíquicas que llevan a extremos como el masoquismo, el sadismo, el fetichismo, entre otros, propios de los individuos débiles e inadaptados.

En relación con el tema, un factor que ha sido discutido por sociólogos y estadistas en diversos países es la culpabilidad individual en los casos de

desviaciones sexuales. Hay coincidencia en el origen de las perversiones sexuales de los violadores. En la mayor parte de los casos, se remonta en la infancia y juventud del victimario y no en trastornos físicos causados por factores hormonales, constituidos o genéticos.

Al respecto, Garófalo (2012) refiere que el agresor tiene un instinto inmoral innato, es decir, por herencia; lógicamente, educación deficiente que no lo ha formado adecuadamente, siendo la educación un bastión importante durante la formación de los primeros años de vida, puesto que está asociada con hábitos y conductas. El instinto inmoral innato y la mala educación influyen en la formación de la persona que delinque.

En el estudio *Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención* se lee que:

El imputado sexual presenta algunas características, como a continuación se detalla: a) la dificultad para establecer relaciones de pareja adecuadas, duraderas y satisfactorias con personas del otro sexo; b) Se ha suscitado experiencias sexuales precoces con niños de su edad o han sido abusado por adultos o niños mayores; c) casos de madres represivas y posesivas, excesivamente crítica, que anulan sus iniciativas o intentos de independencia; d) hay ausencia de una imagen paterna adecuada, que le proporcione reglas de comportamiento apropiadas, así como se presenta el ejemplo de un varón que tenga la capacidad de relacionarse acertadamente con mujeres; e) surgen frustraciones importantes que los han conducido a depresiones o frecuentes estados de mal humor, expresados en estallidos de violencia; f) se aprecia dificultad para encontrar satisfacción en las relaciones o situaciones normales, cotidianas y; g) pobre capacidad de autocrítica, pueden parecer severos y serios pero en el momento de controlar o juzgar la propia conducta tienen excesiva indulgencia (Acuña, 2014).

Por lo anterior, es posible entender que no existe un perfil único del violador, pero se puede identificar algunas características comunes. La mayoría suelen ser hombres; cuando se trata de agresoras se clasifica otro tipo de relación

sexual, porque suele ser consentida por niñas o niños. Los hombres regularmente son casados y en la mayoría de casos agreden a menores del núcleo familiar. En muchas ocasiones, el agresor sexual es el padre biológico. Los victimarios son personas que no causan mala imagen; son de buena apariencia y se muestran agradables para ganarse la confianza de las víctimas. Suelen ser profesionales con estudios medios o superiores; han vivido sin una figura paterna o la madre ha estado ausente. Suelen estar en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, con un alto grado de inteligencia. Esas características se encuentran presentes en el síndrome sexual; son dificultades significativas en sus relaciones sexuales e interpersonales, cuya detección temprana se da por medio de la ayuda familiar, pedagógica y terapéutica.

1.10 Factores Internos y Externos que Inciden en el Delito de Violación

Para establecer el perfil de quienes cometen el delito de violación, existen factores de influencia, lo que algunos autores llaman «predisposiciones». En opinión de Rodríguez (2002) estos factores pueden ser temporales o permanentes y los divide en tres grupos: en el primero, se mencionan las predisposiciones biofisiológicas: edad, sexo, estado físico, grupos étnicos. El segundo, la predisposición social, es decir, la profesión, estatus, condiciones económicas y condiciones de vida. El tercer grupo consiste en la predisposición psicológica, lo relativo a desviaciones sexuales, estados psicopatológicos y rasgos de carácter (pág., 120). Rodríguez subraya estos factores de riesgo y los subdivide en endógenos, referentes a deficiencias orgánicas y exógenos, relativos al orden social.

1.10.1 Factores Endógenos

En *Sociología Criminal*, Ferri (2016) describe estos factores como antropológicos, cuyo coeficiente es el delito; anomalías orgánicas del cráneo y del cerebro, de la sensibilidad, de la actividad y los caracteres corporales en general;

hace referencia a particularidades de la fisonomía, debido a la constitución psíquica (anomalías de la inteligencia y de los sentimientos, sobre todo del sentido social (pág., 223).

Los factores endógenos o internos (biopsicológicos) son aquellos del entorno del individuo; se refieren a la salud física y mental del victimario. Rodríguez (2002) expone: a) el ambiente endógeno (biopsicológico) porque cualquier persona razonable en cualquier situación, debe pensar en su seguridad, es decir, tomar una medida de precaución; b) el medio natural circundante lo constituye las fuerzas independientes o incontrolables; c) el medio natural circundante modificado, es resultado de la contaminación de los componentes necesarios para la vida en el medio natural; d) el medio social, integrado por: a) individuos antisociales y b) organizaciones antisociales; e) el medio antisocial, es decir política de Estado o partido dictatorial, totalitario o racista; f) el medio de manejo; manejo de máquinas domésticas o industriales.

Factores de riesgo: aspectos: a) operacionalización; b) factor de atracción; c) posesión de objetos valiosos; d) características sexuales de un rival; e) vivir en los alrededores de potenciales personas a delinquir; f) prevención técnica (vigilancia-protección); g) nivel de ingresos, conducta de comprador, joyas, dinero, mujer joven (forma de vestir), adolescentes (conducta variable); h) factor proximidad; i) vivir en una gran ciudad o en un distrito criminal; j) conducto de paseo de compras, utilizar medios de transporte colectivo; accesibilidad a la habitación, los automóviles, las chapas. Vivir en una casa sin custodia, vivir en un lugar aislado. Encontrarse en lugares donde nadie puede auxiliar o prestar ayuda. Los factores predisponentes son, por lo general, de naturaleza endógena (Ramírez, 2002, pág., 121).

Es de tomar la causa biológica. La relación de los cambios del cuerpo, las enfermedades corporales, las enfermedades mentales y la criminalidad, se basan en los procesos biológicos donde se distinguen factores que influyen en el desarrollo anormal de la persona (Ramírez, 2002). Aquí aparece la genética, el

estudio científico que explica cómo se transmiten los caracteres físicos, bioquímicos y de comportamiento de padres a hijos. El factor endógeno se integra con: a) etnografía, b) demografía y c) psicología. La etnografía estudia al individuo en su aspecto cualitativo o sea sus caracteres raciales. La demografía estudia al sujeto por su aspecto cuantitativo: el número de componentes de un grupo humano. La psicología estudia las relaciones existentes entre los fenómenos psicológicos y los sociales, cómo operan los instintos, sentimientos, impulsos o la voluntad ya sea individual o colectiva en su ambiente social (pág., 122).

Por lo general, el violador suele ser una persona común y corriente que pasa inadvertida; no llama la atención. Se muestra educado, amable y empático con las personas, porque su objetivo es buscar o entablar una relación de confianza con la víctima. Se ha demostrado que el violador padece de algún tipo de complejo y rencor hacia la sociedad. En muchos casos existe la probabilidad de que el victimario haya sufrido abuso sexual durante la niñez; que muestre trastorno en su estructura psíquica es producto de una condición de naturaleza biológica o de la injerencia de consumo de drogas o alcohol. En opinión del criminólogo Rafael Garófalo:

[Los] instintos morales innatos (propios de la naturaleza, como la muerte), que no son producto del razonamiento individual, sino que son la herencia del individuo, como el tipo físico de la raza a que pertenece. Desde la infancia se advierte algunos de estos instintos, o bien comienza a manifestarse el desarrollo intelectual, y sin duda antes que el niño sea capaz de hacer el difícil razonamiento, que demuestra la utilidad individual indirecta del altruismo. La existencia del sentido moral innato es también la única manera de explicar el sacrificio solitario y oscuro que los hombres hacen algunas veces de sus graves intereses; por no faltar a lo que les parece que es un deber (2012, pág., 55).

Con base en lo anterior, debe existir un poco de amor y empatía hacia todos los semejantes. Se coincide con el autor mencionado en cuanto a, si la moral no fuese otra cosa que producto del razonamiento individual, los individuos

de mejor inteligencia serían personas honestas; les sería fácil elevarse al altruismo sin egoísmo y de esa manera a la moral absoluta. Aunque hay personas inteligentes que son transgresoras sin instinto moral nato y personas de menos inteligencia que no se desvían de la ley, porque sus valores morales los inspiran a respetar las normas sociales y jurídicas, aun cuando no estén obligadas por su religión. Por lo tanto, existe una evolución y transmisión hereditaria del respeto, piedad y moralidad. Instinto moral innato del que adolece el sindicato sexual. No trae herencia de moralidad y respeto por otros. No siente empatía ni compasión, al extremo de causar daño. Se observa que este tipo de sindicatos son astutos e inteligentes, son doble cara; se dan a conocer con una apariencia falsa de buenas personas para ganarse la confianza de sus víctimas.

1.10.2 Factores Exógenos

Enrico Ferri (2016) alude a factores del crimen como el clima, la naturaleza del suelo, periodicidad diurna y nocturna, las estaciones, la temperatura, las condiciones meteorológicas (pág., 224)

Estos factores exógenos o externos se generan por causas externas al individuo; no son controlables pero influyen. Son los factores que rodean al sujeto y se encuentran fuera del individuo; se refieren al elemento físico o sociografía que puede ser influyente en el individuo. Los factores preparados son de naturaleza exógena y se van desarrollando con el tiempo, como es la enemistad, la ingestión alcohólica o drogas y la tecnología.

Para Rodríguez (2002) pueden ser de diversa naturaleza: telúricos, espaciales, temporales, sociales. Hay lugares propensos para convertir en víctimas de un delito a las personas, entre estos: puertos, barrios peligrosos, bares y lugares de juego entre otros (pág., 122).

Los factores exógenos se integran con: a) el suelo, b) el clima y c) corrientes fluviales. La sociografía es parte de la sociología cuyo fin es el estudio de las relaciones entre el medio ambiente geográfico y las sociedades que en él, se desarrollan, considerando que el fenómeno social es esencialmente geográfico. El ambiente determina o condiciona las cualidades del grupo humano que en él nace y se desarrolla. El medio geográfico es un conjunto de fenómenos cósmicos que existen independientemente de la actividad humana. En algunas ocasiones, el individuo puede variar o modificar total o parcialmente estos hechos de la naturaleza; no le queda más remedio que someterse o adaptarse.

En *Delitos Sexuales*, Martínez (1985) refiere que la sociología sostiene que existe la influencia del medio geográfico sobre el grupo social, así como caracteres físicos, psíquicos, económicos, políticos, culturales y demás fenómenos sociales. La humedad o la falta de ésta influyen de manera decisiva en el individuo; el clima seco cierra los tejidos de la piel y precipita la circulación de la sangre, que más pobre en agua obra en el sistema nervioso y excita su función, volviéndolo seco y estimulante. La vida de los primeros organismos terrestre debió aparecer en el mar o muy cerca de éste; es natural que la isla y la costa, por ser un ambiente afrodisíaco, emerjan delitos sexuales. En el verano aumenta la producción de hormonas sexuales, incrementa la excitación y el erotismo (págs., 63-64).

En conclusión, los factores que inciden en el perfil del victimario son internos, los llamados endógenos que se relacionan con el elemento biológico, lo relativo a la salud física y mental, la vida, estructura y desarrollo del sujeto. Los factores externos denominados exógenos, son los que rodean al sujeto. Son factores circunstanciales como el suelo, nocturnidad y despoblado, el clima cálido propicio para el crecimiento de las hormonas. La influencia cósmica dado que en el verano los días son más largos, por lo que el tiempo para la convivencia social es mayor, habrá mayor oportunidad de que acaezcan los delitos sexuales.

El delito de violación, como es del conocimiento público, subsiste en todas las clases sociales; es ancestral, machista. Sin embargo, en las clases más altas, el victimario se provee de recursos que dificultan la exteriorización del delito, así como la visualización del problema. Muchas violaciones se dan en el seno del hogar, en los colegios, lugares religiosos y se ignoran estos hechos. Se considera que la educación académico-sexual y los valores morales inculcados al individuo son lo más importante para su formación. El control en el seno de la familia y educacional del colegio evitaría el desmedro de valores educacionales, morales y humanos. Consecuentemente, ayudarían a que el victimario sienta respeto por su prójimo y evitaría la comisión del delito de violación.

CAPÍTULO 2

2. La Pena en el delito de violación

2.1 La pena

La pena es un dolor, tormento o sentimiento corporal para quien la sufre. Es un castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales, a los responsables de un delito. Dicho de otra manera, la pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, como medio de defensa social, restringiendo los derechos del responsable por la acción delictiva. La imposición de la pena surge de la necesidad de regular la conducta de los individuos, dando un mensaje de abstención a realizar conductas nocivas, evitando la comisión de los delitos a manera de mantener un orden social.

Rodríguez (2002) se refiere a la pena otorgándole el carácter de retribución y sustituto de sanción, con un contenido para educar y adaptar al condenado, en el sentido de que no puede haber retribución si no hay libre albedrío ni responsabilidad moral y que la sanción sea proporcional a la peligrosidad del sindicado. Indica que la sanción no es aflictiva ni tiene por fin causar sufrimiento al privado de libertad; es un tratamiento que debe durar en tanto se prolongue la peligrosidad del condenado y por ello la pena no es de duración indeterminada. Es un derecho que solo compete al Estado, a título de defensa social; excluye toda idea de venganza o retribución y repudia como insuficiente la idea subjetiva de conservación del orden jurídico. Se ha demostrado la ineficacia de la pena ya que la criminalidad no aumenta o disminuye en forma proporcional a la pena impuesta (pág., 243).

Por su parte, Osorio (1987) define la pena definiéndola como “castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta” (pág., 707).

Para Edmund Mezger (1958), es la imposición de un mal proporcionado al hecho ilícito, es decir una retribución por el mal que se ha cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que “corresponde, aun en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido, debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa (equiparación desvalorativa)” (pág., 558).

Según comenta Beccaria (2012), el origen de las penas se dio porque antiguamente se vivía en un continuo estado de guerra. Siendo inútil la conservación del goce de la libertad, surge la pena para mantener la tranquilidad. Las porciones de libertad eran sacrificadas para el bienestar de cada uno; se daban las usurpaciones privadas de cada individuo. Se procuraban todos, no solo de quitar el depósito de la porción propia, sino de usurpar tierras ajenas. Por lo anterior fue necesario que la autoridad creara leyes para castigar los delitos cometidos por los hombres, imponiendo penas a los infractores a manera de regular la conducta de los individuos en sociedad para obtener la tranquilidad y paz social (págs., 9-11).

Al respecto, Rodríguez (1978) expresa que el término «pena» es una inclinación a pena criminal como consecuencia específica de los hechos considerados por la ley penal como delitos (pág. 28).

Sin embargo, Mezger (1958) sostiene que la pena en relación con el Derecho vigente es la imposición de un mal proporcionado al hecho, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor, con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. De acuerdo con su esencia, es una retribución por el mal ocasionado. La pena adquiere su forma mediante la imposición y se experimenta el castigo con la ejecución. Añade que “la conminación legal de la pena se ajusta al hecho punible cometido mediante la imposición judicial de la pena, siendo estas penas principales, accesorias y otras consecuencias penales” (pág., 353). Las penas principales van dirigidas a proteger la vida, el honor, la libertad y el patrimonio: (muerte, privación de libertad, graves y leves). La determinación legal

de la pena, entonces, será acorde a los marcos penales existentes que puede abarcar casos de agravación o atenuación (pág., 358). El especialista Enrico Ferri (2016) menciona que el efecto de la pena es puramente negativo y no llega más que en último lugar, pues no suprime el delito que opera en el individuo y en el medio, solo detiene el delito por un tiempo (pág., 355).

En opinión de Muñoz “la pena constituye una reacción a una infracción normativa; por la reacción se demuestra siempre que debe seguir manteniéndose la norma infringida. La reacción demostrativa se produce siempre a costa del responsable de la infracción normativa” (1985, pág., 26).

Se concluye que la pena es un peso que recae en determinada persona declarada responsable de la comisión de un ilícito, previo un juzgamiento en el cual se ha observado el debido proceso y se dan por fenecidas todas las instancias en un procedimiento concluido donde la autoridad judicial, previamente establecida, ha dictaminado la culpabilidad mediante una sentencia declaratoria. De esa manera, se restringen los medios del condenado, con el propósito de contenerlo y evitar que siga en el delito.

En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco están reguladas las penas principales: La pena de muerte (artículo 18 de la Constitución Política de la República de Guatemala que pero no se aplica debido a convenios y pactos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala) prisión (50 años máximo, según el artículo 44 del Código Penal). Arresto (no durará más de sesenta días según el artículo 45 del Código Penal y se aplicará por faltas y en lugares distintos a los destinados para privados de libertad) y la multa (artículo 52 del Código Penal).

Las penas accesorias son la inhabilitación absoluta (se suspende los derechos políticos, pérdida del trabajo o cargo público, incapacidad para obtener cargo, empleo y comisiones públicas, de acuerdo con el artículo 56 del Código

Penal); inhabilitación especial (imposición de alguna de las leyes citadas, prohibición de ejercer profesión, cuyo ejercicio dependa de licencia, autorización o habilitación, no podrá ser menor a cuatro años, según los artículos 57 y 58 del Código Penal). Comiso, que procede cuando no se declare la extinción de los objetos o instrumentos del delito. Se da en favor del Estado, a menos que el dueño sea un tercero ajeno al delito y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito (artículo 60 Código del Penal); expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia (en uno o dos periódicos de mayor circulación en caso de delitos contra el honor, a petición del ofendido o herederos y a costa del condenado, según artículos del 41 al 61 del Código Penal).

En Guatemala, como en todo el mundo en materia criminal, la pena para el delito de violación es la reacción coercitiva del Estado en respuesta al delito, por medio de la sanción o condena impuesta al que con su conducta arbitraria ha transgredido la norma jurídica penal. Previo a ello, se encuentra debidamente la regulación clara del tipo penal que psicológicamente conlleva a la contención tanto particular como colectiva por medio de prevención especial y general, para evitar la comisión del delito o que se cometan otros delitos similares.

2.2 Fines de la pena

Enrique Bacigalupo (1999) hace referencia a las teorías absolutas relacionadas con la prevención general y las teorías fundadas en la prevención especial. La oposición entre estas dos teorías fue producto de la entrada repentina e impetuosa del positivismo. Aunque ya eran conocidas a fines del siglo XVIII y principios del XIX, empiezan a forjarse los conceptos que forman la matriz, es decir, el molde del instrumento dogmático (conjunto de creencias religiosas tenidas por ciertas e innegables, no admiten discusión).

Fue Immanuel Kant quien expresó la teoría de la retribución, definida posteriormente de manera polémica por Friedrich Hegel. La polémica del enfrentamiento entre estas dos teorías de la escuela clásica con la escuela sociológica, llamada la Política Criminal, fue la prevención especial frente a la general; en segundo lugar, el intento de racionalización de la idea de prevención especial con base en los conocimientos que provienen de las Ciencias Sociales. Estas teorías quedaron reducidas a simples insinuaciones que debían seguirse en la elaboración dogmática, como consecuencia de la teoría de la unificación de los fines de la pena, misma que aceptó algunas consecuencias de la prevención especial y reconoció como fundamento a la teoría de Binding, producto de la teoría de la retribución; la pena basada como consecuencia en la idea de la retribución (págs., 61-63). Para Roxin (1997) “toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo” (pág., 99).

Al respecto, Beccaria (2012) refiere:

El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer el delito ya cometido. El fin es impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros o iguales delitos (pág., 30).

La pena debe ser tomada como una lección de vida para el condenado y un mensaje de reconstrucción de la forma de vivir. Una motivación para mejorar como ser humano; reflexión para el cambio positivo. La pena, en cierta forma, es una compensación a un mal causado en busca de la corrección mediante la reeducación y reinserción social a manera de vivir en una sociedad sana y libre del crimen.

2.3 Características de la pena

La pena, es justa, legal, correctiva, útil, intimidatoria, aflictiva y ejemplar. Para Beccaria (2012):

La pena será justa y útil cuando más pronta sea y más vecina al delito cometido, más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; más justa porque siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto a la necesidad que obliga. La prontitud de la pena, es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: delito y pena: de tal modo, que se consideran el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario (págs., 46-47).

La tardanza en resolver, debido a que los trámites procesales son extensos, no solo es un tormento y debilitamiento emocional para el reo, sino para las demás partes. La pena es intimidatoria, en el sentido de que tiene como mensaje la prevención social, porque va dirigida no solo de forma individual sino también a la colectividad, de tal manera de integrar o estabilizar a la sociedad en general, en el respeto y armonía social, apegados a las normas jurídicas, como prevención particular, dirigida la intimidación al sujeto que delinque. De otra manera, que se cumpla con obedecer la ley, porque si no es así, habrá repercusión no agradable, la represión. Es una forma de evitar el delito.

La pena es correctiva, porque tiende a encaminar en el individuo que comete el delito, una reeducación e inserción positiva en la sociedad. Se refiere a que el tiempo que permanezca el condenado privado de libertad, debe haber intervención del Estado, proporcionándole las herramientas necesarias para su reinserción.

La pena debe ser justa, en cuanto a que no debe exceder en su duración, de acuerdo con la gravedad de la conducta acaecida; debe ser proporcional y adecuada. Rodríguez (2002) sostiene que el fundamento de la pena es la justicia y la retribución jurídica sobre la base del libre albedrío. La pena es justa porque hay que dar a cada quien la pena de la que se ha hecho acreedor por su conducta; en otras palabras, solo se puede aplicar la pena al autor moralmente responsable del delito, cuya responsabilidad moral es consecuencia del libre albedrío (pág., 238).

La pena es aflictiva, porque causa afección en el sindicado, con el propósito de evitar futuros delitos. Aunque según Beccaria (2012) la pena no es para afligir al condenado, resulta aflictiva para el que la padece.

La pena es ejemplar, la imposición de la pena tiene como finalidad servir como ejemplo a nivel individual al imputado y general a la colectividad para prevenir la comisión de otros delitos.

La pena es legal, porque proviene de la ley. Toda pena está regulada en la norma jurídica de acuerdo con principio de legalidad. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y que se consignent las penas por la ley, previo a su comisión. Así lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 17. De ahí provine el mandato constitucional que exige que toda pena sea establecida previamente en la ley, es prohibida la analogía.

Al respecto, Rodríguez y Enríquez (2010) explican que la pena es legal, solo si es válida y, para tener eficacia, debe tener vigencia la norma en el momento de su aplicación. Una norma inválida es ineficiente, aun cuando exista en el ordenamiento jurídico (pág., 130).

Para Cuello (1975) la pena es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales debidamente establecidos, al culpable de una transgresión penal. De esta noción se desprenden los caracteres de la pena: a) es un sufrimiento que se impone al culpable del delito cometido *malum passionis propter malum actionis*. Este proviene de la privación o restricción impuesta al condenado en bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad. Toda pena, cualquiera que sea la finalidad con que se aplique, siempre será un mal para el que la sufre; b) la pena debe estar establecida en la ley y dentro de los límites fijados por la misma. El Principio de Legalidad de la pena (*nulla poena sine*

lege), exige que se imponga conforme a lo ordenado por aquella creando así una importante garantía jurídica de la persona; c) su imposición está reservada para los órganos jurisdiccionales competentes, para conservar el orden jurídico y la protección de la ordenada vida social; d) sólo podrán aplicarse a los declarados culpables de su acción delictiva (*nulla poena sine culpa*). De ahí surge el principio de personalidad de la pena. Que el sentido y fin que se le ha atribuido a la pena gira en dos principios antagónicos: el de la expiación o retribución que da la pena un sentido de padecimiento, por el castigo impuesto en retribución del delito cometido (*quia peccatum est*) como un acto de justicia denominado teoría absoluta. La prevención es la teoría relativa (*ne peccetur*) para prevenir la comisión del delito.

Cuello (1975) agrega que la función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado reformándolo y procurando su corrección y readaptación en la sociedad, se denomina individual o especial. Cuando se ejerce sobre la colectividad en general, inspirando a alejar a todos de la delincuencia por temor a la pena, se llama prevención general (págs., 690-692).

Al respecto Rodríguez (2002) manifiesta que la finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido quebrantado por el imputado, porque el delito lesiona el orden jurídico y ofende a la sociedad, creando un estado de inseguridad aparejado el delito con la pena para regresar las cosas a su cauce. Solo se puede excluir de la pena a aquellos autores que carecen de libre albedrío como los niños y los locos (pág., 238).

En sí, cuando se da la comisión del delito, el autor no sólo daña a la víctima, también a la familia (cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos) y a la sociedad en general, por lo que la pena que se le impone es producto de su obra a través de su conducta antisocial.

2.4 Determinación de la pena

Expresa Roxin (1997) que el Derecho Penal Material forma parte de la Ciencia global del Derecho; trata las conductas conminadas con pena, en cuanto a sus presupuestos y consecuencias. Se ocupa del objeto propiamente dicho y de la materia de la justicia penal material. El Derecho Procesal Penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. A la determinación de la pena le llama «derecho de medición», que comprende todas las reglas decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado hasta convertirse en una disciplina jurídica autónoma, que pertenece al Derecho Penal Material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible. El autor agrega el Derecho Penitenciario al hecho punible, el proceso penal y la determinación de la pena en el sentido de que contiene todas las disposiciones legales para el cumplimiento de la pena de prisión. La criminología, por ser la ciencia de la realidad y ser la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los imputados, la reacción social negativa y el control de esa conducta. Refiere que la influencia del Derecho Penal de autor en la medición de la pena es muy importante; estima la vida previa del sujeto activo, sus circunstancias personales y económicas, su comportamiento posterior a la comisión del ilícito, como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que debe al hecho un hecho criminal (págs., 44, 45, 46, 187).

La determinación de la pena es el acto complejo y responsable mediante el cual el juez sentenciador, en el caso de que le competa emitir una condena privativa de libertad, lo hace en un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales; tiene como función esencial e ineludible identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas del hecho punible que corresponde aplicar al autor del delito. La pena de prisión a imponer será de acuerdo con un límite que fluctúa en

un mínimo y máximo de pena, la cual está previamente establecida en la ley conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución.

Para ampliar la idea, Zaffaroni (2012) explica que:

El Derecho Penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan el poder punitivo, o sea, las penas a imponer para cada delito; por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales; finca en que las primeras habilitan penas (pág., 33).

Este autor no cree en las teorías positivas, es decir, no cree en el castigo como un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Esa decisión no es arbitraria, porque responde a una serie de procesos informados por las reglas de determinación de la pena que el juez debe observar con independencia de los escasos márgenes de discrecionalidad de la que goza.

En síntesis, no podría corresponder igual pena al autor de un delito consumado, que al autor de una tentativa de delito. No podría ser la misma pena para el autor del delito que para el cómplice. Los jueces valorarán de distinta manera si el autor actúa por error de prohibición o si concurriere eximente por alteración o inferioridad psíquica al autor que comete el delito en el pleno uso o goce de sus facultades mentales. Existen muchos factores que modifican la responsabilidad penal. Entre éstas circunstancias atenuantes o agravantes deben revisarse los artículos 26, 27, 31 del Código Penal. Así también, situaciones que pueden darse como concurso de delitos, concurso ideal y delito continuado para la determinación de la pena, que los jueces no pueden dejar de acatar en el momento de imponer la pena concreta.

En el momento de la determinación de la pena, se aborda el Principio de Proporcionalidad, ligado al de culpabilidad. El primero es objetivo y el último es de carácter subjetivo, pero son referentes para la individualización judicial de la pena, la cual debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del individuo y a la gravedad intrínseca del delito. El valor-justicia en sí mismo integra la prohibición de exceso y conecta con la moderación, medida justa, equilibrada y bien

razonada, descartando cualquier sospecha de arbitrariedad judicial en el momento de individualizar y determinar la pena a imponer. Por supuesto, esa fijación de la pena por parte del legislador debe ser garante en armonía con el Estado de Derecho, en el cual no solo el Estado sino instituciones y entidades públicas y privadas están sometidas a las leyes y convenios Internacionales aceptados y ratificados con anterioridad, así como la Constitución Política y leyes de Guatemala.

Para Cuello (1975) la determinación de la pena está en la:

[...] determinación de la cuantía o de la duración de la pena (...) fijando amplios espacios entre un *máximo* y un *mínimo*, con el fin de que los juzgadores tengan suficiente holgura para adaptarla a las condiciones personales del condenado. El momento judicial, el verdadero momento de la individualización penal es este, de la individualización judicial, realizada por los juzgadores que determinarán si la ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración. Para el cumplimiento de tal misión, deberían poseer especial preparación profesional, no solo jurídica, sino psicológica y sociológica, que les permita conocer la personalidad de los condenados (págs., 713-714).

Es elemental que las judicaturas cuenten con experiencia y conocimiento no solo jurídico y psicológico sino también sociológico, por medio de informes rendidos por expertos médicos psiquiatras, relacionados con la personalidad del procesado previo a realizar el procedimiento de la ponderación y determinación de la pena.

2.4.1 Reglas aritméticas comunes

En el artículo 173, del Código Penal guatemalteco se establece, para el delito de violación, una pena máxima de doce años de prisión y una pena mínima de ocho años. La pena se determinará de acuerdo con múltiples factores, analizando circunstancias atenuantes y agravantes previamente establecidas en la ley. De conformidad con lo que establece el artículo 66 del mismo cuerpo legal, aumento y disminución de límites, tal como lo dictan los artículos 174 (agravación

de la pena) y 195 Quinquies (circunstancias especiales de agravación de la pena). En el supuesto de delito de violación, se refleja un aumento considerable de la pena en fracciones que graduará y determinará la pena a imponerse, con respecto a años anteriores a la entrada en vigencia del Decreto 2009 del Congreso de la República, que contiene las reformas a los artículos citados. Se desarrollan en dos terceras partes el aumento de pena, cuando se trata de víctimas mayores a catorce años y menores a dieciocho años; tres cuartas partes para víctimas de menos de catorce años y el doble de la pena para víctimas de menos de diez años de edad.

2.5 Teorías de la pena

Entre las teorías relativas que otorgan un fin ulterior a la pena, para prevenir delitos futuros, la prevención es la principal teoría relativa y se divide en prevención especial, dirigida al individuo que ha cometido la acción delictiva y prevención general, que se dirige al conglomerado, es decir, a todos los habitantes; la sociedad en general.

Zaffaroni (2012) afirma que las teorías positivas son falsas, porque la pena no es un bien para nadie, ni un bien para la sociedad; es un hecho de los tantos que existen y que demuestran irracionalidad de la sociedad moderna. La pena es un discurso de los penalistas, incorporada en un equipo psicológico de la sociedad industrial. Indica que la pena, como pretendido bien social, es un mito en el ámbito del saber, predominado por el prejuicio y la ignorancia. Expone que las teorías relativas son las más difundidas porque asignan a la pena funciones prácticas y verificables. Llama teorías con legitimidad a las teorías relativas, porque actúan sobre las personas que no han cometido ningún delito, denominadas de la prevención general y teorías positivas, que actúan sobre el que sí ha delinquido. (págs., 37,38). Sin embargo, como parte de la Ciencia Penal, corresponde explicar lo concerniente al hecho ilícito, las circunstancias o elementos especiales en la ejecución del hecho punible. Se necesita de una justificación con criterios técnicos

y científicos, además de racionalidad y objetividad, a modo de contribuir con la seguridad jurídica, pues no se puede administrar correctamente la justicia sin una adecuada teoría del delito.

Al hacer mención de las teorías de la pena, se alude a la teoría del delito, porque es el camino que conduce a la averiguación de un hecho catalogado jurídicamente como delito en el caso concreto, si hubo acción u omisión típica, antijurídica y culpable, para poder explicárselo al procesado en su imputación y fundamento, si es comprobada su conducta ilícita, el grado de participación que origina la sanción punitiva. Para que proceda la pena, debe establecerse la comisión delictiva de manera plena y en la realidad. La pena sigue siendo un mito, porque no reduce el crimen y el individuo no se corrige.

2.5.1 Teoría del fin de la pena

Roxin (1997) expone que la teoría del fin de la pena debe referirse al Derecho Penal que se encuentra detrás y debe servir a la protección subsidiaria de los bienes jurídicos tutelados y con ello al libre desarrollo del individuo para mantener un orden social y que la pena debe cumplir con esa misión del Derecho Penal, circunstancia que no es tomada con suficiente consideración (pág., 81).

Por su lado, Torr  (2003) concluye que la etiología del delito, es decir, las causas u orígenes que determinan el delito est n en la defectuosa organización social y económica, la deficiencia educativa y la carencia de los principios y valores morales. Expresa que el transgresor de la ley penal es producto no solo de la herencia y de la voluntad sino, en mayor medida, del medio social en que se desarrolla y en el cual el individuo condiciona su conducta. Por lo tanto, para transformar a la persona, es necesario modificar el medio en el que se cría y en el que vive, por lo que el fin perseguido por el Derecho Penal es hacer frente a todos los problemas que plantea la convivencia social.

Esto se logra por medio de una justicia eficaz y buena vigilancia policial como parte de la función preventiva de la seguridad policial, ejerciendo la función represiva que es obligación de la policía, leyes penales y procesales eficaces y se tiene otros medios preventivos como el desarrollo económico con posibilidad de trabajo para todos y la educación integral que incluye la formación moral.

Torré (2003) refiere “dad amor y educación a los niños y no tendrán la necesidad de castigarlos de adultos” (pág., 712). Advierte que prioriza el amor sobre la educación. Es importante el ejemplo que se recibe desde niño, porque los niños razonan poco, son imitadores de buenos o malos ejemplos. El Derecho Penal es uno de los medios idóneos existentes para combatir la delincuencia, persiguiendo con este derecho la defensa de la sociedad, mediante la represión de los hechos jurídicos ilícitos. El fin represivo de los delitos cometidos es claro, pero deben tener una función preventiva *pos delictual* en casos de que se logre rehabilitar al condenado, evitando de esa manera que se cometan nuevos delitos. Todo lo contrario, en el pasado solo tenía como fin castigar al transgresor sindicado o condenado (pág., 714).

Lógicamente, lo primordial del Derecho Penal es brindar esa protección jurídica a los bienes jurídicos que el Legislador ha considerado más importantes de proteger como la vida, la salud, la libertad sexual, seguridad de la persona, la propiedad entre otros, para mantener la paz social. La teoría de la prevención especial va dirigida al que delinque y la teoría de la prevención general a la sociedad (colectividad) a través de la imposición de la pena, como una forma de persuasión para los que no han cometido delitos.

La pena es la respuesta a un determinado injusto penal que fundamenta el merecimiento y la necesidad de su aplicación al responsable de la comisión de un delito por el hecho imputado en la norma penal, como compensación al daño causado. Es al Derecho Penal al que compete establecer los delitos penales y las sanciones penales por la transgresión de las conductas ilícitas. Por lo que

conocemos al Derecho Penal *prima facie* tiene el carácter de sancionador o represor, encausando tal conducta en una determinada dirección (hecho previsto) y estipular que pena ha de cumplir.

Es sinónimo de garantía para que los que quebranten la ley sean penados. De esta forma, se asegura el goce efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala. Entre estos derechos fundamentales, la protección a la persona; es deber del Estado de garantizar a los habitantes de la República de Guatemala la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral, el derecho a la justicia, la igualdad y la libertad de acción.

2.5.2 Teoría de la Prevención Especial

La prevención especial se debe al autor Carlos Grolman, considerado como una figura jurídica que hace referencia a los efectos jurídicos que tendría la aplicación de una pena en el individuo al que se dirige, como autor individual, por la infracción delictiva que ha cometido. Su fin conlleva como objetivo evitar la comisión de nuevos delitos. Roxin (1997) expone que la teoría de la prevención especial sigue el principio de resocialización. Aunque esta teoría fue arrinconada por la teoría de la retribución con la escuela sociológica, cuyo portavoz fue Franz Von Liszt, la teoría de la prevención especial se reavivó actuando de tres modos: a) asegurando a la comunidad frente a los condenados mediante el encierro de éstos; b) intimidando al autor mediante la pena, para que no incurra en futuros delitos; c) preservándole de la reincidencia mediante su corrección. La función preventiva del Derecho Penal se refería a la fuerza obligatoria de un precepto imperativo (norma) frente al autor (págs., 86-87).

En síntesis, sus fines son proteger a la sociedad de los privados de libertad mediante la reclusión y condena, coaccionar al sindicado por medio de la pena y evitar que reincida en el delito, mediante la rehabilitación o corrección.

2.5.3 Teoría de la Prevención General o Absoluta

Zaffaroni (2012) se pronuncia argumentando que en esta clase de prevención sociedad es la destinataria encaminada a mantener la fidelidad de la ley para atemorizar a la población vulnerable. Que la intimidación que produciría la pena, desde el punto de vista del ente racional que siempre hace un cálculo de costos y beneficios (teoría positiva) refuerza la confianza en el sistema social en general. Reconoce que el poder punitivo no cura las heridas de la víctima, ni retribuye el daño, sino que hace mal al autor, pero que ese mal debe entenderse como un proceso comunicativo ideológico, por la creencia de que la pena es un bien para la estabilidad de la sociedad y del derecho. La prevención general negativa, como la más difundida en la opinión común, asegura, es la menos defendida por la doctrina; trata la eliminación física, neutralizar al autor, ocurrido el delito (pág., 38).

De lo anterior se puede inferir que el ser humano, con su poder de raciocinio, tendría que pensar antes de actuar. Esta teoría es dirigida a la sociedad en general como un todo. De cierta forma, es una advertencia de los efectos que tiene la regulación normativa en la sociedad a la que va destinada, para mantener el ordenamiento jurídico intacto libre de criminalidad, mediante la intimidación de la pena, por el mal uso de la libertad.

En relación con esto, Bacigalupo (1999) menciona que la concepción absoluta o general fue representada por Feuerbach. Se diferencia de la prevención especial, en la medida que la Política Criminal funcione en un país que incida en el sindicado para que no vuelva a delinquir, por medio de procedimientos de inocuización (neutralizar el peligro por medio de medidas de seguridad) corrección y reeducación o resocialización (págs., 61-63).

Por su parte, Roxin (1997) refiere que esta teoría, si bien trata la prevención de delitos como consecuencia la pena, no debe actuar especialmente sobre el

condenado, sino sobre la comunidad. De ahí viene su denominación de prevención general que busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico, teniendo la pena la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico y la confianza jurídica del pueblo. En la actualidad, se acostumbra atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio, es el aspecto positivo de la prevención general. El autor cita Feuerbach, quien derivó su doctrina de prevención general de la llamada «teoría psicológica de la coacción». Se imaginaba el alma del inculpaado potencial que había caído en tentación que lo empujaba a cometer el delito. Para él, el fin de infligir la pena está en la motivación de la eficacia de la amenaza legal (págs., 87-91).

La crítica Zaffaroni (2012) a la prevención general es negativa, por el hecho de que se dirige a personas que no delinquen, para que no cometan delitos en el futuro, basado en la intimidación que produciría la pena en el raciocinio del cálculo de los costos y beneficios; que lo pensaría antes de delinquir; por lo que le costaría su acción delictiva (pág., 40).

En conclusión, la teoría absoluta o de prevención general de la pena lleva la advertencia a la colectividad de respetar el ordenamiento jurídico, por medio del mensaje psicológico, el deber de abstención de cometer delitos, porque habrá consecuencias legales por el mal comportamiento de las personas en sociedad: la imposición de la pena la privación de libertad y lo que encierra el proceso en costos. La prevención especial dirigida hacia el autor del delito, constreñirlo por medio de la pena, por el delito cometido y evitar que continúe.

2.5.4 Teoría de La Retribución

Roxin (1997) denomina a la teoría de la retribución como teoría de la justicia, de la expiación. La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino que mediante la

imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y se expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. La concepción de la pena como retribución compensatoria es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad. “La pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense” (pág., 81).

En esta teoría está presente el antiguo principio de talión (ojo por ojo, diente por diente (venganza privada). Que ha sido desplazado culturalmente por la pena estatal, con el propósito de mantener la paz social. El autor cita a Kant y a Hegel quienes sustituyen el principio de Talión en la teoría de la retribución que se ha impuesto durante los siguientes 150 años por la idea de la equivalencia del delito y de la pena y no reconocen las teorías preventivas como intimidación y corrección (pág., 83).

2.5.5 Teorías Unificadoras Retributivas

De nuevo Roxin (1997) expone que estas teorías fueron dominantes y que hoy en día todavía son determinantes para la jurisprudencia. Es una combinación de las teorías antes descritas. Según este autor, la teoría de la retribución, la prevención especial y la prevención general son consideradas como fines de la pena que se persiguen al mismo tiempo. Lo decisivo, es en primer lugar, la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque junto a ello, también, el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de la corrección y el de aseguramiento, pasan a segundo plano. Recientemente, se mencionan a la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general, como los fines de la pena y se da a todas el mismo rango de importancia.

En síntesis, explica Roxin (1997) todas las teorías conllevan a que la pena es una retribución por el ilícito acaecido y una compensación por el daño causado por su autor. Porque, no obstante, se le ha prevenido de las consecuencias de no

respetar el ordenamiento jurídico y social con la pena prescrita para el delito; el autor ignora la ley y la desobedece (págs., 83-84).

2.5.6 Teoría Mixta

Es Roxin (1997) quien conceptualiza esta teoría de la siguiente forma:

La teoría mixta parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas, el contenido y los límites de la pena. El fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, imposibilitan una concepción unitaria de la pena, como uno de los medios de satisfacción social (pág., 99).

Menciona que la función de la teoría mixta o unificadora, debe consistir en anular y renunciar al pensamiento retributivo, desde el punto de vista más amplio de complementación y restricción. El fin de la pena debe ser de tipo preventivo. Tanto la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena, porque los delitos pueden ser evitados por medio de la influencia particular y la influencia colectiva. Roxin (1997) añade que “una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor, solo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una socialización forzada no tendría éxito ni sería admisible” (pág., 99).

2.5.7 Teoría Eclética

Para el autor Reyes (1999) estas teorías son un conglomerado de posiciones doctrinales que únicamente tienen como punto de contacto el esfuerzo común de conciliación de las teorías de la prevención especial, la prevención general y la del fin de la pena. Menciona, también, a la teoría psicológica, la caracterológica y la normativa.

2.5.8 Teoría Psicológica

La teoría psicológica se basa en la culpabilidad que debe hallarse en la conciencia y voluntad del acto realizado o la relación psicológica que corre en un hecho material y el individuo que lo ha cometido, como autor de la conducta en cuanto es obra suya.

2.5.9 Teoría Caracterológica

Si se da la teoría psicológica, es decir, la relación subjetiva entre el hecho y el autor y se determina la ordenación jurídica o consideración valorativa, surge esta teoría, que radica en el carácter social del autor, cognoscible por el acto cometido. Si la culpabilidad es el modo como se manifiesta la voluntad del individuo respecto a la conducta ilícita que ejecuta, teniendo como fundamento los motivos que lo impulsan a actuar y el estado síquico que hace posible el hecho ilícito, es esencia la expresión de las condiciones psicológicas de su carácter. Concluye que “la culpabilidad es una revelación de un defecto de carácter o de la personalidad del reo” (Reyes, 1999, pág., 6).

2.5.10 Teoría Normativa

Para Reyes (1999) esta teoría llamada «concepción normativa de la culpabilidad»:

[...] no constituye propiamente una concreta posición doctrinal, sino más bien, un conjunto de matices cuyo denominador común es el rechazo de las orientaciones psicologistas, la referencia del concepto norma y el evidente énfasis de la reprochabilidad de la conducta del agente (pág., 7).

En la teoría normativa, explica, lo único que cuenta es lo que está regulado en la ley. Si una conducta es antijurídica conforme a la norma penal establecida con anterioridad (tipicidad) hay un reproche contra su autor por su participación

delictiva (personal e individual) y se hace merecedor de una pena; es puramente de carácter objetivo o realista.

Es evidente que, independientemente, los representantes de cada una de las teorías mencionadas conceptualizan los fines de la pena de distintas formas; todas tienden a un mismo fin: evitar la perpetración de los delitos, naturalmente, con el único propósito de lograr la convivencia de la colectividad en paz. Mediante las descripciones de los delitos, cuyos bienes jurídicos prescritos son considerados más importantes para el Derecho Penal de proteger, los cuales atemorizan por medio de la pena.

2.6 La pena en el Delito de Violación

Eugenio Cuello (1975) relata que la pena al delito de violación en el Derecho Romano fue castigada con mucho rigor por la *Lex Julia de vi pública* con pena de muerte. En las leyes antiguas, este delito se castigó con la pena de muerte, con la declaración de enemistad que permitiera a los familiares de la víctima dar muerte al ofensor. El fuero real, siguiendo la corriente de severidad y para el efecto, señaló la pena capital. Solo en el caso de que la mujer hubiese sido desflorada, se cometía el delito de violación. Fue a partir de 1822 que los Códigos Penales abandonaron la pena de muerte por la privación de libertad (págs., 584.585).

En similares condiciones, en Guatemala, en el primer Código Penal, denominado Código de Livingston, este delito se castigaba con pena de prisión perpetua con trabajos recios.

La pena asignada al autor del delito de violación, de conformidad con el Decreto 9-2009, del Congreso de la República, en el artículo 28 que reformó el artículo 173, del Código Penal guatemalteco, actualmente vigente, la pena oscila entre ocho y doce años de prisión para quien, con violencia física o psicológica,

tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o quien introduzca objetos en cualquier parte del cuerpo, por cualquiera de las vías señaladas.

El segundo párrafo se preceptúa que se comete este delito en los casos en que la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aunque no medie violencia física o psicológica. En el tercero y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal, se estipula que la pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

La norma en sí, incluye al autor del delito de violación aun cuando no exista violencia física o psicológica, porque se trata de víctimas menores de catorce años de edad, por carecer de capacidad suficiente para discernir los alcances de este delito. Por la minoría de edad, no se está en condiciones de decidir sobre la sexualidad; son víctimas con incapacidad volitiva o cognitiva, sin que haya mediado violencia física o psicológica. Incapacidad volitiva o cognitiva hace referencia a que la víctima, en el caso de ser atacada sexualmente, no tiene el libre albedrío o libre determinación sexual; esa facultad de decidir con quién tener relaciones sexuales. En términos generales, es lo mismo que hablar de incapacidad mental. Aquí se involucra la falta de inteligencia para toma de decisiones o habilidad de comprensión para manejar situaciones que se presentan de manera sorpresiva.

No se tiene el conocimiento ni la capacidad de comprender o percibir los alcances de diversas situaciones que rodean a la persona; hay ausencia de capacidad para controlar los actos o autocontrol para dominar emociones causadas por esa incapacidad volitiva o cognitiva, a raíz de los trastornos psicológicos. Tal es el retraso mental (incapacidad intelectual, limitante y significativa) estrés, cansancio o nerviosismo, delirio por posible abuso de alcohol, estupefacientes o drogas.

2.7 Formas de incrementar la pena en delito

Cuando se incrementa la pena, se indica un endurecimiento de la pena en el componente sustantivo, propiamente la norma penal, que considera insuficiente la pena objetiva por el grado de intensidad que desarrolla el autor con su comportamiento agravado. Conducta que repercute en el propio sujeto activo y amplía el sufrimiento del condenado, postergando su incorporación en la sociedad a causa de su obra.

Según Pérez-Porto y Merino (2017) etimológicamente, la palabra «agravación» viene del latín *aggravatio onis* o *aggravantis*, que significa que se hace más grave, fruto de la concurrencia de varios componentes. El prefijo *ad* equivalente a *hacia*, el verbo *gravare*, sinónimo de «imponer un peso». El sufijo «nte» que significa el agente de la acción. La palabra «agravante» puede usarse como adjetivo o sustantivo; es un factor que incrementa la gravedad en Derecho Penal. Es la circunstancia o circunstancias previamente reguladas que son vinculantes al hecho, aumentando la responsabilidad penal del sujeto activo y hacen más grave el delito (Pérez y Merino, 2017).

Para Roxin (1997) en el hecho de medir la pena, de cierta, forma hay influencia del Derecho Penal de Autor, que la impone al juez, al tomar en consideración la vida previa del autor, sus circunstancias personales, económicas y su comportamiento posterior al hecho, previo a la pena especialmente agravada para sindicados habituales peligrosos (págs.,186-187).

El Decreto 9-2009 del Congreso de la República, artículo 30 reformó el artículo 174 del Código Penal así: agravación de la pena. La pena se aplicará aumentada en dos terceras partes cuando se den los presupuestos de que la conducta antijurídica descrita en el tipo penal. Se cometa por la acción conjunta de dos o más personas, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padezca de enfermedad, esté en situación de discapacidad física o

mental, o por encontrarse privada de libertad; se actuare con uso de armas o sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva; se cometa el delito en contra de una mujer en estado de embarazo o se produzca el embarazo como consecuencia del delito; en el caso de que el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de Ley, si, a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima y en el supuesto que el autor, fuere un funcionario, empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones (Código Penal, 1973).

Denota que el presupuesto enunciado en el inciso segundo del artículo relacionado, que se refiere a aumentar en dos terceras partes la pena en los casos que la víctima, fuera persona con discapacidad mental y discapacidad volitiva (inciso segundo). Este elemento o presupuesto legal se repite puesto que se encuentra incluido en el tipo básico artículo 173 del párrafo indicado, por la misma pena de prisión de ocho a doce años. Es evidente la colisión entre las dos normas: los artículos 173 y 174 del Código Penal. Se tiene una doble regulación, lo que se llama antinomia de ley, que es ilegal y violatoria a los principios de legalidad de proporcionalidad y humanidad de la pena, puesto que son conductas más violentas y por la ambigüedad que presentan dichas normas, no siempre se castigan esas conductas, lo que deviene en pena desproporcional e inhumana en relación con la afectación que se causa a la víctima. En el momento de imponer los aumentos, no todas las judicaturas los imponen, porque las normas son ambiguas.

2.8 Circunstancias agravantes

Enrico Ferri (2016) le otorga a las circunstancias agravantes la categoría de penas paralelas porque son más degradantes las conductas; por lo mismo, provocan que la pena se agrave. Surgen por la influencia de la biología y de la sociología criminal (ciencia que estudia el delito en cuanto al fenómeno social y los factores sociológicos que intervienen en su producción) (págs., 183-187).

Las circunstancias agravantes, que se les llama modificativas de la responsabilidad penal, aumentan la pena del autor del delito. Es importante mencionar que el legislador contempla una figura delictiva y le ha dado forma legal. Como respuesta al delito, surge la imposición de la pena que viene a ser parte esencial de la responsabilidad criminal y, para medir su graduación y proporcionalidad con el injusto que la norma prescribe, debe tomar en cuenta no solo la gravedad objetiva del delito, sino la concurrencia de elementos accidentales que puedan suponer una disminución o aumento.

Al referirse a las causas que modifican la responsabilidad penal, Cuello (1975) indica que, en todo hecho delictivo, la culpabilidad del agente puede observarse en tres gradaciones: una culpabilidad típica o normal; una culpabilidad agravada y una culpabilidad atenuada. El delito excede en gravedad a la media normal, cuando en su ejecución hay concurrencia de elementos indicadores de una culpabilidad más grave, que hace más temible y perverso al sindicado, un antisocial. Se hace más grave la culpabilidad en el delito, cuando atenta contra personas que requieren mayor o especial protección penal, por el respeto que deben inspirar las víctimas. Es una conducta delictiva agravada, por el modo empleado en la ejecución del mismo, es más violento. Con ello disminuye la posibilidad de defensa de la víctima, aumentando el daño social y la peligrosidad (premeditación alevosía, motivos fútiles o abyectos).

Entre las circunstancias agravantes de la culpabilidad, destaca por su trascendencia, la circunstancia especial de peligrosidad, la reincidencia igual a recaer *recidere*, situación del individuo que después de haber sido juzgado y condenado por un delito, comete otro u otros en determinadas condiciones. Agrega el autor que cuando el sindicado comete un delito de distinta clase al anterior por el que fue juzgado y condenado, su reincidencia se denomina «genérica»; si se tratare de un delito de igual naturaleza que el anterior se denomina «específica». Esta circunstancia de persistencia en el delito (reincidencia) ha originado agravación de la pena, apareciendo el sindicado como un infractor más perverso de la ley penal.

La reincidencia hace que la pena ordinaria sea insuficiente para el nuevo delito. Los criminalistas modernos sostienen que no es factible considerar al sindicado o condenado reincidente, como un sindicado ordinario. Se debe sopesar que no siempre es un infractor crónico peligroso de la Ley Penal. Puede ser que sea producto de un influjo ocasional, pasajero y cita como ejemplo una situación económica angustiosa. Su valoración y tratamiento es actualmente uno de los problemas más graves entre los planteados en el Derecho Penal moderno (págs., 571-574, 594-595).

En el presente caso, la norma refiere las circunstancias agravantes que el Código Penal guatemalteco, en el capítulo II, tiene estipuladas como tales en el artículo 27, las cuales, por prescripción legal del Juez o Jueza, al hacer el cómputo no pueden omitir. Debe apreciar y tomarlas en cuenta en el momento de graduar la pena a imponerse, deviniendo una responsabilidad típica o normal. Una responsabilidad atenuada y una responsabilidad agravada, claro está, son inaplicables cuando dichos elementos sean parte del delito.

2.8.1 Motivos fútiles y abyectos

Se comprende por motivo fútil cuando el sindicado actúa en forma delictiva demostrando sentimientos de desprecio, poca o nula importancia por la víctima. Se percibe el motivo abyecto en caso de que el imputado demuestre poco aprecio por la víctima, sea vil en extremo (bajo, torpe, indigno e infame, entre otros) humille y hiera a la víctima. Que muestre una falta evidente o vulnere la confianza que la víctima ha depositado en el sujeto activo del delito.

2.8.2 Alevosía

El sindicado es cuidadoso para asegurar la perpetración del delito. Sin riesgo alguno, ataca a traición con deslealtad o perfidia. Quebranta la fe, la confianza, creencia religiosa o confianza en la autoridad pública, empleando medios, modos o formas que aseguren su ejecución, sin que la víctima tenga la menor posibilidad de defenderse. Es despreciable, haciendo imposible que la víctima evite el hecho. Se observa cuando el sujeto se asegura de cualquier de lograr su objetivo a costa de lo que sea.

2.8.3 Premeditación

El imputado se propone cometer el delito, tomando en consideración las consecuencias de sus actos, antes de ejecutar el hecho. Los actos externos realizados dan la pauta de que el autor, con suficiente antelación, pensó, planeó y organizó el delito antes de ejecutarlo de manera fría y reflexivamente. Ha realizado toda conducta calculando la ejecución, evitando ser sorprendido; le ha llevado tiempo pensarlo y planearlo, logrando el éxito.

2.8.4 Aprovechamiento de calamidad

El autor aprovecha alguna calamidad eventual (terremoto, ciclón, naufragio, incendio, entre otros) para ejecutar el delito. En tanto hay sufrimiento generalizado por el infortunio, aprovecha el momento para beneficiarse con su delito.

2.8.5 Abuso de superioridad

El autor aprovecha las circunstancias de superioridad física y mental, condiciones que le facilitan como sujeto activo para la comisión del delito.

2.8.6 Ensañamiento

El sujeto activo aumenta de forma pensada, deliberada o de propósito, el dolor o sufrimiento de la víctima. Su conducta es despiadada; no siente ninguna clase de remordimiento, compasión ni respeto por la víctima. Es una persona perversa, sin escrúpulos, deshumanizado y antisocial.

2.8.7 Preparación para la fuga

El sindicado hace uso de vehículo o cualquier otro medio que le asegure la fuga.

2.8.8 Artificio para realizar el delito

El autor, al cometer el delito, emplea astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño, para facilitar la ejecución del delito, ocultando su identidad.

2.8.9 Cooperación de menores de edad

El sindicado utiliza menores de edad para cometer el delito.

2.8.10 Interés lucrativo

El sindicado ejecuta el hecho mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

2.8.11 Abuso de autoridad

Hace mal uso de su autoridad por poder inherente al cargo, ministerio, oficio, profesión que ostente o haya tenido, aprovechando sus funciones para cometer el delito. Esta clase de delito es propio de funcionarios y empleados públicos, según lo tipifica el artículo 418 del Código Penal.

2.8.12 Auxilio de gente armada

Comete el delito con el auxilio de una o más personas armadas, que aseguren o proporcionen impunidad.

2.8.13 Cuadrilla

Se da cuando el autor ejecuta el delito con la participación de más de tres personas. El sindicado ha deliberado su acción; el delito se ha planificado con antelación.

2.8.14 Nocturnidad y despoblado

El sindicado comete el delito de noche o en terreno despoblado; aprovecha estas circunstancias conjuntas o separadas, según la naturaleza del delito.

2.8.15 Menosprecio de Autoridad

El sujeto actúa con irrespeto a la autoridad, ofendiendo o menospreciando a la autoridad, en el lugar donde ejerce sus funciones.

2.8.16 Embriaguez

El individuo se embriaga, se droga o intoxica con cualquier sustancia (alcohol, gas, benzol) que le provoque exaltación y enajenación del ánimo para ejecutar el delito. Es una forma de darse valor en su acto criminal. Es una acción deliberada, puesto que ha sido pensada para cometer el ilícito, es decir, la ingesta excesiva de bebidas alcohólicas o drogas, produce una perturbación pasajera.

2.8.17 Menosprecio del ofendido

El imputado ejecuta el delito con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, enfermedad o condición de incapacidad física o penuria económica de la víctima.

2.8.18 Vinculación con otro delito

El sujeto comete el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, para evitar o impedir su descubrimiento.

2.8.19 Menosprecio del lugar

El individuo ejecuta el delito en la residencia o lugar donde habita la víctima.

2.8.20 Reincidencia

Luego de ser condenado (en sentencia ejecutoriada, por delito anterior) comete un nuevo delito en el país o en un país extranjero, habiendo cumplido o no

la pena. En este aspecto, hay una limitante a la reincidencia y a la habitualidad. No existe tal reincidencia en delitos dolosos y culposos; entre delitos comunes y puramente militares, entre delitos comunes y políticos. Deja facultad al juez apreciar o no la reincidencia en cuanto a delitos políticos, en atención a las condiciones personales del responsable y circunstancias especiales en que se cometió el delito. (Código Penal, 1973). El artículo 34 del Código Penal establece que, transcurridos diez años entre la comisión de uno y otro delito, no se toma en cuenta la condena anterior.

2.8.21 Habitualidad

Esta circunstancia se da cuando el agresor, luego de haber sido condenado por más de dos delitos anteriores, ya sea en el país o en el extranjero, reincide en la comisión del mismo u otros delitos. Demuestra su inclinación dolosa por delinquir. Vive en el delito por una necesidad congénita. Según Ferri (2016) la prisión es insuficiente para los imputados habituales; deben ser segregados por tiempo indefinido (pena indeterminada) hasta que demuestren un mejoramiento efectivo (págs., 266, 267). El sindicado habitual se hace merecedor a una sanción con el doble de la pena, según el inciso 24 del artículo 27 del Código Penal. Así pues, el artículo 33 señala la aplicación de medidas de seguridad para el imputado habitual. Es de notar que el artículo 34 del mismo cuerpo legal, regula la prescripción en cuanto a que, transcurridos diez años entre la comisión de uno y otro delito, no se tomará en cuenta la condena anterior, haciendo la aclaración de que no se computará en dicho término, el tiempo en que el condenado permanezca privado de libertad o en detención preventiva.

2.9 Circunstancias especiales de agravación

Las circunstancias especiales de agravación son formas modificativas de la responsabilidad penal, que expanden los límites de la pena y debilitan la pena ordinaria, haciéndola insuficiente. Las circunstancias especiales son actuaciones

perversas que el individuo o sujeto activo ejecuta en su delito y que incrementan la pena. En ocasiones, la pena es aumentada al doble; consecuentemente, las circunstancias provocan mayor sanción, como consecuencia de las acciones violentas del autor.

En relación con las circunstancias especiales de agravación, en el artículo 195 Quinquies del ordenamiento sustantivo penal guatemalteco, aumenta la pena en dos terceras partes si la víctima fuera adolescente, sin haber cumplido la mayoría de edad y si tiene más de catorce años de edad; en tres cuartas partes si la víctima fuera de menos de catorce años y con el doble de la pena si la víctima fuera de menos de diez años.

Las circunstancias especiales de agravación son dirigidas a castigar el delito de violación con mayor rigor punitivo, porque las conductas delictivas son más intensas y dañinas. El delito ataca a víctimas que necesitan mayor protección familiar, social y legal; son personas con limitaciones físicas y psicológicas. Son más vulnerables económicamente o carentes emocionales. En ocasiones, las víctimas carecen de cuidado del padre o de la madre y reciben sobornos o recompensas por la pobreza económica.

Hay problema jurídicamente; se refleja doble regulación en la penalización de este delito, en el momento de computar la pena a imponer. Que el legislador, en su intención de castigar con proporcionalidad ese tipo de conductas ilícitas que hacen más daño, como es el caso en el que el delito sea cometido contra víctimas adolescentes, niñas y niños. Por ello, se plasmó en las normas penales en relación con los aumentos que debe sufrir la pena (artículo 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República) porque la norma contenida en el tipo penal básico, artículo 28 del citado decreto (173 segundo párrafo del Código Penal) ya tiene señalada la pena de prisión que oscila de ocho a doce años contemplando las circunstancias especiales señaladas por minoría de edad de la víctima. Lógicamente, se entiende, desde meses de nacida hasta los catorce años límite.

Se evidencia la falencia del legislador, contradicciones conocidas como antinomias de ley y redundancia de los mismos elementos entre ambas normas.

Hay reiteración y ambivalencia en la prescripción normativa, irrespetando los Principios de Legalidad y de Seguridad Jurídica que exigen que la ley sea clara, sin ninguna clase de ambigüedad ni contradicción comprensible para el condenado y al administrador de justicia, en su caso, el juez sentenciador, a quien corresponde la ponderación y medición proporcional de la pena.

En el artículo 28 del Código Penal se estipula un agravante especial de aplicación relativa, reformado por el artículo 1 del decreto 62-80 del Congreso de la República, en el supuesto de que el autor, con abuso de autoridad por la confianza que el Estado ha depositado en él, sea jefe o agente encardado del orden público, cometiere delito contra personas o sus bienes. En este caso, se le impondrá la pena asignada por ley, aumentada en una cuarta parte. Así también, fue adicionado por el artículo 1 del decreto 31-2012 del Congreso de la República, de manera específica y cita dicho aumento referido para los funcionarios o empleados públicos.

El Código Penal también incluye, en el artículo 31, circunstancias mixtas que el Juez Penal Sentenciador está obligado a apreciar como atenuantes o agravantes, según la naturaleza del delito, los móviles y efectos, como el grado de parentesco por afinidad entre el ofendido y el autor del ilícito, cónyuge, o concubinario, parentesco de consanguinidad o de relaciones de amistad, respeto, gratitud, dependencia u hospitalidad.

2.10 Ventajas y desventajas de agravar la pena en el delito de violación

2.10.1 Ventajas

Dentro de las ventajas que se obtienen al agravar la pena en el delito de violación, se consideran:

- a) Disuadir la acción delictiva (apariencia) por medio de mayor prevención especial-general y dignificación de la víctima con un encierro más prolongado del victimario. De cierto modo, esto representa una satisfacción más profunda para la víctima y para la familia; un respiro o paz al saber que no volverá a ser atacada por el agresor, porque este está privado de libertad, por más tiempo, con la creencia de que rectifique su conducta. Un aspecto subjetivo, de tipo moral por ser una actitud de consuelo para la víctima, por el mal que causado. Podría decir, una aparente satisfacción pues el daño que se le causa a la víctima de violación es una marca de por vida.

- b) Mayor protección al bien jurídico tutelado, aislando por más tiempo al procesado: se plasma la teoría retributiva o expiación a la prolongación del encierro en una cárcel (castigo mayor) por ser un peligro latente al convivir en sociedad, evitando así el delito y la propensión a hacer daño a la sociedad. Así también, un modo de ofrecer estabilidad y seguridad emocional a la víctima y a su familia, como medio de defensa social y protección de las personas frente al inculcado peligroso.

- c) Mayor control para el sindicado: se ve reflejado el Derecho Penitenciario. Mayor reclusión, con el propósito de instar al agresor para que colabore, si desea redimirse mediante trabajo y buena conducta, sometiéndose a terapias psicológicas, morales, laborales y educativas para mantenerlo ocupado, cambiando su forma de vivir e inculcándole respeto y amor a sus semejantes.

- d) Reforzar los mecanismos de protección ciudadana: como un medio de defensa o protección de tipo social, combatiendo el delito con mayor privación de libertad, como parte de la Política Criminal. Una reacción por creencia errónea de disuasión contra la delincuencia y una extensa protección ciudadana.

- e) Mayor intimidación para el infractor de la ley penal: un mensaje para el potencial sindicado como prevención general o advertencia, y una prevención especial para el procesado que ha sido condenado por violar la ley. La intimidación como un conducto por medio del cual la pena severa intenta satisfacer la función preventiva.

Todo lo anterior permite diferenciar las violencias concretas. Admite diferenciar de manera precisa formas de violencia practicadas por un hombre sobre una mujer que es, o fue su pareja sentimental; permite distinguir si la violación es agravada al incorporar injustos adicionales cometidos en contra de adolescentes, niñas y niños y otras personas vulnerables como víctimas con incapacidad física o mental, en estado de embarazo, adultos mayores, personas discapacitadas, que aumentan la violencia (Fundesa, 2018).

2.10.2 Desventajas

- a) Mayor erogación para el Estado: menoscabo económico, lo que implica alimentar por más tiempo al privado de libertad. Más recursos para el mantenimiento del reo lo que conlleva no solo erogación para alimentación, sino también techo (crear más edificios de reclusión) servicio psicológico, médico, social y seguridad. Mayor cantidad de personal, así como profesionales en medicina y psicología. Los agentes custodios no cuentan con salarios adecuados y son insuficientes para controlar una cantidad muy grande de reclusos.
- b) Hacinamiento o colapso penitenciario: crece la población reclusa y el Estado es impotente ante la falta de establecimientos carcelarios; no hay suficiente espacio para recluir al condenado.
- c) Peligro de que se amotine la población reclusa: lamentablemente, la unión causa la fuerza. En este sentido, es perjudicial que los reos se subleven, por indignación ante las condiciones infrahumanas en las que se

encuentran hacinados. En ocasiones, esto causa la muerte de personas inocentes, como agentes de seguridad o bien pone en peligro a las personas que laboren en los centros penales o a los visitantes.

Auge de la delincuencia: el hecho de agravar la pena no ha servido para nada en el combate de la delincuencia. Las estadísticas indican que no se ha podido controlar ni frenar la delincuencia; todo lo contrario, ha crecido la población reclusa y se sigue causando daño a la sociedad (Fundesa, 2018).

2.11 Génesis de la Ley Contra la Violencia Sexual respecto a los aumentos en la pena del delito de violación

Cabe mencionar que las agravaciones a la pena se originan en la Iniciativa de Ley con número de Registro 3881, propuesta por la entonces diputada Zury Ríos en el año 2008. En su exposición de motivos para sustentar la emisión de dicha Ley, arguyó que Guatemala es el único país de la región centroamericana sin adecuar su legislación al respecto. Que, por la misma razón, Guatemala se había convertido en un paraíso de impunidad para la trata de personas y violencia sexual y que debido a su ubicación geopolítica se encuentra en la grave condición de ser un país de origen, destino y tránsito de víctimas para tales hechos. A pesar de los compromisos asumidos al haber ratificado y aceptado los Convenios y Tratados Internacionales, el fenómeno criminal en esta clase de delitos sigue siendo muy preocupante y se lesiona gravemente los Derechos Humanos (Párr., 1-4)

Ríos expuso que las estadísticas no reflejaban (aún no lo hacen) la dimensión real de la problemática en delitos de trata y violencia sexual, por el alto nivel de clandestinidad en la que ocurren los delitos, así como por la falta de capacidades institucionales tanto preventivas como investigativas, falta de atención y protección a la víctima. El Estado participa en la revictimización en lugar de constituir una correcta y eficaz reintegración en la sociedad. Con la ley en

mención, se pretende prever un sistema de tutela integral para víctimas de estos hechos, cuyo propósito es la prevención del delito. La Ley está destinada a la sensibilización y formación de capacidades institucionales e implementación de medidas tendientes a erradicar el fenómeno criminal, provocando cambios sustanciales en la sociedad y cumpliendo con el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar los delitos, en una función operativa, creando mecanismo y herramientas que faciliten el cumplimiento de dichos objetivos. La Iniciativa de Ley buscaba dar un enfoque y abordaje al Derecho Penal en sus funciones preventivas y reeducativas con la finalidad de combatir el hecho criminal y la tutela judicial efectiva, la protección legal, económica, psicológica, social de la víctima y la reparación por el daño sufrido. (Dirección Legislativa).

Es de tomar en cuenta la apreciación de Roxín (1997) en cuanto a la posición del legislador de establecer normas jurídicas tendientes a la protección de los bienes jurídicos; en ese escenario, el legislador se encuentra sujeto a límites rigurosos de presión social. La idea de subsidiaridad, es decir, socorrer a la sociedad, ante la inminente puesta en peligro de dichos bienes jurídicos, deja al legislador un margen amplio de juego a su libre arbitrio en la imposición de penas (pág., 67). No obstante, las agravaciones a la pena en el delito de violación, contempladas en el Código Penal guatemalteco vigente crean más figuras delictivas y aumentan la pena en el delito de mérito. Esto no ha servido de nada y por lo tanto el Estado está perdiendo la batalla frente al desenfrenado actuar de la delincuencia. Se considera que el legislador guatemalteco, para establecer las múltiples agravaciones a la pena en el delito de violación, pudo ampararse en los incisos detallados a continuación.

2.11.1 La impotencia del Estado

La impotencia del Estado en crear una Política Criminal efectiva e inmediata al combate de la delincuencia. En el tema económico, el Estado no tiene interés en disponer fondos para invertir en programas. En las aldeas no existen

establecimientos educativos; hacen falta escuelas. El Estado no se ocupa del todo de la crisis delincencial. Los habitantes se sienten solos e indefensos, sobre todo vulnerables ante el crecimiento desmedido de la delincuencia y el temor de estar expuestos a cualquier transgresor de la Ley Penal que origine intranquilidad social. La sociedad guatemalteca es una sociedad vulnerable al crimen, pidiendo auxilio, sin ser escuchados (a merced del infractor penal) (Fundesa, 2018).

2.11.2 Inseguridad ciudadana

Ante la inseguridad y falta de control, los ciudadanos reclaman leyes más severas. Claro está, en respuesta a ese clamor y como muestra aparente de que las autoridades están trabajando en bien de la colectividad, el legislador se congratula con la ciudadanía, creando mecanismos de protección o defensa social, estipulando penas más drásticas para silenciar a la población.

Erradamente, la población cree que si quienes delinquen están más tiempo privados de libertad en una cárcel, se está avanzando con el problema de la delincuencia. En la realidad, se sabe que no es así: es una acción politizada que no ayudará en nada a disolver la criminalidad.

2.11.3 Proteger a las personas con discapacidad física o mental

Dado que estas personas se encuentran en una situación próxima o susceptible de vulnerabilidad, llevan la desventaja ante el victimario, lo que hace imposible la resistencia de las víctimas. Personas que merecen ser consideradas y respetadas por su condición indefensa, y que por su mismo estado es menos la posibilidad de resistencia (ancianos, adolescentes, niños, niñas o personas discapacitadas). En las personas discapacitadas física o mentalmente, existe la limitación que es aprovechada por el victimario, a causa de la impotencia de la víctima de ejercer algún tipo de oposición o defensa material.

2.11.4 Adolescentes, niñas y niños

Este es otro motivo fundamental *a priori*, que pudo haber tenido el legislador guatemalteco, porque durante los últimos años los niños, niñas y adolescentes han sido más acechados por el delito de violación. Siendo la niñez y la adolescencia dos etapas cruciales en el desarrollo físico, social, psicológico y moral de las personas, son más afectados por el delito que una persona adulta por la falta de madurez física y mental para comprender el ilícito. Por ello, se les caracteriza como personas más débiles o vulnerables, circunstancia que los hace proclives al acecho de los antisociales o faltos de escrúpulos; son presa fácil por su ausencia de defensa, o se encuentran en pobreza económica, por lo que se recompensa a la víctima para que ceda y guarde silencio. Las secuelas del delito pueden ser determinantes para que se vuelva un círculo repetitivo. Se ha demostrado que los adolescentes o niños que han sufrido abuso sexual, en el futuro, son proclives a ser violadores; la afectación es mayor en casos de antecedentes de agresión. El daño que ocasiona el delito de violación en un niño, puede marcarlo de por vida. No es fácil de asimilar; necesita de apoyo y amor de los padres, apoyo psicológico, moral y social (Fundesa, 2018).

Por la limitante etaria no tiene el desarrollo físico o mental, lo que hace imposible ejercer cualquier clase de defensa. Esta condición lo hace mayormente vulnerable, circunstancia por la cual merece que la ley le proteja, castigando drásticamente a los agresores sexuales, atendiendo el interés superior del niño.

CAPÍTULO 3

3. Principios de Proporcionalidad y de Humanidad de las penas

3.1 Principio de Proporcionalidad de las penas

¿Qué se comprende por proporción? Cabanellas (1979) define proporción como la “disposición adecuada entre las partes y el todo, entre los integrantes o componentes de algo. Oportunidad, ocasión, coyuntura. Tamaño o dimensiones. Escala, correlación entre cantidades. Porción, prorrata” (pág., 479).

En opinión de Villaverde (2018) el Principio de Proporcionalidad es “la imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental, examinado en cada caso, constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales” (pág., 182). El autor expone que, en ocasiones, no basta con establecer e imponer esos límites para encontrar la regla jurídica concreta por la que se resolverá al final determinada conducta, es o no objeto del derecho fundamental. La exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio que exige el derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, es decir, el bien jurídicamente protegido que se garantiza con el límite, una vez probada la conducta ilícita, concluye.

Lo anterior quiere decir que ese derecho fundamental esté plasmado en la norma jurídica vigente como delito y señalada la pena por su contravención. En este sentido, si la ley no prescribe la conducta como ilícita, no es delito. Así también, la finalidad última de este principio es evitar que el Estado, en sus facultades de intervención, sea en lo esencial y sin excesos: esa es la protección constitucional. Por tal motivo, el poder público, conforme a este principio constitucional no es autónomo, tiene límites en la fijación de la pena. El legislador no puede actuar en su libre albedrío. Tiene prohibida la autoridad judicial, el actuar con arbitrariedad.

La forma universal de entender la proporcionalidad es con base en el concepto autorizado por el Diccionario de la Lengua Española (DLE) que define proporción partiendo del latín *proportio ónis*, es decir, disposición u oportunidad para hacer o lograr algo.

En el presente caso, se observa que en las definiciones legales anteriores concuerdan en que debe haber adecuación justa y oportuna entre una y otra cosa que se relacionen entre sí. En cuanto a la materia penal pertinente, el principio de proporcionalidad se ve reflejado si hay una sentencia condenatoria en la cual la pena es apropiada en correspondencia con el mal que se ha producido. Es decir, según la gravedad del ilícito y la afectación resultante desde la perspectiva del bien jurídico protegido lesionado o puesto en peligro. En ese sentido, es posible concluir que la sanción es respetuosa y digna en cuanto a si la pena impuesta es proporcional al sufrimiento que el delito causa en la víctima.

Si el delito se castiga de acuerdo con las formas agravadas que conlleva la acción, se ve reflejada la proporcionalidad porque corresponde legal y humanamente a la infracción, lo cual significa que la administración de justicia es ecuéanime, porque no hay exceso ni insuficiencia en la pena impuesta. Por el contrario, es razonable y justa.

Lo anterior, en cumplimiento debido de la ley nacional e internacional, exige que se fijen las penas en correspondencia con el delito cometido y a la afectación producida en la víctima.

Así, Alexy (2018) expone al respecto a proporcionalidad, con la fórmula del peso, en dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción (hay mucha investigación) y la ponderación (hay mucho que responder). Sostiene que hay tres problemas básicos: a) estructura: la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad; es el problema central de la ponderación del derecho. b) Racionalidad: en cuanto más racional sea la ponderación, más

legítima será la práctica de la ponderación. Si al analizar la ponderación revela arbitrariedad, entonces sería cuestionable su racionalidad así como su legitimidad en la jurisprudencia constitucional y; c) legitimidad: la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de la racionalidad. (págs., 1-5).

Al referirse al Principio de Proporcionalidad, Villaverde (2004) avoca los límites de los derechos fundamentales o constitucionales, por la posible colisión con otros derechos, bienes o intereses. Las técnicas de resolver esos conflictos son por medio de la ponderación, concordancia práctica, razonabilidad y proporcionalidad. Cuando se pondera, es necesario distinguir cuál de los dos derechos debe merecer en el caso concreto, una protección preferente (págs., 175-177).

Es pertinente comentar que la proporcionalidad consiste en ponderar, de conformidad con la razón, la violación al interés jurídicamente protegido en la norma que prescribe la conducta típica objetiva, antijurídica, tipificada y punible. En el caso de mérito, el Estado protege la libertad e indemnidad sexual y el daño que causa la acción delictiva a la víctima.

Por su parte, Alexy (2008) centra su teoría en reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden adoptar una forma categórica, por ejemplo, la prohibición absoluta de tortura. Si una regla tiene, validez es aplicable, es un mandato definitivo de debido cumplimiento. Consecuentemente, las reglas son normas que siempre pueden o no cumplirse, por lo que los principios son mandatos de optimización, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de posibilidades fácticas sino jurídicas (reglas y principios). Expone que la diferencia entre normas y principios radica en que los principios implican relación con el Derecho Constitucional Material, el Principio de Proporcionalidad con sus tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por la optimización de

posibilidades jurídicas; así, la ponderación (es lo que interesa al Derecho Penal). El núcleo de la ponderación es la ley de la ponderación. Añade que “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2018, pág., 13). Concluye con que los derechos y libertades pueden colisionar y que la forma de solucionar esta clase de problemas es acudiendo a la proporcionalidad y a la ponderación entre los derechos en conflicto. Sugiere la escala tríadica para la valoración o ponderación, las expresiones: “leve, medio y grave” (pág., 17).

Al hacer alusión al Principio de Proporcionalidad de las Penas, se hace patente la prohibición del exceso que marca un inicio en la ponderación o determinación razonable, consciente y humana de la imposición de la pena al responsable. El delito que es objeto de este estudio, en cuanto se ha descrito el tipo penal de violación correspondiéndole la sanción que cita la norma jurídica de conformidad con el *modus operandi*, es de imaginarse que el legislador y los expertos en criminología, sociólogos, psiquiatras forenses y conforme al conocimiento del Derecho Penal, ha fijado la pena sin desnaturalizar la misión de dicha sanción.

El Principio de Proporcionalidad goza de carácter constitucional, tiene supremacía sobre el Código Penal y Procesal Penal, por lo que su aplicación es necesaria y obligatoria en la caracterización o fijación del mínimo y máximo de la pena para los delitos. Esto implica certeza en que, si bien el Principio de Proporcionalidad de la pena tiene por finalidad limitar el *ius puniendi*, también es sinónimo de justicia porque implica razonabilidad y prohibición de exceso en la utilización de sanciones encaminadas a restringir la libertad individual de los penados, limitando su uso a lo imprescindible, considerando no solo la gravedad del delito sino el grado de afectación que causa el hecho criminoso.

En el Derecho Penal, las normas jurídicas en un estado de derecho llevan como único propósito la protección de los bienes jurídicos frente a las lesiones o peligros ante tales normas. Por esa razón, las penas a imponer deben justarse a la magnitud del daño causado. Naturalmente, este principio va de la mano con el principio de responsabilidad. El primero es de naturaleza subjetiva y el segundo es de naturaleza objetiva, pero ambos son referentes a tener en cuenta para la exacta individualización de la pena.

La pena en sí, debe ser una compensación justa al grado de responsabilidad del autor y a la gravedad intrínseca del delito. Entonces, se concluye que de estos dos principios parte la imposición de la pena en la lesión o posible puesta en peligro de los bienes jurídicos que el legislador ha decidido proteger en la prescripción jurídica legal, el delito en sí.

Como indica Beccaria (2012) en cuanto a la proporción entre los delitos y las penas, no solo es de interés común para que no se cometan delitos, sino que estos sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. El placer y el dolor, como motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impulsan a los hombres, aún las más altas ejecuciones fueron destinadas por el legislador, del premio y la pena de la inexacta distribución de éstas, nacerán la contradicción y el que las penas castiguen los delitos de los que han sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden de forma desigual a la sociedad, los hombres no encontrarán estorbo u obstáculo para cometer el delito mayor, cuando encuentren mayor ventaja en este. Beccaria asume que en ese caso, existe total desproporcionalidad de la pena. Se refiere a los errores en la graduación de las penas, afirmando que la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación. Por esto, asegura, han errado los que creyeron que esa era la intención de quienes cometían los delitos. La disposición interior de la mente, que varía en todos los sujetos, las pasiones de las circunstancias en que se den los delitos. A veces, concluye Becaria (2012) los hombres con la mejor intención causan el mayor mal a la sociedad y en otras

ocasiones con mala intención hacen el mayor bien. Otros miden los delitos mediante la dignidad de la víctima, a cambio de la importancia respecto al bien público (págs., 18-21).

Para Garófalo (2012) en cuanto al sistema clásico, debe tenerse en cuenta la proporción entre la cantidad de la pena y la cantidad del delito. La enunciación de este principio parecerá satisfactoria, pero una observación poco profunda pondrá al descubierto su escasa solidez, pues al considerar los dos términos se podrá advertir la imposibilidad de establecer entre ellos una relación, cualquiera que tenga por objeto, la defensa social. En efecto, la gravedad del delito no puede ser determinada de una manera absoluta, porque no hay criterio único para ello: unas veces es el daño, otras la alarma causada por el acto delictuoso; otras veces la importancia del deber violado.

Ese criterio de proporcionalidad antiguo debe ser sustituido en la Ciencia Penal por el principio de la idoneidad. Para designar la perversidad constante y activa del sindicado y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo sindicado, Garófalo introdujo la palabra *temibilitá* que no tiene equivalente en español. Se trata de un complemento lógico de la teoría de la defensa mediante las penas, pues cuando ha habido necesidad de fijar las reglas de la penalidad, han recurrido unos a la gravedad objetiva del delito, medida por el daño y la alarma que ocasiona el delito, otros a la fuerza que ha impulsado el transgresor de la ley penal a la acción. Esto limitado por el principio de responsabilidad moral y sin preocuparse del valor intrínseco de la pena en los diferentes casos, en vista del fin que es necesario conseguir. No es fácil darse razón de los prejuicios que van envueltos en ciertas palabras, tales como las de mérito y desmérito de las acciones humanas, la de justicia de los premios y castigos (págs., 278-286).

En el mismo orden de ideas, Roxin (1997) reflexiona respecto a la vulneración del principio de proporcionalidad, resaltando cuando el Estado echa

mano del Derecho Penal para castigar, existiendo otras medidas de Política Criminal y Social que protejan con más eficacia un determinado bien jurídico (págs., 65-67).

El autor subraya que la proporcionalidad es un principio básico de Supremacía Constitucional cuyo fin primordial es la intromisión mínima del Derecho Penal en su poder punitivo, no exceso sino lo justo y necesario para restringir los medios de acción, la pena equivalente al delito producido y al mal producido.

La proporcionalidad adquiere sentido pleno, entendido como criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos, en lo que supone el medio de tutela del ámbito fundamental para impedir que la actividad del Estado sobrepase los límites exigidos para la consecución de los intereses colectivos, que sin duda han de buscar la armonía con los intereses legítimos de individuos y grupos que solo justificada y excepcionalmente han de ser desconocidos. La proporcionalidad es más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas, constituye un principio inherente al Estado de Derecho de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales.

Es meritorio mencionar entre los convenios internacionales que han sido aceptados y ratificados por Guatemala a la Declaración Universal de Derechos Humanos, Decreto 54-86 del Congreso de la República y del Procurador de Los Derechos Humanos. En el artículo 5 se estipula que nadie será sometido a penas inhumanas o degradantes. De igual manera, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ratificada por el Estado de Guatemala el 26 de agosto de 1789, regula en el artículo 8 que la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias. Por otra parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por Guatemala el 22 de noviembre de 1969, en el artículo 5 inciso 2, estipula que nadie será sometido a penas inhumanas o

degradantes; en el último párrafo, inciso 6 señala que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad será la reforma y la readaptación social de los condenados.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que cobró vigencia en Guatemala el 5 de agosto de 1992 establece en los artículos 7 y 10, inciso 3, que nadie será sometido a penas inhumanas o degradantes y que el Sistema Penitenciario tiene como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los penados. Las leyes son categóricas; debe acatarse este mandato, respetando al ser humano en su dignidad, es decir, no sólo la dignidad del agresor, también la dignidad de la víctima. Con respecto a que sólo se fijarán previamente en ley y naturalmente, penas proporcionales al daño que causen las conductas a la víctima, pues la ley protege no sólo al procesado, también con mayor relevancia a la víctima, pues es un sujeto pasivo que goza de igualdad de derechos y quien soporta la acción delictiva, el daño físico y psicológico.

El Principio de Proporcionalidad fue consolidado por el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 22 de mayo de 1986. Se menciona en el Concejo de Ejecución Penitenciaria celebrado en Barcelona que la intervención penal solo es proporcionada si restringe la libertad en el mínimo imprescindible y por ello se deriva de la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, según lo consideró el Congreso de Ejecución Penitenciaria de Barcelona (Acaip, 2017).

La proporcionalidad se deriva del principio Estado de Derecho, tomando en cuenta que el Derecho Penal posibilita las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano. El Principio de Proporcionalidad actúa con la mayor protección jurídica constitucional, ante la posibilidad de la extralimitación de la fuerza punitiva del Estado o posible vulneración al Principio de Legalidad, imponiendo penas equitativas en correspondencia con la dignidad de la víctima, por la afectación y humillación que le causa la acción ilícita. De este principio se deduce que la

imposición de la pena deba ser idónea, eficaz y necesaria para el Derecho Penal, para cumplir con los fines de protección de los bienes jurídicos.

Entre esas características de idoneidad, eficacia y utilidad de la pena, desencadena la exigencia de que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Restringir lo menos posible la libertad, solamente lo necesario, en cuanto a la intensidad del acto.

Es de analizar, con respecto a la víctima, que los aumentos a la pena del delito de violación contemplados en el artículo 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República, por concurrencia de elementos agravantes por conductas humillantes, son idóneos los aumentos estipulados; no hay exceso ni insuficiencia. Hay que dar a cada quien la pena de la que se hace merecedor por su conducta, porque los elementos agravantes que relaciona la ley reflejan una violación a los derechos humanos de adolescentes, niñas y niños, por lo que el delito merece ser castigado con todo el rigor punitivo que preceptúa la relacionada norma.

Si cuando procede se ignora aplicar dichos aumentos en las sentencias, argumentando concurso de normas y que el tipo penal básico consume las sanciones, se vulneran los principios de proporcionalidad y humanidad con respecto a las víctimas, porque las penas devienen en insuficiencia a la intensidad del daño que provocan dichas conductas.

3.2 Principio de Humanidad de las penas

Humanidad viene del latín *humanitas*, es decir, «de naturaleza humana». De igual manera, en apego al DLE, humanidad es el género humano, conglomerado de personas o bien fragilidad, sensibilidad o flaqueza propia del ser humano; tener compasión de las desgracias de otras personas; ser suave, agradable, benigno o afable. Es un conjunto de disciplinas que giran en torno al

ser humano, como la literatura, la filosofía o la historia. Antiguamente, lengua y literatura clásicas.

El Principio de Humanidad de las Penas engloba humanitarismo, moralidad, ética, equidad, desarrollo de Derechos Humanos y restauración de los valores de las personas. Se encuentra plasmado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, determinando que “[...] todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. Ninguna persona será sometida a situación ni a condición que menoscabe su dignidad” (Congreso de Guatemala, 1985).

Monterroso (1993) refiere que “la pena solo debe tener una finalidad defensiva, mediante la coacción psicológica que no todos los individuos tienen capacidad de experimentar” (pág., 44).

Al respecto, Muñoz (1985) que:

La impresión de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el abuso del Derecho Penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración del Derecho Penal, más humano como instrumento al servicio de la justicia (págs., 89-91).

El Principio de Humanidad de las Penas, tiene vinculación con el principio de resocialización porque su finalidad debe estar orientada no solo a la reeducación o resocialización del penado, sino a la recuperación material y moral de la víctima, tal y como lo preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala en los artículos del 1 al 5 y 19, que imponen al Estado la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Belém Do Pará, la Convención Tendiente a la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación (CEDAW) (artículos 1,2,3, 4, 5, 6) y la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño (artículo 1 y 3). Todo lo anterior como respaldo de la obligatoriedad de crear y fomentar las condiciones necesarias para el fiel cumplimiento en la tarea

de rehabilitar socialmente a los condenados y el apoyo psicológico, material a las víctimas (reparación o resarcimiento) para cumplir con los principios de proporcionalidad y humanidad de la pena.

En el Congreso de Ejecución Penitenciaria en una Sociedad Cambiante hacia un Nuevo Modelo, realizado en los meses de marzo y abril del año 2006 por la catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona Mercedes García Arán, se asumió que no existe un buen Sistema de Ejecución Penal sin un buen sistema de penas. Que de nada sirve la buena intención de mejorar el Sistema Penitenciario, si el sistema penal en su conjunto sigue optando por la cárcel como la respuesta principal frente al delito, o si se deja dominar por la vieja costumbre irracional de reivindicación por medio de la retribución y el castigo.

En dicho Congreso se concluyó que la excesiva duración de las penas de prisión no solo contradice el objetivo resocializador, sino que ha sido claramente definida como uno de los factores que determinan la consideración de una pena como inhumana o degradante. Así lo ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en resoluciones afectantes a distintos países europeo, extremo demostrado en las sentencias del 7 de julio de 1989, Soering contra Reino Unido; 20 de marzo de 1991, Cruz Varas y otros contra Suecia; 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts contra Reino Unido.

El Tribunal Constitucional Español también ha contemplado que la larga duración de las penas, junto con otros factores, puede incidir en la consideración de la pena como inhumana o degradante. En la Recomendación número R (99)22 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre hacinamiento en las cárceles e inflación reclusa, se sugiere la cárcel como último recurso (*última ratio*) atendiendo a que los condenados tienen derecho a una pena proporcionada que restrinja al mínimo su libertad. Por el contrario, si se amplían los límites al reducir alternativas a la pena de privación de libertad, se alejan de la proporción al incurrir en una utilización abusiva de la restricción de la libertad.

Al respecto, es de agregar que si bien el Tribunal Constitucional ha manifestado que la larga duración de las penas puede considerarse como inhumana, eso también va a depender del grado o intensidad en que se den las conductas. Puede decirse que antiguamente se castigaba el delito con cadena perpetua y trabajos recios, pero la legislación vigente fija penas proporcionales en correspondencia con la gravedad del delito y al efecto producido en la víctima. No se puede castigar de igual forma delitos que ofenden más, como es el de víctimas adolescentes, niñas o niños, por lo que el legislador, en su afán de proteger a las víctimas adolescentes e infantes con penas apropiadas al mal recibido, se apresuró en la normativa y no lo hizo de forma clara y concreta. Una normativa redundante que violenta el principio de legalidad.

El Principio de Humanidad de las Penas atiende a que si es humanitario, es idóneo, tal y como refiere Garófalo (2012): en un sistema racional de penalidad, lo idóneo sustituye a la responsabilidad moral y proporción entre la pena y el delito (pág., 338). De esto se deduce que el Principio de Humanidad de las Penas sea la parte del Derecho Internacional que pretende alcanzar por medio de la sensibilización humana la consecución de una pena apropiada o adecuada a la magnitud de la lesión producida al bien jurídico, como parte de las funciones preventivas y generales de la Política Criminal, para disuadir la comisión del hecho.

La Política Criminal, orientada a atender la función preventiva (antes del delito) con controles informales y formales cuando hay intervención del Estado, por la comisión del delito. El Estado, por medio de sus instituciones, debe crear y fortalecer programas educativos, laborales, de participación solidaria, de integración comunitaria y de seguridad social antes de que sigan los comportamientos delictivos.

Una vez acaecido el delito, el diligenciamiento debe ser pronto, dándoles cumplimiento con protección a las víctimas para evitar la repetición de vulneración de los derechos humanos y libertades sexuales. Cumplir con normas establecidas en el Código Penal y Procesal Penal y Convenios Internacionales ratificados por Guatemala, en los que se da el verdadero Principio de Oportunidad durante el diligenciamiento procesal para la víctima; es lo pretendido por el Derecho Penal con la imposición de la pena: evitar el delito. La función de la Política Criminal debe ser cubriendo el antes del delito, el presente y el futuro.

El Principio de Humanidad de las Penas ha tenido reconocimiento y avance desde la Segunda Guerra Mundial. Se ha destinado a evitar la repetición de hechos atroces y violaciones masivas. Al día de hoy se evidencia que se han venido consolidando los Derechos Humanos fundamentales del individuo, cuyo objetivo primordial no es solo la purga mediante la pena como compensación o retribución al daño causado, sino va más lejos: el respeto a los derechos de las víctimas, una convivencia social y pacífica, anhelándose una sociedad sana y libre de la delincuencia para vivir en paz y armonía.

Anteriormente, el Derecho Penal se orientaba hacia el autor del delito, dejando a la víctima desprotegida; era un sujeto pasivo neutral y totalmente marginado. En la criminología moderna, por medio de la victimología, se estudia y se exige el respeto por la dignidad de la víctima, sensibilización en cuanto al sufrimiento de la víctima para que la reparación sea proporcional en cuanto a la afectación que se le produce, es decir, la pena va ser adecuada en relación con la gravedad del daño acaecido. La víctima cobra auge en el año setenta; pasa a tomar protagonismo en el proceso penal para la deliberación, decisión, ejecución, racionalización y justificación. La victimología nació como ciencia social en 1973 en Jerusalén y cuenta con reconocimiento internacional.

Indudablemente, están presentes los principios de proporcionalidad y humanidad de la pena en la necesidad y derecho de las víctimas a una

administración de justicia adecuada, protección y resarcimiento en proporción al daño que se les causa al quebrantarse su libertad e indemnidad sexual. Protección para no ser re-victimizadas y que se respete la autodeterminación sexual de toda persona. Velar por la no repetición de la violación de los derechos humanos de las víctimas.

3.3 Vulneración o no a los Principios de Proporcionalidad y Humanidad de la pena en el delito de violación

Si bien la pena impuesta tiene como función primordial restringir los derechos del autor y corregirlo. De cierto modo, restablecer la validez, seguridad y vigencia de la norma que ha sido quebrantada. Objetivamente, la pena actúa como medio de defensa social contra el comportamiento irregular del condenado. Para que la pena sea legítima, útil y efectiva, debe cumplir con respetar la dignidad de la víctima, quien es la que sufre o soporta el daño físico y psicológico, por la humillación provocada.

Según Borja Mapelli Caffarena, actualmente la Ciencia de la Penología, como encargada de aplicación de penas para reprimir los delitos y medidas de corrección, impone utilizar principios filosóficos en la imposición de penas, que tiendan a evitar el abuso de las mismas. Dentro de las propuestas criminológicas, que las penas sean sustituidas por medios no punitivos como los tratamientos médicos y de reeducación, al punto que han venido trabajando y sugiriendo que debe sustituirse la prisión por centros de recuperación social. Manifiestan que debe hacerse una exhaustiva revisión en cuanto a métodos y teorías con relación al castigo. Esa ciencia no comparte la teoría de la retribución mantenida por Platón.

Esa opinión es una ilusión para países como Guatemala, con falencia económica y de Política Criminal efectiva en el combate del delito, que es el

anhelo de todo país: vivir en paz, donde se respeten los derechos humanos de las personas.

Edmund Mezger (1958) expresa que la pena, según el Derecho Vigente, es la imposición de un mal proporcionado al hecho delictivo y retribución por el mal que se ha cometido. Existe proporcionalidad entre el hecho punible y la pena, en el sentido de que la pena debe adecuarse al hecho, debiendo existir en ambos una equiparación valorativa y desvalorativa. La conminación legal de la pena se ajusta, en el caso particular, al hecho punible cometido, mediante la imposición judicial de la pena. Se quiebra la proporcionalidad o sea la adecuación de la pena al hecho punible acaecido en el propio Derecho Vigente, al aplicarse el criterio de ajustar la pena a la personalidad y a la peligrosidad del autor. Citando como ejemplo, en el caso de agravar la pena por ser transgresor de la ley penal de forma habitual y peligrosa.

Mezger (1958) expone que la determinación o fijación legal de la pena, en forma absoluta o de un marco penal, puede abarcar casos de agravación o atenuación general de la pena o casos de agravación especial. La pena absoluta se da raras veces con magnitudes exactamente fijadas. En lugar de pena determinada o indeterminada, la ley ofrece un marco penal, una pluralidad de penas que pueden ser modificadas por circunstancias agravantes, para aumentar la pena o atenuantes para disminuirla, dependiendo de las modalidades de la comisión del delito (págs., 353-374).

Es de comentar que a pesar de las recomendaciones indicadas de los Tribunales Constitucionales europeos, Guatemala no está en la posición de sustituir las penas por centros de recuperación social y educacional. En delitos graves como la violación, hay que imponer la pena correspondiente al autor; la pena tiene que ser adecuada al grado de afectación de la víctima, para cumplir con los principios de proporcionalidad y humanidad de la pena. Para ello, tendría que modificarse el medio social en el que individuo asienta su voluntad. Antes de

ayudar al individuo, leyes eficaces, policía efectiva y medios educativos, labores, donde haya trabajo para todos.

La Ley sustantiva penal guatemalteca prescribe en la norma sustantiva penal, el delito de violación en el artículo 173 (artículo 28 Decreto 9-2009 del Congreso de la República). La agravación de la pena establecida para este delito se encuentra fuera del tipo penal básico en los artículos 174 inciso segundo (arto. 30 Dto. 9-2009 del Congreso de la República) y las circunstancias especiales de agravación en el 195 Quinquies (artículo 44 Dto. 9-2009) que, con los aumentos estipulados, la pena se convierte en proporcional al daño que se causa a la víctima, en el caso de concurrir los presupuestos señalados al cometer el delito.

Mezger (1958) asegura que el fin de la pena, desde luego, es que ya que toda acción humana tiene un fin, se constituye la esencia conceptual de tal acción. Por lo tanto, no existe una acción que no tenga un fin. La pena es producto o consecuencia de una acción humana y estatal en el ámbito del Derecho, que es la prevención del delito mediante el recurso de la intimidación. La pena funciona para educar y formar conciencia en la colectividad hacia sentimientos más humanos para contrarrestar la comisión de ilícitos, desde el punto de vista del respeto a los Derechos Humanos.

La función de la pena, desde el punto de vista del Estado, es asegurar (medida de protección) a su colectividad social contra el transgresor o posibles agresores en la protección de los bienes jurídicos. Ello se refiere al bien jurídico, la libertad e indemnidad sexual, aun cuando se mantenga el criterio de que la pena es el resultado de la responsabilidad del sujeto y de la retribución proporcionada al acto. La pena debe bastar, directa e indirectamente, si no a todas, por lo menos a numerosas necesidades de seguridad del conglomerado social, como en el caso de la pena privativa de libertad que parte de la prevención especial y general. También se emplea el término corrección, con el que se pretende abarcar no solo el aspecto preventivo especial de corregir al transgresor penal en un sistema de resocialización por medio de la educación y actuación pedagógica-individual para

resguardar a la sociedad, y como medio curativo del antisocial. En la realidad, con el firme propósito de liberarlo en el futuro de la tendencia delictiva, por lo que hablar de corrección se habla de resocialización. Una retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la colectividad y justifica el sufrimiento de la pena como expiación justa (purificación del alma, mácula del delito) cuya imposición es indispensable para mantener el orden social (Mezger, 1958, págs., 353-374).

Cabe mencionar que, si bien la finalidad de la pena como mandato constitucional está orientada a cumplir con los fines de educación, readaptación y corrección del condenado para su integración en la sociedad, también es cierto que no solo se pretende que la pena sea compatible y respetuosa de la dignidad de la víctima, para que retribuya y compense la lesión que se le causa, porque el daño que se le ocasiona a la víctima no tiene compensación y es de efectos permanentes. Claro está, si la pena es acorde a la gravedad que causa esta clase de delito a la víctima, se puede decir que se cumplen los principios de proporcionalidad y humanidad porque se habla de justicia.

Sí, la pena no retribuye el dolor de la víctima, no cumple con estas condiciones de proporcionalidad y humanidad, deja de ser funcional, no es eficaz ni proporcional y menos humana. Prácticamente, esa es la misión que conlleva tanto el Principio de Proporcionalidad como el de Humanidad de la Pena: velar por que se cumpla con aplicación de penas y que las mismas sean justas en proporción al daño causado a las víctimas de violación, especialmente cuando el ataque sexual es contra adolescentes, niñas y niños.

El Código Penal guatemalteco tiene asignada para el delito de violación, según lo preceptúa el artículo 173 (artículo 28 Dto. 9-2009) una pena de prisión que oscila de un mínimo de ocho a doce años máximo a quien incurra con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos por cualquiera de las vías señaladas u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma. Siempre se

comete el delito cuando la víctima sea una persona adolescente, una niña o niño, o sea incapaz volitiva o cognitivamente, aunque no medie violencia física o psicológica.

Sin embargo, remite a los artículos 174 (artículo 30 del Dto. 9-2009) incisos del 1 al 7 y 195 Quinquies (artículo 44, Decreto. 9-2009) de ese mismo cuerpo legal. En el primer artículo se menciona la agravación de la pena con un aumento en dos terceras partes cuando la acción sea cometida contra una víctima que posea discapacidad física o mental, elemento regulado en el segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal, el cual ya tiene contemplada una pena de ocho a doce años de prisión. Este es un elemento redundante en la regulación.

El artículo 195 Quinquies tiene establecidas las circunstancias especiales de agravación, aumentando la pena en dos terceras partes si la víctima no ha cumplido la mayoría de edad y pasa de catorce años; tres cuartas partes si la víctima es adolescente de menos de catorce años y con el doble de pena si la ofendida es niña o niño menor de diez años de edad. En el artículo 27 tiene previstas otras circunstancias agravantes que se mencionaron en el capítulo anterior.

Derivado de esto, en los supuestos de que la conducta del sindicado encuadre dentro de estos presupuestos contenidos en las normas referidas, se originan sentencias condenatorias con penas privativas de libertad no menores de veinte años de cárcel para el delito de violación en el supuesto de que sea un reo primario, de lo que se deduce que el legislador, en las reformas del Decreto 9-2009 varió su tipificación, penalización, modalidades de comisión y estipuló las múltiples agravaciones para el delito de violación, que, valga redundar, agravan la pena de prisión. Penas con las cuales se está resguardando por más tiempo a la sociedad del penado. Con ello muestra que se da la expansión del Derecho Penal punitivo de intimidación a través de la prevención especial y general por la emergencia del nivel delincencial de violación. También, a falta de una Política

Criminal efectiva, de evitar este delito humillante, se echa mano del rigor punitivo. Ello, atendiendo a que son conductas más deplorables del delito, que ofenden mucho más cuando debería ser que ya no se dé la comisión del delito.

El legislador optó por lo menos complicado para el Estado incrementando la pena, cuyos aumentos suelen no ser aplicados por la mayoría de los jueces penales, aduciendo concurso de normas y que el tipo penal básico consume ya la pena, debido a que las normas no son claras. Solo se espera que el Estado tome las medidas pertinentes para frenar el delito, emitir leyes eficaces y políticas criminales adecuadas y que no solo se limiten a aumentar la pena, porque esos incrementos han demostrado ser inútiles pues el fenómeno criminal se mantiene y no ha disminuido; todo lo contrario, hay auge del delito de acuerdo con las estadísticas del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF).

Al respecto, Rodríguez (1978) señala que el legislador debe actuar con ética, respetando la dignidad del penado. La proporcionalidad de las penas debe significar la menor intervención del poder punitivo, para no provocar hipertrofia del Derecho Penal y que desencadene el denominado terror penal. Mientras las penas sean más graves y por lo tanto más prolongadas, mayor encierro y menor posibilidad de rehabilitación (pág., 20).

Sin embargo, es preciso indicar que la hipertrofia del Derecho Penal se observa cuando la ley no es clara y violenta el principio de legalidad. La pena no solo debe respetar la dignidad del penado, sino debe ir orientada hacia la protección y dignidad de la víctima. La pena debe ser proporcional a la magnitud del daño que se causa a la víctima el hecho antijurídico. Está de más decir que la pena de prisión es un mecanismo de defensa social, pero pese a que resulta intimidatoria, el delito sigue su curso, no cesa; sigue esa clase de comportamientos que van contra el pudor de las víctimas, irrespetando la libertad e indemnidad sexual.

El delito no solo hace daño a la sociedad, sino también al Estado. Es un detrimento económico-social y lo esencial es evitar el delito, porque si la pena es mayor; tendrá que disponerse de mayores recursos económicos para mantener a los privados de libertad, así como la seguridad y el apoyo psicológico que se les debe prestar a las víctimas. En el aspecto social, la imagen del país a nivel internacional por el índice delictivo no es bien vista, lo que perjudica social y económicamente.

Como es lógico, la pena es necesaria y su aplicación no solo es la retribución o castigo para el que ha quebrantado la norma, porque ha lesionado el bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual, sino porque se ha hecho acreedor a la pena, producto de su actuar. Dicha pena, a su vez, ha de servir de ejemplo a todo individuo en el marco social y como medio para prevenir que en el futuro se sigan dando ataques a este bien jurídico protegido, restableciendo la ley y la convivencia decorosa y armoniosa, basada en el respeto hacia la dignidad.

El anhelo del Derecho Penal, por medio de la intervención del Estado (*ius Puniendi*) es que quien delinque se corrija, se reeduce, se rehabilite y se incorpore honorablemente en la sociedad, con fines de conseguir el bienestar común libre del crimen, tal y como lo reza la Carta Magna. En ese sentido, la medición de la pena tiene que ser en dimensiones cualitativas y cuantitativas de acuerdo con el límite que fluctúa entre un mínimo y un máximo de pena en apego a la naturaleza, gravedad y forma de ejecución, es decir, la conducta manifestada en el hecho punible. Desde luego, esto engloba justicia; toda pena debe ser justa y lo justo implica prohibición de exceso para ser proporcional, en cuanto a la dignidad de las víctimas.

Es de tomar en cuenta que los Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos que han sido aceptados y ratificados por Guatemala, protegen la dignidad de las personas y toman en consideración el Principio de Proporcionalidad, el cual fue consolidado por el Tribunal Constitucional Español,

en el sentido en que la intervención penal del Estado es proporcionada, sí y sólo si restringe la libertad en el mínimo imprescindible (menor privación de libertad) y por ello se deriva de la Proclamación Constitucional de Libertad como valor superior dentro del ordenamiento jurídico.

Durante el Congreso de Ejecución Penitenciaria, llevado a cabo por la Universidad Autónoma de Barcelona en el tema de *Una Sociedad Cambiante Hacia un Nuevo Modelo* se asumió que no existe un buen sistema de ejecución penal sin un buen sistema de penas. Que de nada sirve la buena intención de mejorar del Sistema Penitenciario, si el Sistema Penal sigue optando por la cárcel como la respuesta principal frente al delito, o si se deja dominar por la reivindicación por medio de la retribución y el castigo.

En el Congreso se concluyó que la excesiva duración de las penas de prisión no solo contradice el objetivo resocializador, sino que ha sido definida como uno de los factores que determinan la consideración de una pena como inhumana o degradante. Así lo ha expresado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resoluciones afectantes a distintos países.

Es de mencionar que en proporción a los efectos dañinos que provoca el delito en el caso de que concurran los elementos agravantes señalados en los artículos 28 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República, el castigo debe ser equitativo en cuanto a la dignidad y el respeto por los Derechos Humanos de las víctimas. Se considera tanto a la pena básica como a los incrementos a la pena objetiva como justos, si reflejan ser proporcionales y humanas, porque las conductas antijurídicas previamente establecidas en las normas citadas lesionan el bien jurídico protegido por la ley. La proporcionalidad adquiere sentido cuando el Estado no sobrepasa los límites exigidos. Al analizar el daño que se causa a la víctima en esta clase de delito, las penas resultantes son adecuadas e idóneas. Otro aspecto que puede observarse es que, a pesar de los efectos tormentosos permanentes del delito de violación, la ley otorga el privilegio al condenado cuando

da muestras de arrepentimiento; se porta bien durante el cumplimiento de la condena, se reeduca y trabaja, tiene la opción de obtener su libertad anticipadamente por buena conducta y trabajo. Es decir, la determinación ulterior de la pena en la fase de ejecución. La proporcionalidad constituye un principio inherente al Estado de Derecho en cuanto a las garantías básicas que deben observarse en el ordenamiento jurídico, lo estrictamente necesario (*última ratio*).

De acuerdo con lo expresado por Cesano (2004) el sistema se organiza por medio de métodos y da respuesta ante el fenómeno social. Se estima que hay una intervención proporcional punitiva del Estado actualmente, por la lesión intensa que se provoca a la víctima con el ataque sexual en las modalidades que contemplan los incrementos a la pena. Si se evalúa la conducta del autor, es más agravada cuando las víctimas son adolescentes, niñas o niños, porque es más reprochable la conducta del autor por la abominable acción delictiva, en atención a que es un daño irreversible y se ve reflejada una mínima posibilidad de defensa de la víctima ante tal hecho. No existe exceso ni insuficiencia, cumple con los principios de proporcionalidad y humanidad de la pena al castigar ese tipo de conductas que señala el artículo 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República.

Pero la pena deja de ser proporcional y humana si esos aumentos no son sumados a la pena típica objetiva cuando concurren esos elementos de agravación, por el hecho de que las normas que prescriben esas sanciones no son claras y los jueces no penalizan fundamentándose en el principio de consunción. Se quiebra la proporcionalidad en cuanto a la humillación que se le ha causado a la víctima. Si es niña o niño, con mayor razón no existe la capacidad de discernir la naturaleza del ataque sexual. Deja de ser una pena razonable cuando no se castiga ese tipo de conductas expresadas en el artículo 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República.

Las víctimas, como es natural, tendrán problemas psicológicos que difícilmente podrá superar. Sufren un daño físico y mental irreversible. Se ha dañado gravemente no solo a la menor sino también a la familia, dígame padres y hermanos, esposo, hijos, que son víctimas indirectas porque sufren la desdicha de la víctima directa. A la víctima se le ha marcado de por vida. Se puede asegurar, entonces, que sí era necesario ampliar la pena de condena de prisión, como actualmente está prescrita.

El problema es la forma en que aparecen reguladas las agravaciones en cuanto a la edad de la víctima: son imprecisas y ambiguas. El incremento que sufrió la pena en el delito de violación, con las agravaciones señaladas en el artículo 44 que reformaron el Código Penal con el Decreto 9-2009, sin lugar a dudas, es acorde al daño causado a la víctima por la lesión del bien jurídico protegido, con base en las razones antes citadas. Incremento que, en cierto modo, se deduce que se pudo haber propiciado debido al pavor infundido por los medios de comunicación que causan alarma e inestabilidad social, así como el auge que cobró el delito con conductas tan perversas efectuadas por el sindicado y lo trascendental jurídicamente es que la víctima tome preponderancia en el proceso penal. Su participación cobra importancia para el Derecho Penal; la ley le brinda protección y resguardo, vela por la reparación civil y ayuda psicológica, evitando la revictimización.

La reacción de los grupos sociales, ante el flujo de violencia, es que reaccionen solicitando el aumento de la pena o creación de nuevos delitos, en ausencia de políticas criminales efectivas que eviten el delito. Es ahí que el Estado ha respondido con el ánimo de apaciguar o callar a la opinión pública, recurriendo el legislador a modificar el tipo básico y aumentar la pena, tal y como ha sucedido con el Código Penal que se encuentra parchado con tantas reformas, pero ante la falta de los métodos educativos, laborales, sociales y políticos, de alguna forma hay que dar respuesta a la emergencia violenta en protección a las víctimas y ante la gravedad del *modus operandi*, sin que sea la forma correcta. Se reitera que lo

ideal es que se evite el delito; que no se cometan este tipo de conductas que afectan más a la adolescencia y a la niñez, personas más vulnerables y con menos posibilidad de defensa.

En países como Guatemala es difícil aplicar las recomendaciones y consideraciones de los Tribunales Europeos, en cuanto a políticas criminales alternas efectivas, en lugar de aumentar la pena de prisión o modificar tipos penales, pues Guatemala tiene falencias educativas, económicas y carece de políticas criminales adecuadas para frenar el fenómeno de la violencia sexual. Ante ello, es más fácil callar a la población que pide protección y auxilio, creando figuras delictivas y aumentando la pena que, en la práctica, se presenta de forma ineficaz.

Hoy en día se aprecian incrementos a las penas que al concordar con manifestaciones de las conductas agravadas al tipo penal, automáticamente se vuelven penas elevadas para el delito de violación, con respecto a años anteriores a que cobrara vigencia el decreto citado. Pero, ciertamente, dichas conductas agravadas constituyen acciones despreciables y aberrantes en las cuales la víctima queda estigmatizada para siempre, máxime en casos de violación de víctimas adolescentes, niñas o niños y discapacitados volitiva y cognitivamente. En estos casos se ataca la inocencia de la niñez, se causan trastornos emocionales que van a repercutir de manera negativa en el desarrollo físico y mental. De la misma forma, ultrajar la libertad e indemnidad sexual a personas que adolecen de capacidad para comprender dichos actos. Estos traumas afectan a las víctimas, no solo física, económica y psicológicamente menguando el rendimiento escolar y una vida sexual normal en el futuro. Una intromisión violenta en la integridad y libertad sexual. No hay forma de compensar ni justificar el vejamen sexual.

De tal suerte, se puede aseverar que al evaluar las agravaciones al delito de violación contenidas en el decreto relacionado (Ley Contra la Violencia Sexual,

Explotación y Trata de Personas vigente) título III, denominado Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual de las Personas, artículos 28, 30, 44 (artículos 173, 174 y 195 Quinqués del Código Penal) son adecuadas tanto la pena como los aumentos, se cumple con los principios de proporcionalidad y humanidad. Aumentos que dan lugar a que se impongan penas mayores, atendiendo a la gravedad en el *modus operandi* del delito, puesto que si ameritan mayor pena, no se puede castigar de la misma forma a conductas ilícitas que ofenden más, porque caería en desproporcionalidad.

Ahora bien, la incapacidad mental es incapacidad volitiva y cognitiva. En rigor, incapacitado mental es quien no puede asir o tomar. El retraso mental es la falta de habilidad cognitiva general, es decir, la ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano. En otras palabras, es deficiencia del rendimiento funcional y de la actividad del individuo. El DLE la define como la cualidad de discapacitado: persona que tiene impedimento o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas.

Lo defectuoso es la concurrencia de los mismos elementos en las normas contenidas en la actual regulación que, aunque estén estipuladas ciertas agravaciones, son letra muerta, porque las agravaciones que se refieren a los aumentos que sufre la pena en la escala que contempla el artículo 44 del citado Decreto del Código Penal, que se han relacionado con víctimas niñas, niños o adolescentes, tal como se muestran en la adición del artículo 195 Quinqués, son aumentos proporcionales por la intensidad de las modalidades en que se causa el delito. En esta clase de víctimas, por la edad, es más vulnerables y condenable el ilícito, porque la magnitud del daño que se causa es social y jurídicamente reprochable.

Irónicamente, por la forma en que el legislador plasmó las normas conforme a derecho unos jueces al ponderar la pena, cuando concurren dichos elementos

de agravación en la ejecución del delito, las aplican y otros jueces no aplican los aumentos a la pena, a causa de obscuridad en la redacción de las mismas. No pocos jueces penales de sentencia dicen que sí se deben aplicar y otros difieren respetando el Principio de Consunción y el *Ne bis in ídem*, porque dichas agravaciones se excluyen por encontrarse implícitas en el tipo penal básico en el artículo 173 del cuerpo legal citado (28 del Dto. 9-2009). Por consiguiente, se tiene que aplicar la pena que rige el tipo básico; argumentan que es ilegal aplicar las dos normas a un sólo hecho, en estimación al principio de consunción.

Ese razonamiento no se comparte porque, al no resolverse conforme a los agravantes concurrentes en el delito, se aleja la proporcionalidad de la pena en proporción al daño que causan tales conductas a las víctimas.

3.3.1 Ejemplo de Sentencias Internas

Para el efecto, se citan sentencias en las cuales se manifiestan diversos razonamientos en las resoluciones identificadas dentro de los expedientes: a) sentencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, en el expediente de Casación 01004-2014-01380, revocó la sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente expediente 14002-2013-205, en el cual se impuso al condenado veintiuno años de prisión por el delito de violación con circunstancias especiales de agravación, pero la Cámara Penal revocó e impuso la pena de trece años de prisión.

El argumento fue que se violó en perjuicio del condenado el principio *Ne Bis In Ídem* pues se le aumentó la pena de prisión aplicando el Artículo 195 Quinqués del Código Penal, en estimación a que la víctima es de menos de catorce años de edad [*sic*] lo cual es un supuesto que ya se encuentra contenido en el delito de violación y que fuera considerado por el Tribunal de Sentencia para condenar al sindicado, por lo que de mantener la pena impuesta, se estaría sancionando al procesado dos veces por el mismo hecho, teniendo como consecuencia el

aumento de la pena, contraviniendo además el Artículo 29 del Código Penal, el cual prohíbe tomar en cuenta circunstancias propias del delito como agravantes, como ocurre en el presente caso.

Sentencia de casación número 01004-2015-00246 emitida el 15 de julio del 2015 por la Corte Suprema de Justicia, que revocó la sentencia emitida por el Tribunal Segundo Pluripersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer del departamento de Guatemala, dentro de los expedientes 116-2014 y 1118-2013-57 en el que se condenó con circunstancias especiales de agravación. En apelación, fue confirmada por la Sala Jurisdiccional y casó con el argumento siguiente: “Como se aprecia, existe una concurrencia aparente de normas y esto significa que no pueden aplicarse las dos normas a un mismo hecho”.

Esa concurrencia normativa se da cuando la conducta antijurídica que es objeto de incriminación se presenta a primera vista como subsumible en dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente. Esta incompatibilidad se pone en relieve cuando una de las figuras típicas en que es subsumible la conducta antijurídica abarca todos los aspectos de la misma. Bien porque la estructura del tipo contiene conceptualmente la del otro, o bien porque el desvalor delictivo que uno de ellos encierra ya el propio desvalor delictivo que el otro presupone”. En este caso se cita al autor Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal mexicano*. Las calificativas establecidas en los dos artículos anteriores se relacionan con el artículo 173.

Sentencia de casación proferida el 10 de junio del 2016. Dentro del expediente de Casación No. 1504-2015 revocó la sentencia del Tribunal Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango y confirmada por la Sala Jurisdiccional, en la cual se le condenó por violación más tres cuartas partes de pena por circunstancias especiales de agravación.

En Casación, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó la condena de este aumento con el siguiente argumento: “se estima que le asiste razón jurídica, toda vez que se violó en su perjuicio el principio *Ne bis in ídem*, pues se le aumentó la pena de prisión aplicando el artículo 195 Quinquies del Código Penal, en consideración que la víctima era menor de catorce años, lo cual es un supuesto que ya se encuentra contenido en el delito de violación y que fue considerado por el Tribunal de Sentencia para condenar al sindicado, por lo que mantener la pena impuesta, se estaría sancionando al procesado dos veces por el mismo hecho. Teniendo como consecuencia el aumento de la pena, contraviniendo además el artículo 29 del Código Penal, el cual prohíbe tomar en cuenta circunstancias propias del delito como agravantes, como ocurre en el presente caso”

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad expediente 40-2016, de fecha once de agosto de 2016, denegó el recurso de amparo y confirmó el fallo de la Cámara penal. El Tribunal Segundo Pluripersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual, impuso la pena de 22 años con circunstancias especiales de agravación; hubo apelación que no se acogió y la Cámara Penal, en sentencia de fecha 16 de fecha 15 de julio de 2015, casó y emitió el siguiente razonamiento: “Las relaciones que se dan entre dos tipos penales concurrentes, deben resolverse según la Teoría Jurídica Penal dominante por los principios lógicos de la Especialidad o Subsidiaridad, que no es el caso, o el Principio valorativo de la Consunción, que sí lo es. Ese último postula que existen conductas que al ser subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen el desvalor delictivo plasmado en otro tipo, ya que en aquél yace latente éste. Por lo mismo, debe aplicarse aquel tipo que, conforme a su íntegra y profunda significación, incluye en el caso concreto que se resuelve el desvalor antijurídico del otro”.

Indica que respeta el principio *Ne bis in ídem*, que no puede ponerse un hecho dos veces a cargo de un mismo autor y que aplicar dicho aumento vulnera el artículo 29 del Código Penal, porque dichos elementos son propios del delito.

Es meritorio mencionar que las sentencias que a continuación se detallan se fundamentaron en el interés superior del niño para sancionar el aumento contenido en el artículo 195 Quinqués: Expediente 3585-2016 emitida por la Corte de Constitucionalidad el 8 de febrero de 2017, confirma la sentencia que rindió la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones de Cobán, Alta Verapaz, expediente 16004-2013-692, argumentó que se debían de aplicar las normas contenidas en los artículos 173-174 y 195 Quinqués del Código Penal.

Expediente 2134-2017 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Cámara Penal, de fecha 16-05-2018: se condena y aplica el aumento por concurrir circunstancias especiales de agravación. Expediente 508-2017 de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia: conoció la sentencia emitida el 05-08-2016 por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Jalapa y expediente 1011-2018 de la Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia, aumentó la pena, revocó las sentencias emitidas por el Tribunal Unipersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual del departamento de Quetzaltenango y de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente, que inicialmente no habían aplicado el aumento, fundamentándose solo en el artículo 173 del Código Penal, que ya contempla la sanción atendiendo la edad de la víctima.

3.3.2 Análisis de las Sentencias Internas

Es notorio que no hubo claridad por parte del legislador en la descripción del tipo penal, quien tuvo que haber incluido dichas agravantes en el tipo penal

básico (artículo 28) para que surtiera efecto legal con una ley que fuese eficaz, en concordancia con el principio de legalidad. Constitucionalmente, dicho principio es determinante y taxativo; no pueden dictarse leyes de carácter indeterminado. Aunque los señores jueces invoquen el principio *Ne bis in ídem* para no castigar el delito con circunstancias especiales de agravación, se considera fundamento incorrecto, porque es un solo delito el que se juzga, por lo cual no hay identidad de delitos.

Lo ideal sería que se modificaran las normas penales contenidas en los artículos 173 y 195 Quinqués del Código Penal, incluirse en el tipo penal básico las agravaciones señaladas con la pena respectiva en plena obediencia de los principios de Legalidad y de Seguridad Jurídica. La ley debe ser clara en cuanto a la descripción de las conductas tipificadas como delito. Las normas deben ser precisas sin dejar margen de error comprensible y de aplicación por parte del juzgador. No es posible que se tenga que recurrir a Tratados Internacionales para sancionar delitos internos.

De igual manera, el inciso 2 del artículo 30 de la ley en mención (174 Código Penal) repite la circunstancia de agravar la pena incrementando en dos terceras partes a víctimas con discapacidad física o mental, solo con términos distintos, pero está subsumida en el tipo básico, segundo párrafo del artículo 28 (173 Código Penal) víctimas con incapacidad volitiva o cognitiva. Esta circunstancia ya está implícita, argumentan los juzgadores en el momento de ponderar la pena. Penalmente al ofender a personas discapacitadas mental o físicamente, el castigo tiene que ser mayor.

Es de analizar que las penas estipuladas para este delito van vinculadas con la intensidad en que es producida la conducta ilícita en contra de víctimas adolescentes, niñas o niños y discapacitados, cuya conducta del autor es más despreciable y reprochable por la norma jurídica. Lo es mucho más, cuando se trata de casos de víctimas nombradas, por lo que tales aumentos estipulados en el

artículo 195 Quinquies son adecuados por la condición en que se encuentran las víctimas al ser objeto de violación, concurriendo los presupuestos especiales de agravación.

Consiguientemente, son proporcionales y humanos los aumentos referidos en compensación a los daños que se causa a los adolescentes, niñas, niños y personas discapacitadas. Se hace necesario que el incremento se concrete de forma clara en el tipo básico, para que prospere su aplicación legal de manera contundente y unánime mediante una modificación o reforma a la ley en las normas 28, 30 inciso 2 (incapacidad física o mental) y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala. Eso sería lo ideal.

Si las Judicaturas Penales omiten castigar la pena cuando se dan esta clase de elementos agravantes, se torna la administración de justicia en total desproporcionalidad a la magnitud del daño que sufren las víctimas, porque la pena no guarda proporción con el contenido de la ilicitud del hecho y la responsabilidad del autor. Las conductas manifestadas en los artículos 30 inciso 2 y 44 de la ley citada son conductas dañinas que ofenden a la víctima. No se puede aplicar igual pena a un inculpa que actúa con este tipo de conductas agravadas que a alguien que no las manifiesta en su acción delictiva.

Siendo decadente la normativa jurídica penal interna para castigar el delito de violación, se hace necesario hacer conciencia legislativa, pues no es posible que Guatemala tenga que acudir a Convenios Internacionales para castigar sus propios delitos. Las Judicaturas Penales tienen que recurrir a la jurisprudencia internacional, fundamentándose en la Convención de la CEDAW contra la discriminación, la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño, atendiendo el interés superior del niño y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) para resolver adecuadamente la pena y los aumentos, aplicando las circunstancias especiales de agravación cuando son concomitantes para castigar

el delito, en proporción al daño que causan las conductas agravadas y priorizar de esa manera la dignidad de las víctimas. Delito catalogado de discriminatorio, que causa humillación, dolor y vergüenza.

No obstante, de 49 personas encuestadas entre profesionales abogados, jueces, magistrados, fiscales, psicólogos, estudiantes de derecho, algunos padres de familia entre otros, 25 pronunciaron que no es justa la pena y los aumentos señalados; que no son proporcionales al daño que se causa y que la pena debería ser mayor que lo estipulado en el Decreto 9-2009 referido. Manifestaron que a su parecer, la pena debería ser mayor que la contenida en el mencionado decreto. Otros aseguraron que la pena debería ser a perpetuidad y otros son del criterio de castración y pena de muerte para los que violan a niñas y niños.

Es de reflexionar que la aplicación de los citados aumentos por agravación se ha vuelto un problema, por las dificultades excluyentes de los presupuestos legales citados, que preceptúan los aumentos por agravación de la pena en dos terceras partes, estipulado en el artículo 174 del Código Penal en el inciso 2, relacionado con situación de discapacidad física o mental. Así también, las circunstancias especiales de agravación señaladas en el artículo 195 Quinquies respecto a aumentos a la pena, en los porcentajes de dos terceras partes para víctimas, tres cuartas partes y el doble de pena para víctimas niñas o niños.

Las agravaciones múltiples contenidas en el decreto citado generan una problemática de interpretación por la incoherencia en la redacción; dan dificultades a los jueces al tomar la decisión de aplicar o no dichos aumentos a la pena, cuando concurren esos elementos de agravación; son procedentes conforme a la ley sumar los aumentos a la pena. En ese caso, si no se aplican cuando proceden, devienen en condenas inapropiadas por la determinación de no ser aplicados tales incrementos, dando lugar a que se vulneran los Principios de Proporcionalidad y Humanidad de las Penas. Por la magnitud del daño causado, las penas no resultan penas ser adecuadas para ese tipo de conductas ilícitas.

Es prudente y se hace necesario emitir leyes claras, de contenido determinado para que sean eficaces y todas las judicaturas penales tengan un solo razonamiento al ponderar la pena, para cumplir con los principios de Proporcionalidad y Humanidad de las penas, en proporción a la pena impuesta en correspondencia con la dignidad de las víctimas.

3.3.3 Ejemplo de sentencias extranjeras emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Es conveniente citar algunas de las sentencias emitidas por la CIDH por delito de violencia sexual. Sentencia con fecha 16 de noviembre de 2009, caso González y otras (Campo Algodonero) versus México. Sentencia con fecha 15 de mayo de 2011, caso Rosendo Cantú y otra versus México. Sentencia con fecha 20 de noviembre de 2014 caso Espinoza González versus Perú. Sentencia del 08 de marzo de 2018 caso V.R.P y otros versus Nicaragua y la sentencia con fecha 16 de noviembre de 2020, caso Guzmán Albarracín y otras versus Ecuador.

3.3.4 Análisis de las Sentencias Extranjeras

En las sentencias emitidas por la CIDH se protege la dignidad de las víctimas. Fue necesario hacer acopio de los fundamentos legales y leyes internacionales que han sido ratificadas por Guatemala para resolver de forma proporcional. Así, se consultó la Convención de Belém do Pará, ratificada el 04 de enero de 1995, dirigida a la eliminación total de la violencia contra la mujer, entendiéndose como violencia cualquier acción o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.

Por medio de las instituciones respectivas, el Estado está obligado a proteger los derechos humanos de las víctimas directas e indirectas, que se ven afectadas por el delito, cuando se ven violentados con actos atroces como en el

caso de violar la libertad e indemnidad sexual de adolescentes, niñas o niños. Así también, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño cuyo artículo 3 establece como consideración primordial atender el interés superior del niño. En el caso de violación a víctimas niñas o niños, hay que tener presente que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni ataques a su honra y reputación; se tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. La Convención Internacional sobre Derechos del Niño preceptúa en los artículos 34, 35 y 36 la protección de los niños contra todas las formas de abuso sexual.

Es importante resaltar que en las sentencias extranjeras referidas se resuelve en la primera sentencia haciendo relación al principio *pro personae* o llamado *pro homine*: el juez debe elegir la norma más amplia en la protección de los derechos humanos o la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, como es el caso de la víctima. Aplicar normas de carácter internacional que favorezcan más, en el caso de que las normas internas que en más de una ocasión se superponen en el tratamiento de una misma cuestión que se presenta en aspectos análogos. Como se aprecia en el concurso de normas de penalizar el delito de violación en los artículos 28 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República, se tiene prioridad para resolver sobre normas de carácter internacional como las Convenciones enunciadas.

Las sentencias citadas resuelven que los tribunales atenderán también el principio de la sana crítica en la prueba y el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral de las víctimas, tal como lo regula la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.1. Se hace mención al *pacta sunt servanda* que se relaciona con lo pactado; obliga a los Estados que han ratificado los convenios o leyes de carácter internacional.

Algo sobresaliente en las resoluciones de la CIDH, según las sentencias referidas, es que al pronunciarse en esta clase de delito, ha bastado con el

testimonio de la víctima de violencia sexual para producirse la prueba fundamental sobre el hecho. Relaciona que los hechos de violación sexual se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor. Dada la naturaleza del delito, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y es por ello que es suficiente con la declaración de la víctima ya que constituye prueba fundamental del hecho.

La CIDH resuelve que se debe tomarse en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito donde la víctima suele callar y no denunciar el delito debido a que traumático, vergonzoso y humillante. Por lo mismo, las declaraciones resultan imprecisas; pueden dar a creerse falsas por el impacto psicológico del delito.

Al analizar las sentencias, se avanza el Derecho Penal en las formas de resolver en cuanto a la pena que corresponde al delito de violación. En casos de ambigüedad de las normas internas, se suple con acopio de la jurisprudencia internacional y se da prioridad a las Convenciones de la CEDAW, Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en sí, permanece el interés superior del niño como víctima del delito. En el proceso penal, el testimonio de la víctima es suficiente como prueba considerando el grado de vulnerabilidad: si es mujer, niña o niño, porque siempre hay desigualdad y aprovechamiento de poder y confianza. Es un acto discriminatorio por la condición de las víctimas.

En las sentencias de la CIDH se refiere que el delito de violación es un hecho discriminatorio que se da fuera o en ausencia de otras personas. Dicho hecho no solo causa daño físico sino psicológico con efectos permanentes; es bochornoso y humillante. Naturalmente, por lo traumático da lugar a que muchas veces no se denuncie y quede en la impunidad. Atendiendo a esas circunstancias, la CIDH sostiene y es enfática en que la sola declaración de la víctima constituye prueba fundamental en el proceso penal y debe ser resarcida no solo la víctima,

sino también los familiares de la víctima que sufren el hecho de forma indirecta. Si el delito es contra víctima adolescente, niña o niño, es prioridad atender en las resoluciones el interés superior del niño. La sola condición de la víctima, ser mujer, niña o niño, es una grave situación de violencia sexual.

El derecho de las niñas y niños a una vida libre de violencia sexual en todo ámbito. La CIDH protege el *corpus iuris* internacional de protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes con base en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que impone la adopción de medidas de protección para niñas y niños contra todo abuso sexual. La CIDH también ha declarado la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos, aplicando la presunción *iuris tantum* respecto a madres, padres, hijas e hijos, esposos, compañeros o compañeras permanentes, así como hermanos y hermanas de la víctima principal o víctima directa.

Es de recordar que en los primeros Códigos Penales de Guatemala, como se relacionó en el capítulo I, la pena asignada al delito de violación en el Código Penal, artículo 479, llamado Código de Livingston, promulgado en 1831 durante el Gobierno de Mariano Gálvez, era de prisión perpetua en trabajos recios. Se castigaba como que era: un crimen de lesa humanidad.

En el segundo Código Penal promulgado en 1877 durante el Gobierno de Justo Rufino Barrios, solo regulaba el delito de violación como sanción punitiva la de prisión ordinaria, conforme lo estipulaba el artículo 23; era una pena que oscilaba de cinco a diez años de prisión. Lógicamente, no se legisló los trabajos forzados; a eso se debía el concepto de prisión ordinaria.

Impresionante, fue un cambio total, de purgar el delito de violación con prisión perpetua con trabajos recios, el Legislador estipuló una pena mínima de cinco años a una máxima de diez años de prisión, sin trabajos forzados. No cabe

duda que el gobierno, tenía una excelente Política Criminal en esa época, o posiblemente la población de esa época, no era tan violenta como hoy en día. No se daban las formas y modalidades de conducta tan intensas como las actuales.

En el tercer Código Penal, Decreto 419 con fecha 15 de febrero de 1889, la pena asignada era de ocho años de prisión (única pena) en el gobierno del señor Manuel Lisandro Barillas, evidenciándose una plena desproporcionalidad por la incongruencia de sanción, no existiendo límites de pena mínima ni máxima.

En el cuarto Código Penal, Decreto 2164 de 1936 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, continuaba la misma pena (pena 8 años de prisión). En el tercero y cuarto Códigos Penales, la pena señalada para el delito de violación era pena única ocho años de prisión, no importando si era reo primario o reincidente. En el supuesto de que la acción delictiva fuese más grave, se le condenada de igual forma con ocho años de prisión. Evidente violación de ley, pues debe existir un mínimo y un máximo de pena asignada a todo delito. Se violaba plenamente el principio de proporcionalidad de la pena, un Código Penal errado en ese sentido, aunque la pena no fuera drástica para un violador.

En el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala del año 1973, artículo 173, la pena sufre un incremento de ocho años que era pena única en los Códigos Penales tercero y cuarto. Subió a doce años pero estableció parámetros de sanción de un mínimo y un máximo, pues la pena oscilaba de un mínimo de seis años hasta doce años de prisión la máxima. Se notaba cierta razonabilidad de pena para esa época; era poco frecuente que se cometiera este delito. Hoy en día, aun con el aumento que existe en la pena, se observan más hechos de violación sobre todo en víctimas niñas y niños.

En esa época se aplicaba la pena mínima de seis años de prisión, aun cuando figuraren los presupuestos de que la víctima fuere menor de doce años, estuviere privada de razón o incapacitada para resistir. Favorecía al condenado en

relación con la pena mínima, pues anteriormente era ocho años de prisión, pena única. Estaba regulada la agravación de la pena de ocho a veinte años de prisión, en los presupuestos siguientes: si al perpetrarse el delito concurrieren más de dos personas; fuere el autor, pariente de la víctima en los grados de ley, encargado de su educación, custodia o guarda o se produjere grave daño a la víctima. Había un tope máximo de veinte años, lo cual no era coherente al daño que se ocasiona en este tipo de delito a la víctima y peor cuando se trata de víctimas infantiles o adolescentes de menos de diez años y dieciocho años de edad.

Actualmente, el artículo 28 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República reformó la pena de ocho (mínima) a doce años de prisión y dependiendo si concurren presupuestos de agravación de la pena contenidos en el artículo 174 del citado Código, se aumentará la pena en dos terceras partes o si concurren circunstancias especiales de agravación señaladas en el artículo 195 Quinquies en los casos siguientes: se aumenta la pena dependiendo de la edad de la víctima, aumentos que van desde dos terceras partes, tres cuartas partes y el doble de la pena.

De esa forma, se dan condenas proporcionales que son necesarias si se analiza el daño que provoca el delito a este tipo de víctimas. Penas que regularmente pueden ser hasta de veintitrés años de prisión, si se dan los presupuestos de agravación estipulados. La sanción punitiva de prisión, desde luego, es acorde a la gravedad que causa el hecho. Tanto la pena como los aumentos señalados son proporcionales a la magnitud del mal que causa la conducta del autor.

Ahora bien, en las reformas de las normas citadas hay agravaciones que por la redundante prescripción o regulación de los mismos elementos, han dado lugar a que algunos jueces se abstengan de aplicar los aumentos en sus sentencias, basándose en que ya el tipo penal básico consume la pena al incluir iguales presupuestos. Fundamentan que se aplica la norma contenida en el tipo

penal 173, porque los presupuestos de agravación contenidos en dichas normas son excluyentes (artículos 174 inciso 2, incapacidad física o mental y 195 Quinqués, Código Penal). Resultando en estos casos que la pena impuesta no es congruente con las conductas agravadas manifestadas por el acusado. En ese sentido, se vulneran los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas porque no es posible que se condene con igual pena a conductas que ofenden mucho más.

A la fecha se observa que hay judicaturas de sentencia penal que, para castigar las conductas establecidas en el artículo 195 Quinqués, se fundamentan en la jurisprudencia internacional en protección a las víctimas, para que esa clase de conductas sean castigadas de forma proporcional a la dignidad de las víctimas y para resolver justamente la pena, en protección a la dignidad de las víctimas. Valga reiterar que es de concientizar al legislador guatemalteco para que al emitir las leyes sean de contenido concreto para que resulte proporcional y humana la pena en atención a la magnitud del daño causado a las víctimas sin tener que recurrir a jurisprudencia internacional para resolver deficiencias jurídicas internas. Si se sigue dando la inaplicabilidad legal de castigar los elementos por circunstancias especiales de agravación concurrentes al delito, se vuelven penas no razonables, incompatibles a la magnitud del daño que causan ese tipo de conductas y se quiebran los principios de proporcionalidad y humanidad de la pena.

En Guatemala, la pena establecida en el Código Penal de Livingston de 1831 para el delito de violación era única, la prisión perpetua con trabajos recios, desproporcional indudablemente. Pero la mentalidad de los legisladores ha ido cambiando y ya en el segundo Código Penal de 1877 se purgaba con prisión ordinaria (sin trabajos recios) de cinco a diez años de prisión. Luego en los Códigos Penales de 1889 y 1936 se estipuló una única pena de ocho años de prisión. En el quinto Código Penal Decreto número 17-73 vigente, se estipuló la pena oscilante entre una mínima de seis y un máximo de doce años de prisión. En

el supuesto de violación con agravación de la pena, la sanción era de ocho años la mínima y una máxima de veinte años de prisión, cuyo tipo básico ya incluía los elementos de agravación que a la fecha están vigentes en el artículo 174 del actual Código Penal.

En 1973, con la emisión del quinto Código Penal guatemalteco, la pena establecida máxima era de doce años para la violación; si se trataba de violación agravada, la pena máxima era de veinte años, pero las penas mínimas oscilaban de seis años en simple violación y con agravación de la pena en ocho años de prisión la mínima.

Al revisarse los artículos 173 y 174 del Código Penal de 1973, se aprecia que en el supuesto de un reo primario en violación agravada, se imponía una pena mínima de ocho años de prisión. Se considera que las normas citadas de ese año sufrieron un aumento, pero no compensaban la lesión al bien jurídico tutelado, se veía una deficiencia en cuanto a la magnitud de la pena no proporcional. Por consiguiente, no proporcional al hecho y a la lesión producida al bien jurídico tutelado. Posteriormente, con las reformas contenidas en el Decreto 9-2009 del Congreso de la República artículos 28, 30 y 44 actualmente vigentes, se nota una legislación con más adecuación social, pero con defecto de redacción, evidenciando antinomias que es necesario aclarar o corregir mediante una reforma o modificación de dicho Decreto.

Es con el Decreto 9-2009 que se notó una regulación razonable a la pena, que reformó el artículo 173 en el artículo 28 del citado Decreto, el artículo 30 que reformó el 174 y el artículo 44 adicionó el artículo 195 Quinqués. Se observa que la intención del legislador en la defensa de la sociedad contra el delito es más proclive al encierro prolongado y por lo mismo una mayor intervención estatal en el aspecto de castigo, acorde a la intensidad de las conductas. Al día de hoy, en el supuesto de un reo primario cuya conducta ilícita concorra en agravaciones indicadas en el artículo 174 del Código Penal, la pena a imponer jamás sería

menor de trece años de prisión, pero la única variante es la escala relativa a la edad de la víctima reguladas en el artículo 195 Quinquies del relacionado Código, que la hace más elevada razonablemente, porque ya se sumaría también este incremento cuando concurre en la ejecución del delito, el supuesto de que la víctima sea adolescente, niña o niño.

3.4 Forma en que deben regularse las agravaciones a la pena en el delito de violación, para que su aplicación resulte unánime por las judicaturas y la pena sea justa

La regulación penal sustantiva guatemalteca actual, en lo que se refiere al delito de violación en el artículo 28 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (artículo 173 del Código Penal) norma en la cual se encuentra estipulado el tipo básico y el artículo 30 (artículo 174 Código Penal) regulado el aumento a la pena en dos terceras partes por la agravación de la pena, mediando las circunstancias que se incluyen en tal norma y el artículo 44 de la relacionada ley (artículo 195 Quinquies del Código Penal) los aumentos de dos terceras partes, tres cuartas partes y con el doble de la pena.

Se muestra que en dichas normas penales los incrementos a la pena del delito (en el artículo 195 Quinquies) se tuvieron que haber sido plasmado el tipo básico en la misma redacción, puesto que la forma en que se encuentran reguladas se tienen como inexistentes, porque no todos los jueces aplican dichos aumentos cuando proceden esos elementos especiales de agravación, con el argumento de que los elementos son excluyentes y los consume el tipo penal básico, tal y como se ha comentado anteriormente. En el segundo párrafo del tipo básico se lee que 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 del tipo básico ya aplica para este elemento, incluye a todas

las víctimas de menos de catorce años de edad, así como la discapacidad volitiva o cognitiva.

3.5. Principio de Legalidad

Este Principio según, el autor Rodríguez (1978) tiene su origen doctrinal en el Principio *Nullum crimen, Nulla poena sine lege*. En el sentido moderno, tiene lugar en el siglo XVIII, se considera mérito principal del italiano Beccaria y del alemán Feuerbach, siendo Feuerbach quien lo formuló en esos términos latinos que tenían un significado político y científico. Representa una lucha contra el *ius incertum*, contra la incerteza y seguridad características del Derecho Penal del antiguo régimen. Por el Principio de Legalidad, la potestad punitiva del Estado queda enmarcada dentro del límite preciso, y garantizados los derechos individuales frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos. De esta forma, todo ciudadano tiene la certeza, antes de emprender su acción, si la ley la declara punible y en ningún caso puede ser sorprendido *a posteriori* con una pena no establecida previamente. La pena, agrega, debe cumplir un fin psicológico de coacción para que el sujeto se aparte del delito; para desarrollar tal función debe estar descrita en la ley (págs., 59-60).

El Principio de Legalidad impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado. Lo decisivo para comprobar la vigencia del principio de legalidad no es el reconocimiento formal del mismo en uno o varios preceptos de carácter general, sino la forma en que aparecen configurados los diversos tipos del delito en particular. Si en los tipos penales se introducen cláusulas vagas y omnicomprendivas, el reconocimiento de este Principio se reduce a pura afirmación farisaica. Se conculca la reserva de ley que el principio *Nullum crimen, Nulla poena sine lege*.

Para Roxin (1997) el principio de legalidad se fundamenta en cuatro consecuencias: a) La prohibición de analogía (*Nullum crimen, Nulla poena sine*

lege stricta) cuando se lleva una norma jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de semejanza del caso, de un precepto concreto (analogía legal) o de la idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). No está determinada legalmente la punibilidad; b) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*Nullum crimen, Nulla poena sine lege scripta*). La norma prescribe que la punibilidad, solo se puede determinar legalmente; c) La prohibición de retroactividad (*Nullum crimen, Nulla poena sine lege praevia*). Un hecho que no es punible en el momento de la comisión, no puede ser penado; d) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*Nullum crimen, Nulla poena sine lege certa*). La infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del Principio de Legalidad, pero son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas (págs., 140-141).

En el Derecho Penal no puede fundamentarse crimen ni pena si no están prescritos en la norma legal previamente como delitos con la pena correspondiente. Se recalca que, atendiendo el principio de legalidad, la ley tiene que ser concreta, suficientemente clara, que los términos no sean oscuros y que no deje margen de error o beneficio para los autores a la hora de ponderación de la pena. A eso se refieren las consecuencias enunciadas, ley previa y pena prescrita en la norma penal en forma determinada.

Es palpable que las normas relacionas para castigar el delito de violación con sus respectivos aumentos (28, 30 y 44 del Dto. 9-2009 del Congreso de la República) se redactaron de manera improvisada; laguna de ley que da como resultado un defecto normativo de perjuicio al Derecho Penal, de la víctima y socialmente.

Se repiten esos elementos que implican agravación de la pena en las normas citadas. Preceptúa agravación de la pena con un aumento en dos terceras partes en los casos siguientes: inciso 2, cuando la víctima se encuentre en

discapacidad física o mental. Con palabras distintas, pero dichos elementos conducen a un mismo fin. Una víctima con incapacidad volitiva no puede controlar sus actos por deficiencia de inteligencia; se asocia al libre albedrío y a la libre determinación. Una víctima con incapacidad cognitiva no puede comprender, adolece de capacidad para entender el acto. Por la forma de redacción del tipo básico y normas alternas en las cuales concurren los mismos elementos, se observa que en las sentencias unas judicaturas sí aplican los aumentos y otras no, como develan algunas sentencias, con la fundamentación del principio de consunción.

El autor Alessandro Barata (2016) relaciona el Principio de Legalidad con: a) principio de Reserva de Ley, que impone limitar el ejercicio de la función punitiva, solo acciones previstas por la ley como delitos *Nulla poena sine lege*, *Nulla poena sine crimine* dentro de éste; b) el Principio de Taxatividad que la pena es aplicable en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley, indicando elementos descriptivos que deben alcanzar la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas y la limitación de generalidades de los elementos típicos. Este principio excluye la aplicación por analogía de la ley penal; c) Principio de Irretroactividad. Excluye la aplicación de penas o de sus equivalentes y de cualquier condición que agrave la situación del imputado, que no se haya previsto por la ley con anterioridad al hecho, comprende el régimen procesal y el de ejecución; d) El Principio de Primado de la ley penal sustancial, asegura la extensión de las garantías contenidas en el Principio de Legalidad a la situación del individuo, que incluye la limitación de medidas restrictivas de los derechos si no obran previamente en la ley (págs., 305-306).

Para que la pena sea justa y proporcional, deben ser aplicados los incrementos por las agravaciones al delito, de conformidad con las conductas manifestadas por el sujeto activo. Los elementos de las conductas expresadas deben incluirse de manera expresa y clara en el tipo penal básico. La norma debe

ser acertada, concreta y acorde con los Principios de Certeza Jurídica y Principio de Legalidad.

La Constitución Política de la República de Guatemala contempla el principio de Legalidad en el artículo 17. La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en la gaceta número uno del expediente 12-86, página 9 de la sentencia con fecha 17 de septiembre de 1986, que el Principio de Legalidad postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal. Por ello impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales cuyo contenido sea indeterminado.

La descripción de la conducta tipificada como delito de violación debe ser de manera expresa y concreta al igual que la pena a imponerse. Debe corregirse el tipo penal que encuadra el delito (artículo 173 del Código Penal) conforme el siguiente ejemplo: artículo 28 de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (Código Penal, 1973). Violación: Quien mediante violencia física o psicológica, tenga acceso carnal, introduzca objeto, animal, sus órganos genitales o parte del cuerpo no genital, por la vía vaginal, anal o bucal, con persona del mismo u otro sexo u obligue a otra persona a introducirselos a la víctima o así mismo. Será sancionado con prisión de ocho a doce años de prisión, más los porcentajes de aumento señalados a continuación, si se dan los presupuestos de las conductas que se describen como sigue:

La pena se aumentará en dos terceras partes en los casos siguientes:

- a) Si la víctima es mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad o padece de discapacidad física o mental;
- b) Si la víctima estuviere embarazada o se produjere por tal hecho el embarazo;
- c) Si el autor fuere ministro de culto, educador o estuviere a cargo, guarda o cuidado temporal de la víctima; pariente de la víctima, tutor o crianza de la

víctima, cónyuge, ex cónyuge, conviviente o pariente dentro de los grados de ley;

- d) Si el hecho se cometiere con abuso de autoridad o confianza;
- e) Si la víctima se encontrare privada de libertad;
- f) Cuando el autor actuare con el uso de armas, instrumentos, bajo sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes que lesionen la salud o alteren gravemente la capacidad volitiva de la ofendida;

La pena será aumentada en tres cuartas partes, en los siguientes casos:

- a) Aunque no medie violencia física o psicológica si la víctima es de menos de catorce años de edad;
- b) Si el hecho se comete por la acción conjunta de dos o más personas;
- c) Si el hecho se perpetra en personas mayores de cincuenta años.

La pena se aumentará con el doble de pena en los casos siguientes:

- a) Si la víctima fuere de menos de diez años de edad, aun cuando no medie violencia física o psicológica;
- b) Si el autor, fuere enfermo o portador de enfermedad de transmisión sexual o del virus de inmunodeficiencia adquirida.

Esta sería una regulación razonable, clara, comprensible y justa, sin ambigüedades, castigándose las conductas de manera proporcional al daño ocasionado al bien jurídico tutelado y que en la realidad se apliquen de forma legal los aumentos para que la ley sea funcional.

3.6 El Aumento de las penas como un reflejo del Derecho Penal del Enemigo

Günter (2003) hace referencia a un Derecho Penal Diferenciado, dos tipos de ideales que jamás serán llevados a la realidad de modo puro: el Derecho Penal del Ciudadano como una leve defensa frente a riesgos futuros y el Derecho Penal del Enemigo, el terrorista más alejado de la esfera ciudadana, tratado al menos como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. Situación que no puede contraponerse aisladamente del Derecho Penal esas dos esferas, sino describir dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. Ello devela que es posible que esas dos fuentes se superpongan, solapándose (ocultando maliciosamente) a tratar al autor como persona y otras encaminadas a tratar al autor como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.

El Derecho Penal del Enemigo es Gunter un indicativo de pacificación insuficiente, pero no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores sino también a los rebeldes. El Derecho Penal del Enemigo implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Filosóficamente, denomina derecho al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción. Todo derecho está vinculado con la autorización para emplear coacción y la coacción más intensa es la del Derecho Penal. En consecuencia, cualquier pena o incluso cualquier legítima defensa, se dirige contra un enemigo (págs., 27-47).

En correspondencia con ello, Rousseau manifiesta que cualquier malhechor que ataque el Derecho Social deja de ser miembro del Estado, puesto que está en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia es que al culpable se le hace morir como enemigo y no como ciudadano.

Para Rousseau y Fichte, todo transgresor de la Ley Penal es un enemigo. Sin embargo, para Hobbes al menos el reo de alta traición es un enemigo. Los autores Hobbes y Kant conocen un Derecho Penal del Ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente por principio y un Derecho Penal del Enemigo contra quien se desvía por principio. El Derecho Penal del Ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal pues este sigue siendo persona. En sí, el Derecho Penal del Ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo es el de aquellos que forman contra el enemigo, frente al enemigo, es solo coacción física hasta llegar a la guerra. Coacción que puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad es Derecho Penal del Enemigo, y se combate por su peligrosidad, pero debe quedar incólume en su papel de propietario de cosas, es decir, que conserva su derecho de propiedad.

Agrega Gunter (2003) que las regulaciones del proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. Por ejemplo, la incomunicación: eliminar la posibilidad de que el preso entre en contacto con su defensor, para evitar riesgos para proteger la vida, la integridad física o la libertad de una persona. En el Estado moderno ve al autor de un hecho delictivo, no como a un enemigo al que hay que destruir, sino a un ciudadano. Una persona que mediante su conducta ha erosionado la norma vigente, y que por ello es llamado de modo coactivo para equiparar con la pena, que tiene el fin primordial de asegurar a la sociedad frente a hechos posteriores por medio de la privación de medios de desarrollo del autor. La pena se impone por el daño que causa al bien jurídico, pero no por eso debe ser tratado como un enemigo (págs., 26-47).

Según López (2015) esta frase el Derecho Penal del Enemigo fue introducida en el Congreso de Frankfurt en Alemania, en 1985 con una tendencia a la criminalización, previa a vulnerar los bienes jurídicos, y cobra mayor auge con el Congreso de Berlín durante 1999, para delitos graves. Se reconocen garantías y

derechos para las llamadas personas (amigos) y no se reconocen tales garantías para los enemigos o peligrosos (pág., 71).

En síntesis, el Estado puede ver al sindicado de las siguientes formas: como persona que delinque, persona que ha cometido un error, individuos a los que hay que impedir mediante la coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Se consideraba persona aquella que ofrecía una garantía cognitiva en su comportamiento personal (Derecho Penal del Ciudadano es un pleonismo) y la pena es la contradicción y en el Derecho Penal del Enemigo persigue la eliminación de un peligro mediante medidas de seguridad, aquel con una conducta delincencial gravísima, en el caso de un terrorista, debe ser eliminado o apartado de la sociedad, por ser vulnerador del ordenamiento jurídico, debe mantenerse en medida de seguridad, es decir, neutralizarlo (bastante macabro el término empleado) pero ambos tipos pueden ser legítimos.

En el Derecho Natural, según Rousseau, se sostiene que todo transgresor del Ordenamiento Jurídico Penal, conducta gravísima, es un enemigo y hay que neutralizarlo y excluirlo. Normativamente es preferible mantener el estatus de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio, manteniendo un comportamiento obediente al ordenamiento jurídico. (Gunter, 2003, págs., 55-61).

En la actualidad, un gran número de países cuentan con Tratados y Convenios Internacionales que han sido aceptados y ratificados, en donde a los sindicatos les han establecido derechos y obligaciones. Entre estos, que deben ser tratados como personas, no debe tolerarse la violación de sus Derechos Humanos elementales y no debe permitirse, bajo ningún punto de vista, tales violaciones. Un Derecho Penal del Enemigo claramente delimitado es menos peligroso. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los Derechos Humanos evidencia rasgos propios del Derecho Penal del Enemigo, sin que se pueda considerar ilegítima. Pero en sí, el Derecho Penal del Enemigo supone un instrumento idóneo que describe relevantemente el desarrollo del Ordenamiento

Jurídico Penal real; es parte del Derecho Positivo por formar parte del sistema Jurídico Penal Real.

Zaffaroni (2012) en relación con el tema del Derecho Penal del Enemigo, cita a Protágoras y a Platón:

Nada es demasiado nuevo en el Derecho Penal, de modo que la prehistoria de la legitimación discursiva del tratamiento penal diferenciado del enemigo, puede hurgarse en la antigüedad y buscársela en Protágoras y en Platón. Platón, desarrolló por primera vez en el pensamiento occidental la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando ésta sea irreversible, debe ser eliminado. Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un Derecho Penal Diferencial, según el cual los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad (pág., 111).

A lo anterior, Zaffaroni (2012) agrega:

No es necesario recurrir a siglos recientes para teorizar y legitimar lo que siempre ha sido ejercicio del poder punitivo. Por lo que podría ser prueba de que el enemigo (sindicado) es una construcción tendencialmente estructural del discurso legítimo del poder punitivo. En estos últimos ocho siglos, toda teorización legítima del tratamiento penal diferenciado para enemigos o extraños se basó en emergencias, o sea en amenazas a la supervivencia misma de la humanidad o de la sociedad, que asumían el carácter de guerras y, por ende, reducían el Derecho Penal a Derecho Administrativo y las penas a coerción directa (pág., 112).

El pensamiento de que el mal amenaza y la emergencia que se invoca requiere guerra, por la misma necesidad de neutralizar el acto se impone la eliminación de todos los obstáculos para la defensa frente al enemigo. Se consideraba que toda infracción era una agresión actual y por ende todo el poder punitivo se ejercería en situación de legítima defensa, habilitando la lesión al ofensor en la medida necesaria para contener la agresión, sin importar la magnitud del daño que se le provoca al infractor (Zaffaroni, 2012, págs., 111-112).

Históricamente, la primera emergencia fue teorizada por los criminólogos medievales, llamados *demonólogos*, provenientes de la orden de los

dominicos y fue sintetizada en el famoso *malleus maleficarum*, era un modelo integrado de Criminología Etiológica, Derecho Penal; Procesal Penal y Criminalística. Un procedimiento inquisitorio que obligaba mediante tortura, a denunciar a otros sospechosos. Los peores enemigos eran quienes negaban la existencia o el poder de las brujas. La brujería la tomaban como un crimen más grave que el pecado original. El proceso penal, centralizaba en los inquisidores las figuras del defensor, del acusador y del Juez. El defensor era permitido en límites muy estrechos y seriamente amenazado si se excedía en su función. La confesión bajo tormento era prueba de culpabilidad, de modo que siempre era encontrado culpable al procesado. (Zaffaroni, 2012, pág., 113).

Si se recuerda, esa etapa inquisitiva era propia de la escuela clásica. La venganza privada, la ley de talión (ojo por ojo y diente por diente) no se consideraba la utilidad de la pena, solo se detenía en el delito y no en las causas que llevaron al individuo a delinquir por el criterio que el sindicado actúa con base en su libre albedrío. No cuenta la víctima, era totalmente ignorada. Ya en la etapa positivista, se piensa en la utilidad de la pena, proyectando una luz más viva sobre las leyes procesales y medidas penales (seguridad) buscando el origen o causas de los delitos, así como también se considera la readaptación del condenado.

Enrico Ferri (2012) uno de los exponentes de la escuela positiva, menciona que dentro de las innovaciones de esta escuela, existen tres principios generales:

- 1º. Es preciso restablecer el equilibrio de los derechos y de las garantías entre el individuo que debe ser juzgado y la sociedad que juzga, para obviar las exageraciones del individualismo introducidas por la escuela clásica, sin distinción entre sindicatos peligrosos y no peligrosos, atávicos y evolutivos.
- 2º. El oficio del juez penal no es comprobar el grado de responsabilidad moral del imputado, sino una vez probada la responsabilidad material o responsabilidad física, fijar la forma de preservación social más apropiada al procesado.
- 3º. Debe existir continuidad y solidaridad entre las diferentes funciones prácticas de defensa social, desde la policía judicial hasta la sentencia y su ejecución (pág., 193).

No se enmarca a la defensa social sino a la libertad individual en las justas garantías aseguradas por el predominio del sistema acusatorio en la organización

judicial, como es la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*) la necesidad de considerar a todo ciudadano honrado mientras no se le pruebe lo contrario (pág., 194).

Es notorio que la inoperancia de los gobiernos en Guatemala, en cuanto a establecer Políticas Criminales efectivas que detengan la criminalidad, ha inclinado al legislador a crear el terror penal, volviendo a la etapa inquisitiva, creando más figuras delictivas y aumentando la pena de prisión, por ejemplo, la vigencia del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en el caso específico de delito de violación. Dichos aumentos de pena al delito, no lo frenan; continúan dándose y son más los ataques de esta clase de conductas delictivas contra adolescentes, niñas y niños. Al Estado no le ha interesado o no ha sido su prioridad el frenar la criminalidad, por lo que no ha invertido económicamente en crear políticas educativas, sociales, de salud, integración familiar, social o laboral, para prevenir la delincuencia y en especial este tipo de flagelo, por lo que no se ha fortalecido el control social informal.

Por tal Estado, en respuesta al fenómeno criminal y aumento de inseguridad, reacciona emergentemente ante la inseguridad y el clamor de los medios de comunicación y de la colectividad, opta por lo más fácil: mayor represión y más sanción (incremento de pena) y la prolongación de privación de libertad, endurecimiento de la pena, supuestamente como medida de defensa social frente al delito. En cierta forma, como un mensaje para tranquilizar a la opinión pública, haciéndole creer que no hay impunidad. Socialmente, el infractor de la ley penal se ha convertido en el enemigo de la sociedad y el Derecho Penal en un Derecho Penal para enemigos.

No deja lugar a dudas que con las reformas al Código Penal, mediante el Decreto 9-2009, resurgió el endurecimiento o rigor punitivo ante la amenaza constante del delito.

Cabe mencionar a Beccaria (2012) que manifiesta que “los legisladores ceden frente a la presión de esa entelequia (lo irreal, la opinión pública) que exige un mayor rigor punitivo” (pág., 58).

Según Beccaria (2012):

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males aunque pequeños; cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres (pág., 59).

Expone el autor, que es mejor evitar los delitos que castigarlos. Que toda buena legislación tiene por cometido llevar a los hombres a punto mayor de felicidad o la menor infelicidad posible (pág., 94).

En 1999, la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala MINUGUA presentó un estudio titulado *Los presos sin condena y el uso de la prisión preventiva en Guatemala*, donde se indicó que la prisión preventiva se ha convertido en un mecanismo de control social, una clara trasgresión sistemática de las garantías constitucionales que quebranta los principios de legalidad y presunción de inocencia en un Estado de Derecho. En el 2001, la CIDH se pronunció de la misma forma, asegurando que el uso de la prisión preventiva en Guatemala constituye una contravención severa del derecho de libertad (PDH & ONU 2016).

Que las autoridades judiciales, instituidas para perseguir los delitos y administrar justicia en Guatemala, no están respetando el compromiso adquirido en los Convenios aludidos de cumplir con los modelos internacionales sobre Derechos Humanos en materia de libertad personal, presunción de inocencia, debido proceso y no aplicar prisión preventiva, puesto que la prisión preventiva es la excepción y no la regla general, según el artículo 259 del Código Penal, debiendo ser utilizada solo como último recurso, porque existiendo salvaguardias

jurídicas, como se dicta en el artículo 264 del Código Procesal Penal, durante la tramitación del proceso penal, no se debe limitar la libertad.

El informe que presentaron dichas Instituciones revela que el uso desmedido de la aplicación de la prisión preventiva, según datos aportados por las autoridades del Sistema Penitenciario al 25 de octubre del año 2016, había 20 mil 939 personas privadas, de las cuales 9 mil 637 guardan prisión preventiva, lo que corresponde a un 46% de población reclusa, vulnerándose los derechos humanos de los sindicados. Opinan que dentro del factor decisivo que contribuye a la aplicación de la prisión preventiva, está la presión pública y mediática que influye en el sistema de justicia, lo que se conoce como «cultura represiva», cuyas políticas penales están dirigidas a favorecer el encarcelamiento, presuntamente una forma de solucionar los desafíos de seguridad ciudadana y la criminalidad del país. El informe indica que, según entrevistas de la Procuraduría de Derechos Humanos, los jueces manifestaron sentirse poco respaldados por las instituciones de justicia al otorgar medidas sustitutivas, porque dichas decisiones tienen más probabilidades de ser revocadas que si hubieran otorgado prisión preventiva.

El informe agrega que la exposición de las personas detenidas ante los medios de comunicación social, sin haber sido escuchadas por un juez competente, puede impactar negativamente en el Derecho Constitucional de Presunción de Inocencia. Prácticamente, aplicar la prisión preventiva es una manía automatizada hasta en casos de sindicación en delitos en grado de tentativa, cuando ni siquiera se ha cometido el delito, circunstancia que es preocupante. Tal información fue confirmada en el Ministerio Público y se muestran tasas más altas de encarcelamiento en prisión preventiva entre los años 2011 y 2016. Los jueces no fundamentan adecuadamente las razones por las cuales dictan la prisión preventiva en las respectivas audiencias orales, careciendo de una precisa argumentación de los elementos que determinan el peligro de fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad (artículos 262-263 del Código Procesal Penal). Se observa desproporcionalidad en la exigencia de probar el

arraigo en el país, determinado por el domicilio o residencia habitual o asiento de la familia, negocios o trabajo (peligro de fuga) para personas de escasos recursos y a extranjeros a quienes se les imposibilita probar dichos extremos; la salida más fácil es imponer prisión preventiva.

Lo que dice el informe es que la imposición de medidas sustitutivas por caución económica muy elevada no concuerda con las posibilidades económicas de los procesados, se deja ver que esa clase de resoluciones tienen el propósito de privarlos de la libertad, impidiendo la salida de los mismos, por no poder tener los medios económicos para cubrir dichas sumas de dinero. Se observa la mora judicial en la tramitación de los procesos penales por suspensión de audiencias, bajo el pretexto de imposibilidad material (disparidad de jueces, defensores públicos y fiscales) o porque tienen prioridad los casos de mayor impacto, perjudicando a los privados de libertad, por la mal llamada prisión provisional.

Aunado a lo anterior, se observa que la Política Criminal guatemalteca se ha visto expuesta en la expansión del Derecho Penal, por la actividad del legislador que existiendo ya tipos penales regulados, en el caso específico de violación, ha sufrido modificaciones y reformas al Código Penal guatemalteco, conforme el Decreto 9-2009 del Congreso de la República. Se ha dado en la tarea de modificar las penas o el tipo, así como las consecuencias del delito. Se asignaron penas más altas para conductas más graves, los incrementos antes señalados, lo cual es lógico.

Pero dichas normas, por la defectuosa redacción de sus elementos que prescriben aumentos a la pena, dan lugar a dudas que en la práctica punitiva unos jueces aplican las agravaciones especificadas en el inciso 2º del artículo 174 y el 195 Quinqués del Código Penal mientras otros jueces no lo hacen. La razón es porque se excluyen los elementos estipulados. Los mismos se encuentran incluidos en el tipo básico, los aumentos por edad de la víctima o en su caso también el inciso segundo del artículo 174 del mismo cuerpo legal, que repite el

elemento incapacidad física o mental, también está incluido en el artículo 173 del Código. No se pueden aplicar legalmente, porque desencadena en una colisión al principio de legalidad, porque la norma que tipifica el delito de violación ya abarca los elementos referidos. Es notorio que dicho decreto es ambiguo por repetir los elementos relacionados para los cuales prescribe los aumentos aludidos. La concurrencia de normas sobre los mismos elementos trasgrede el principio de legalidad, por no ser estas concretas y claras; la circunstancia de minoría de edad y discapacidad física o mental ya están inmersas en la conceptualización del tipo penal básico, según el artículo 28.

Como es evidente la falta de métodos efectivos para evitar el delito en Guatemala, el legislador ha respondido endureciendo la pena con aumentos o creando más delitos en forma casuística (populismo, mayor castigo) por la misma necesidad de apaciguar al conglomerado social y dar la imagen que el Estado está luchando contra la criminalidad. Se marca la ineficiencia e impotencia del Estado para combatir la criminalidad y aún más, se muestra una copia de la punición internacional que muestra rasgos del Derecho Penal del Enemigo, siendo legítima porque está contenida en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Si bien las instituciones enunciadas son tendientes a proteger al procesado, cabe resaltar que actualmente la víctima es parte elemental en todo proceso penal, porque es la víctima la que soporta el delito, la que sufre la invasión a su cuerpo, la que es destinataria de una vil humillación. La ley la protege por medio de la tutela judicial efectiva y toda resolución debe tender a proteger la dignidad de las víctimas, castigar el delito en congruencia con los principios de proporcionalidad y humanidad con respecto a la magnitud del daño que causa el delito a la víctima. Si bien se ha vuelto la prisión preventiva (con argumentos de peligro de fuga y obstaculización a la averiguación, artículos 262 y 263 del Código Procesal Penal) una forma de control judicial, es en consideración a la víctima y para evitar la repetición y las agravaciones impuestas al delito de violación

referidas y contenidas en el Decreto 9-209 del Congreso de la República, que surgió como emergencia por ser un hecho ilícito recurrente, cuya punición vino más acorde.

A raíz de ello, surgió también el registro genético de agresores sexuales, aunque cumplan su condena, siguen arrastrando la marginación social como medio de protección o defensa social. Una reacción emergente atendiendo al índice de víctimas por tal hecho, que se atacan a adolescentes, niñas o niños, personas débiles o vulnerables por su falta de desarrollo físico y mental para ejercer defensa.

Al computar el aumento por la concurrencia de elementos violentos en la ejecución del hecho, la pena se convierte en pena proporcional. Pena que es idónea y por lo mismo es proporcional a la intensidad o gravedad del hecho, por la lesión que causan las conductas agravadas al bien jurídico protegido. La amenaza latente de causar daño a las personas (adolescentes, niñas y niños) y a la sociedad con esa clase de conductas, hace meritoria la correspondencia con imponer pena mayor por el estado de vulnerabilidad de las víctimas.

De cierta forma, sí es un Derecho Penal del Enemigo, porque se muestra mayor aislamiento con la prolongación de cárcel como medio de defensa social. La cárcel, de por sí, es un tipo de marginación social y los aumentos relacionados. Para la pena en el delito de violación ahonda la marginación, pero ha surgido debido a emergencias de la época por la constante comisión del delito que ataca a adolescentes, más a niños y niñas. Otro aspecto es por ausencia de Políticas Criminales en miras a la prevención del delito de parte del Estado. La manifestación de que se deniega el otorgamiento de salidas alternativas procesales para evitar la prisión es dirigida a la protección de las víctimas y la defensa social; hay más sensibilidad por parte de las autoridades judiciales al proteger a las víctimas.

Todo lo referido es de tipo coyuntural, porque el Estado es incapaz de evitar la criminalidad. Claramente, la creación de figuras delictivas, los aumentos y los hechos enunciados, reflejan que se ha estado viviendo un Derecho Penal del enemigo, pero en tanto la sociedad no deje el machismo y no cesen las conductas perversas que hacen daño a víctimas vulnerables, mismas que señala el artículo 195 Quinqués del Código Penal, y se siga afectando a las víctimas, tiene que existir mayor prevención especial y colectiva para resguardar del delito a la sociedad.

En obediencia al principio de Legalidad, la ley debe ser clara y concreta; no debe dejar dudas para su aplicación y debe tenerse presente en la imposición de la pena, ante todo, la dignidad de las víctimas como destinatarias de la humillación y dolor que se les causa, con penas apropiadas al mal que se les hace padecer.

3.7 Las agravaciones de la pena del delito de violación

En el inciso anterior se abordó el tema de las agravaciones a la pena en el delito de violación. En esta oportunidad, se sintetizará de la siguiente forma en relación con las agravaciones en general y específicamente para el delito en mención, derivado del acaecimiento o coincidencia de factores o elementos que inciden en el aumento de la pena y que han sido estipulados previamente por el legislador. Estos factores se pueden deber a la conducta anterior del sindicado (reincidencia) y a las circunstancias agravantes por formas de conducta (artículo 27 del Código Penal) manifestadas por el agresor en el momento de la perpetración del hecho y que, como consecuencia, modificarán la responsabilidad penal, agravándola por ser más indignantes o dañinos los *modus operandi* de los sujetos sindicados.

Entre las disposiciones comunes, el artículo 28 del Código Penal preceptúa como agravante especial de aplicación relativa, cuando el sindicado tuviere la calidad de jefe o agente encargado del orden público. Esta circunstancia es

contemplada por la ley como grave abuso de autoridad y para ello se establece un aumento de una cuarta parte en la pena.

Es importante mencionar que si los elementos anteriormente mencionados, en algún momento abarcaran el tipo penal de violación, los mismos serían excluidos por ende. Así lo regula el artículo 29 del mismo cuerpo legal, exclusión de agravantes, que no se apreciarán como circunstancias agravantes las que por sí mismas constituyan un delito especialmente previsto por la ley, ni las que la ley haya expresado al tipificar el delito, o bien sean inherentes al delito ya que sin la concurrencia, no fuese posible la comisión del mismo.

En la ley sustantiva penal guatemalteca se encuentran estipulados en el artículo 30 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (artículo 174 del Código Penal) siete presupuestos jurídicos que agravarán la pena del delito y son los siguientes: que se perpetre el delito con la participación de dos o más sindicados, cuando la víctima sea adulto mayor, padezca enfermedad o en condición de discapacitado física o mentalmente o encontrarse privado de libertad; el sindicado actuare con el uso de armas, o de sustancias alcohólicas, narcóticas, estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la víctima o alteren su capacidad volitiva; se cometa el delito contra mujer en estado de embarazo o se produzca el embarazo; fuese el autor pariente de la ofendida o responsable de su educación, guarda, custodia cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente o pariente dentro de los grados de ley de la víctima; en el caso que el autor produjere en la víctima contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual; fuere funcionario o empleado público, o un profesional en el ejercicio de sus funciones.

Es evidente que en cualquiera de las circunstancias prescritas en que se encuentre la víctima son desventajas que denotan indisposición o vulnerabilidad y por lo mismo: la dificultad de ejercer defensa contra el ataque sexual, y serán ventajas para que el victimario ejecute plenamente su acción delictiva. Se

consigna la agravación de la pena y en el artículo 44 de la misma ley (artículo 195 Quinqués del Código Penal donde se estipulan las circunstancias especiales de agravación, según el Decreto 9-2009 del Congreso de la República) en las cuales está plasmado el porcentaje de agravación a la pena, que van desde dos terceras partes; tres cuartas partes y el doble de la pena de aumento si la ofendida es niña o niño. Llámese un medio de defensa social o protección mayor de las víctimas y una mayor intervención de la fuerza punitiva del Estado.

De igual forma, los adolescentes e infantes se encuentran en situación vulnerable lo que impide la defensa contra el autor y es más cuando las víctimas son niños o niñas, no solo no tienen la fuerza física sino carecen de esa capacidad mental para discernir el alcance del delito.

3.8 Determinar hasta qué punto resultan ser funcionales para el delito de violación las agravaciones estipuladas en los artículos 30 y 44 de la Ley contra la violencia sexual

Es pertinente sintetizar que la Ley Contra la Violencia Sexual que regula lo concerniente a las agravaciones a la pena delito de violación, reformó el Código Penal en su artículo 173. Para tal efecto, incrementó la pena mínima en dos años más de prisión, según el artículo 28 y así en el artículo 30 contempla un incremento de dos terceras partes señalando los siete elementos que concurran en la ejecución del delito y adicionó el artículo 44 (195 Quinqués del Código Penal) con aumentos por edades de las víctimas que van de dos terceras partes, tres cuartas partes y el doble de pena. Efectivamente, Guatemala era el único país de Centroamérica que no había adecuado su legislación en cuanto a pena y nuevas modalidades de ejecución del delito a causa de la impunidad a pesar de que se han ratificado y aceptado los Convenios y Tratados Internacionales referentes el fenómeno criminal de violación y el auge que ha cobrado, lesionando gravemente los derechos humanos de las víctimas cuyo número de infantes es alto.

Con la ley en mención se pretendió, prevenir y erradicar el delito sancionando el mismo, cuando se cometiere empleando presupuestos jurídicos de conductas más violentas en el caso de adolescentes, niñas, niños y personas discapacitadas física o mentalmente, con el propósito de que se dieran cambios sustanciales en la sociedad guatemalteca.

No obstante, se observa mayor prevención y drasticidad de pena en caso de conductas más aberrantes en los casos citados. La realidad es que las agravaciones a la pena en este delito no son funcionales, porque los elementos que a continuación se detallan y devienen legalmente inaplicables por algunos jueces que estiman que, conforme a derecho, esos presupuestos jurídicos que aumentan la pena objetiva al delito ya se encuentran conceptualizados o inmersos en el tipo penal básico, que son excluyentes y con fundamento en el Principio de Consunción, no se debe aplicar dichos aumentos, por ser normas ambiguas.

En algunas sentencias se expresa que dichos aumentos también son violatorios y violentan el principio *Ne bis in ídem*. Los aumentos de la pena en relación con la circunstancia estipulada en el inciso 2º del artículo 30 de la ley en mención (artículo 174 del Código Penal) que se refiere a víctimas con discapacidad física o mental y en casos de víctimas adolescentes o jóvenes que no han cumplido la mayoría de edad, pero son mayores de catorce, así como jóvenes de catorce y de menos de diez años de edad, contenido en el artículo 44 del mismo decreto (artículo 195 Quinquies del Código Penal) porque dichos elementos concurren en el tipo básico del artículo 28 de la ley citada (artículo 173 del Código Penal).

Los Jueces de sentencia penal argumentan que hay impedimento para aplicar los aumentos prescritos, impidiendo castigar con más pena por un mismo delito porque los tipos penales se excluyen. Aunque los aumentos estén plasmados en la ley específica, son letra muerta porque en sus sentencias los jueces, como se ha comentado, algunos no computan los aumentos por las

agravaciones concurrentes en el artículo 195 Quinquies y otros jueces sí aumentan la pena.

Hay contradicción al respecto de dicha aplicación; varían los razonamientos. Se han dado casos en que los jueces condenan aplicando los aumentos cuando se trata de víctimas adolescentes, niñas o niños, pero al impugnar mediante apelación especial, las Salas Jurisdiccionales revocan esos aumentos de pena o en su defecto en sentencias de casación, son revocados dichos aumentos.

Como ejemplos, se han citado sentencias en las cuales se demuestran razonamientos distintos de los jueces con respecto a aplicar o no el artículo 195 Quinquies del Código Penal, entre estas: a) sentencia expediente de Casación 01004-2014-01380 que revocó la sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente expediente 14002-2013-205, en la cual se impuso al condenado 21 años de prisión por violación con circunstancias especiales de agravación. La Cámara Penal revocó e impuso la pena de 13 años de prisión. El argumento fue que se violó en perjuicio del condenado el principio *Ne bis in ídem* pues se le aumentó la pena de prisión aplicando el artículo 195 Quinquies del Código Penal, por el hecho de que la víctima era menor de catorce años, lo cual es un supuesto que ya se encuentra contenido en el delito de violación, por lo que de mantener la pena impuesta, se estaría sancionando al procesado dos veces por el mismo hecho, teniendo como consecuencia el aumento de la pena, contraviniendo además el artículo 29 del mismo Código que prohíbe tomar en cuenta circunstancias propias del delito como agravantes, como ocurre en el presente caso.

b) Sentencia de Casación número 01004-2015-00246 emitida el 15 de julio del 2015 que revocó la sentencia emitida por el Tribunal Segundo Pluripersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer del departamento de Guatemala, dentro de los expedientes 116-2014 y

1118-2013-57, que aplicó las circunstancias especiales de agravación 195 Quinquies. En apelación la Sala Jurisdiccional, confirmó y casó con el argumento de que existe una concurrencia aparente de normas y esto significa que no pueden aplicarse las dos normas a un mismo hecho. Que esa concurrencia se da cuando la conducta antijurídica que es objeto de incriminación se presenta, a primera vista, como subsumible en dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente. Esa incompatibilidad se pone de relieve cuando una de las figuras típicas en que es subsumible la conducta antijurídica abarca todos los aspectos de la misma, bien porque la estructura de los tipos contiene conceptualmente la del otro, bien porque el desvalor delictivo que uno de ellos encierra ya el propio desvalor delictivo que el otro presupone.

La sentencia cita al autor Mariano Jiménez Huerta. *Derecho Penal mexicano* Tomo I. Las calificativas establecidas en los dos artículos anteriores se relacionan con el artículo 173; c) sentencia de casación proferida el 10 de junio del 2016, expediente de Casación No. 1504-2015, que revocó la sentencia del Tribunal Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente y que fue confirmada por la Sala Jurisdiccional, en la cual se condenó por violación a más tres cuartas partes de pena por circunstancias especiales de agravación y en Casación, se revocó la condena de este aumento argumentando que se estima que al condenado le asiste razón jurídica, toda vez que se violó en su perjuicio el principio *Ne bis in ídem* pues se le aumentó la pena de prisión aplicando el artículo 195 Quinquies del Código Penal, en consideración de que la víctima era menor de catorce años, lo cual es un supuesto que ya se encuentra contenido en el delito de violación, por lo que de mantener la pena impuesta, se estaría sancionando al procesado dos veces por el mismo hecho, que contraviene el artículo 29 de dicho Código, el cual prohíbe tomar en cuenta circunstancias propias del delito como agravantes. La sentencia de la Corte de Constitucionalidad, expediente 40-2016 con fecha 11 de agosto de 2016 denegó el amparo y confirmó el fallo de la Cámara Penal.

El Tribunal Segundo Pluripersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual impuso la pena de 22 años con circunstancias especiales de agravación, hubo apelación que no se acogió y la Cámara Penal en sentencia con fecha 16 de julio del 2015 casó y emitió que las relaciones que se dan entre dos tipos penales concurrentes deben resolverse según la teoría jurídica penal dominante por los principios lógicos de la especialidad o subsidiaridad, que no es el caso, o el principio valorativo de la consunción, que sí lo es. Este último postula que existen conductas que al ser subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen el desvalor delictivo plasmado en otro tipo, ya que en aquél yace latente éste. Por lo mismo, debe aplicarse aquel tipo que, conforme a su íntegra y profunda significación, incluye en el caso concreto que se resuelve el desvalor antijurídico del otro. Indica que respeta el principio *Ne bis in ídem*, que dicta que no puede ponerse un hecho dos veces a cargo de un mismo autor. Que aplicar en el presente caso que se resuelve para cuantificar la pena, se tiene la edad de la víctima como uno de los elementos subjetivos del tipo penal de violación contenidos en el artículo 173 del Código Penal y a su vez contenidas en el 195 Quinqués del citado Código, es violatorio.

Otras sentencias anteriormente citadas, con criterios que sí aplican el artículo 195 Quinqués son, por ejemplo el expediente 5124-2017, sentencia de la Corte de Constitucionalidad con fecha 7 de marzo del 2018 donde se resuelve que no se violenta el principio *Ne bis in ídem*.

Considerando que diversas instituciones se han pronunciado en el sentido de que no es recurriendo a la cárcel la mejor forma de responder frente al delito, puesto que ello es una costumbre irracional creer que castigando más al condenado se llega a la reivindicación. Por ejemplo, el Congreso de Ejecución Penitenciaria celebrado en Barcelona en el año 2006 concluyó que la excesiva duración de las penas de prisión no solo contradice el fin resocializador sino es una clara manifestación para determinar que la pena es inhumana y denigrante.

Así también, el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugieren la cárcel como último recurso y de esa forma evitar el hacinamiento e incremento de la población reclusa.

El Estado no debe echar mano del Derecho Penal para castigar. Por el contrario, debe crear medidas alternativas de Política Criminal y Social lo que sería más eficaz para proteger determinado bien jurídico (intromisión mínima del Derecho Penal, mínima restricción de libertad). La Ciencia de la Penología es tendiente a sustituir las penas privativas de libertad por tratamientos médicos y de reeducación.

El Derecho Penal se ha caracterizado por ser de naturaleza sancionadora; por castigar y reprimir por medio de la pena al que ha trasgredido una norma vigente tipificada como delito. Podría decirse que son instrumentos utilizados como preventivos generales (pena de prisión y medidas privativas de libertad). Pero no solo se caracteriza por su fuerza punitiva, sino que tiene como función ser preventivo, rehabilitador reeducador y reformador del penado (De León & De Mata, 1989).

Por otro lado, el progreso de las ciencias de la conducta y las técnicas de manipulación del comportamiento humano tampoco fueron ajenas a esta evolución que se ha traducido en sistemas penitenciarios de control social más útiles y sofisticados que los mecanismos penales tradicionales, no por ello menos eficaces.

La cárcel es la última instancia de parte del Estado (autoridades de justicia) de ejercer el control formal, en el sentido de que la pena de prisión, con el carácter de institución, está enfocada en la ejecución de la pena privativa de libertad. Aunque sus funciones puedan ser de castigo o de resocialización, siempre tendrán un carácter político por el control formal que conlleva dentro de la cárcel. La

cárcel, la instancia social en la cual el control se muestra en su máxima autoridad sobre el privado de libertad, es decir el régimen disciplinario.

De acuerdo con información estadística del INACIF, el índice de víctimas de delitos sexuales antes de la emisión del Decreto 9-2009 del Congreso de la República que contempla múltiples agravaciones, se puede observar que en el año 2008 en los departamentos y en la ciudad de Guatemala, fueron evaluadas un total de 2522 víctimas. En el 2009 fueron evaluadas 3790 víctimas. En el 2014 fueron evaluadas 8293 víctimas. En el 2015 fueron evaluadas 7423 víctimas. En el 2017 fueron evaluadas 8,116 víctimas. En lo que va del año 2018 de enero al 31 de agosto del mismo año, han sido evaluadas 6001 víctimas.

Según esos datos, se demuestra que las reformas al delito de violación que contienen penas elevadas con respecto a años anteriores, es decir, no contando el primer Código de Livingston de 1831 cuando la pena para este delito era de prisión perpetua con trabajos recios, dichos aumentos no han sido útiles. Todo lo contrario, el índice de víctimas es en demasía. Hay más criminalidad en este ilícito contra niñas y niños, aunque el castigo para el imputado sea mayor.

En tal sentido, se puede concluir que las normas contenidas en los artículos 28-30 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República (artículos 173-174 y 195 Quinquies del Código Penal) que agravan la pena del delito de violación, no han sido funcionales por ser excluyentes, tal y como lo cita el artículo 29 del Código Penal. Esta norma preceptúa que no se apreciarán como circunstancias agravantes las que por sí mismas constituyan un delito especialmente previsto por la ley. Es absurdo, entonces, el aumento contemplado de dos terceras partes para víctimas del delito de violación a mayores de catorce años y menores de dieciocho años, porque si algunos jueces no aplican los aumentos correspondientes a víctimas menores de catorce años, es menos posible que apliquen este incremento en esa circunstancia.

En las sentencias enumeradas se evidencian distintos razonamientos por parte de los órganos judiciales al ponderar; emplean como fundamento el principio *Ne bis in ídem* aunque no es procedente porque el delito es un hecho el sindicado. Otro razonamiento es el principio de consunción, que ya el tipo penal básico contempla las calificativas de la edad para sancionar el delito (artículo 173 del Código Penal.)

CONCLUSIONES

1. La predeterminación de las penas para el delito de violación sexual, según los artículos 28, 30 inciso 2 y 44 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, no son claras ni concretas; violan el Principio de Legalidad, pues los Jueces, al imponer las penas, aplican diferentes razonamientos en las sentencias cuando concurren los elementos de agravación en la ejecución del delito, lo que muestra una desproporcionalidad de la pena en relación con el daño causado a la víctima.
2. Se integren en el tipo penal de violación (artículo 28 del Decreto citado) las circunstancias especiales de agravación y el aumento de las penas como tipo penal cualificado, cuando se den los supuestos del artículo 44 del Decreto citado, para que los jueces determinen la pena unánimemente, conforme a los principios de proporcionalidad y humanidad en razón de la afectación que se produce a la víctima.
3. Al ponderar la pena, a falta de ley eficaz, se haga acopio de jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que se fundamentan en la Convención de la CEDAW, la Convención de Belém Do Pará, las Convenciones Americana de Derechos Humanos y Derechos del Niño (el interés superior del niño) para que el delito se castigue con todo el rigor punitivo, conforme a los principios de Proporcionalidad y Humanidad de la pena, en resguardo de la dignidad de las víctimas.
4. A través de la historia, el rigor de las penas aplicadas para el delito de violación no ha disminuido la criminalidad y el Estado ha descuidado el control social informal para prevenir este fenómeno.

REFERENCIAS

- ACAIP. Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias. 22 de abril del 2017. Recuperado de:
<https://www.acaip.es>
- Acuña, M. J. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31(1), 57-69. Retrieved November 07, 2020, from
http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152014000100006&lng=en&tlng=es.
- Alexy, R., & Bernal, C. (2018). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Editorial V&M Gráficas.
- Bacigalupo, E. (1999). *Delito y Punibilidad*. Buenos Aires: Hammulabi.
- Baratta, A. (2016). *Criminología, crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (2012) *De los delitos y las penas*. S.d.e: Editorial Fénix.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Castillo, V. (21 de abril del 2011). Los delitos sexuales (medicina legal). *Temas de Derecho y más... Asesoría Jurídica para todos*.
<https://derecho2008.wordpress.com/2011/04/21/los-delitos-sexuales-medicina-legal/>
- Cesano, J.D. (2004). *Derecho Penal Contemporáneo: La política criminal y la Emergencia*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Código Penal de la República de Guatemala. (1877). Artículo 287. Guatemala: Tipografía de El Progreso.
- Código Penal. Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala. 5 de julio de 1973. (Guatemala).
- Congreso de la República de Guatemala. (16 de marzo del 2009). Artículos 28, 173, 174, 195. Ley Contra La Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Guatemala, Guatemala. Recuperado de:

http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley-contra-la-violencia-sexual-explotacion-y-trata-de-personas_-_decreto_9-2009_-guatemala.pdf.

Constitución Política de la República de Guatemala [Const]. Artículo 4. 31 de mayo de 1985. (Guatemala).

Creus, C. (1997). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Cuello, E. (1975). *Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.

De León Velasco, H. & De Mata Vela, J. (1989). *Curso de Derecho Penal guatemalteco. Parte general y Parte especial*. S.d.e: Guatemala.

Donna, E. (2011). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal.

Echeburua, E., Corras., P., & Sarasua, B., (S.f.). El impacto psicológico en las víctimas de violación. Universidad del País Vasco. Recuperado de: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2028519/08+-+Impacto+psicologico.pdf>.

Etcheberry, A. (1997) *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ferri, E. (2016). *Sociología Criminal*. Madrid: Editorial Góngora.

Fundación Para el Desarrollo de Guatemala (FUNDESA). 16 de junio del 2018.

FUNDESA. Un sistema penitenciario obsoleto. Recuperado de: <https://fundesa.org.gt/blog/108-un-sistema-penitenciario-obsoleto>

Garrido, M. (2014). *Derecho Penal parte especial tomo III*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Garófalo, R. (2012). *La Criminología: estudio sobre el delito y sobre la Teoría de la Represión*. Madrid: Editorial La España Moderna.

Gunter, M. (2003). *Derecho penal del Enemigo*. Madrid: Civitas. Jiménez, J.

(2010). *Introducción a la Teoría General del Delito*. México: Editorial Ángel.

Jiménez, M. (2004). *Manual de Derecho Penal mexicano*. Argentina: Editorial Porrúa.

Ley 3881 del 2008. Iniciativa que dispone aprobar la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas. 12 de noviembre del 2008. Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5129

- López, R. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Guatemala: Editorial M.R.
- Martínez, M. (1985). *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Porrúa.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Monterroso, J. (1993). *Culpa y omisión en la Teoría del Delito*. México: Editorial Porrúa.
- Muñoz, F. (1985). *Derecho Penal: control social*. Jerez: Temis.
- Núñez, R. (2008). *Derecho Penal. Título III: Delitos contra la Integridad Sexual*. España: Editorial Lerner.
- Osorio, M. (1987). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Eliasta.
- Pérez, M. (01 de enero del 2016). SPILL: *Psicología-Sexología. Instituto Spill*. Recuperado de: <https://www.espill.org/>
- Pérez, J. & Merino, M. (8 de marzo del 2017). *Definición.de*. Definición de agravante. Recuperado de: <https://definicion.de/agravante/>
- Porte, C. (1985). *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*. Argentina: Editorial Porrúa.
- Procuraduría de los Derechos Humanos en Guatemala (PDH), Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2016). La aplicación de la prisión preventiva en Guatemala: un problema de derechos humanos. Recuperado de: <http://www.cicig.org/uploads/documents/2017/Informe-prision-preventiva-ene-2017.pdf>.
- Reina Valera (1960). <https://pray.baboony.com/es/reina-valera/antiguo-testamento/libro-deuteronomio/CAPÍTULO-22/versiculo-25/mas-hombre-hallo-una-moza-desposada-campo-agarrare-echare-con.html>
- Reyes, A. (1999). Reyes, A. (1999). Culpabilidad. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- La culpabilidad*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez, G. (1978). *Derecho Penal*. S.d.e: Editorial Civitas
- Rodríguez, L. (2002). *Victimología: estudio de la víctima*. México: Porrúa.

- Rodríguez, A., & Enríquez, C. (2010). *Apelación Especial*. Guatemala: Editorial Rukemik Na Ojil.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito*. S.d.e: Editorial Civitas.
- Sáenz, J. (18 de agosto del 2017). Los delitos sexuales de violación sexual, estupro y abusos deshonestos. *Doctora Julia Sáenz*. Recuperado de: <http://doctorajuliasaenz.com/los-delitos-sexuales-de-violacion-sexual-estupro-y-abusos-deshonestos/>
- Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (SVET). (13 de septiembre del 2020). *Gobierno de Guatemala*. Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Recuperado de: <https://www.svet.gob.gt/Node/517>
- Torré, A. (2003). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Universidad de Panamá. (20 de enero del 2014). *Centro de Investigación Jurídica. Facultad de Derechos y Ciencia Políticas*. Recuperado de: <https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/>
- Villaverde, I. (2018). *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*. Quito: Editorial V&M Gráficas.
- Zaffaroni, E. (2012). *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: S.d.e.