

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff and a book. Above the shield is a crown. The shield is flanked by two figures holding staffs. The entire emblem is surrounded by a circular border containing the Latin text "ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA INTER CETERAS ORBIS CONSPICUA MATENSIS INTER".

**AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL POR
EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA**

LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA

GUATEMALA, JUNIO DE 2021

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

**AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD
SEXUAL POR EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Ernesto Garrido Colón

Vocal: Lic. Helder Alberto Ardón Villavicencio

Secretario: Lic. Edwin Orlando Xitumul Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Heidy Yohanna Argueta Pérez

Vocal: Lic. Axel Javier Urrutia Canizales

Secretario: Lic. Heber Dodamin Aguilar Toledo

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, cinco de mayo de dos mil veintiuno.

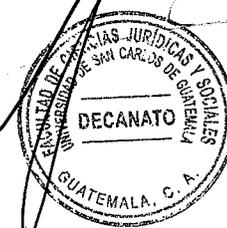
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA, titulado AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL POR EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

[Handwritten signature]

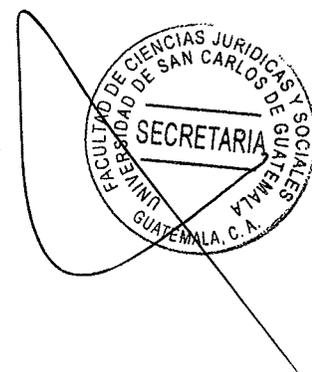


[Handwritten signature]



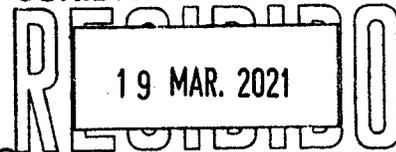


USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala 18 de marzo del 2021

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
 Hora: _____
 Firma: *[Signature]*

Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA** cuyo título es **AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL POR EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA**.

La estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

ID Y ENSEÑAD A TODOS

[Signature]

Lic. Marvin Omar Castillo García
 Consejero de Comisión de Estilo.



LIC. CARLOS RENE CONTRERAS ARIAS
Abogado y Notario



Guatemala, 13 de octubre de 2020

Licenciado
Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado Gustavo Bonilla

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de ese decanato procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA**, con número de carné **201402399** quien elaboró el trabajo de investigación titulado "**AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL POR EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA**". Una vez formuladas algunas sugerencias, analizar y estudiar el trabajo de la sustentante bajo el principio de respeto a sus criterios, sin afectar el fondo del asunto, procedo a dictaminar con fundamento en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen y Publico en los términos siguientes:

a) En relación con el contenido científico y técnico de la tesis es de importancia señalar que la investigación no se limitó a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a los fundamentos y análisis que dan lugar a la agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda, llevando a cabo aportes tanto de orden legal como académico, por lo que su contenido es satisfactorio, pues logra la comprobación del supuesto en el que se basa la investigación.

b) En cuanto a la metodología y técnicas de investigación utilizadas, se evidencio en el desarrollo de los capítulos el uso del método deductivo, descriptivo, sintético y analítico. Así como las técnicas documentales y de referencia bibliográfica.

LIC. CARLOS RENE CONTRERAS ARIAS



LIC. CARLOS RENE CONTRERAS ARIAS
Abogado y Notario

c) La redacción empleada en el desarrollo del trabajo fue la adecuada y se respetaron las normas de ortografía, siendo evidente también la emisión de sus propios comentarios, los cuales sin lugar a duda deja manifiesto el interés de comprobar los supuestos de la investigación realizada.

d) Las conclusiones discursivas dieron a conocer las razones por las cuales es de importancia el tema abordado, siendo necesaria la agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda, como se comprobó con la hipótesis que fue formulada.

e) La investigación señala una serie de elementos relacionados con la temática investigada. La bibliografía utilizada en la elaboración de la tesis es específica, concreta y actualizada, otorgándole carácter formal, habiéndose citado distintos autores nacionales y extranjeros.

f) Declaro Expresamente no ser pariente dentro de los grados de ley de la bachiller Lucrecia Sarahí Barreno Concuca.

En virtud de lo planteado anteriormente considero que el trabajo de investigación asesorado, cumple con los requisitos exigidos, por lo que procedo a **Dictaminar Favorablemente**, a efecto que se ordene su impresión tal como lo establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General y Publico.

Atentamente,

LIC. CARLOS RENE CONTRERAS ARIAS
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3,028

Carlos René Contreras Arias
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 12 de febrero de 2020.

Atentamente pase al (a) Profesional, **CARLOS RENE CONTRERAS ARIAS**
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUCRECIA SARAHÍ BARRENO CONCUA, con carné **201402399**,
 intitulado **AGRAVACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SEXUAL POR EL USO DE LA INTERNET PROFUNDA.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 14 / 09 / 2020.

f)

Carlos René Contreras Arias
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Carlos René Contreras Arias
 ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su misericordia y amor para mi vida, permitiéndome alcanzar los anhelos de mi corazón conforme a su propósito.
- A MI PADRE:** Virgilio Estuardo Barreno Pacheco, por ser mi apoyo, mi inspiración, mi impulso para cumplir mis sueños.
- A MI MADRE:** Sandra Lucrecia Concua Méndez de Barreno, por su amor incondicional, su cariño y apoyo durante toda mi vida.
- A MI FAMILIA:** Por sus palabras de ánimo, su apoyo, su preocupación, su amor incondicional y todo su cariño.
- A MIS AMIGOS:** Por el apoyo que siempre me han dado, por los momentos compartidos y estar conmigo en buenos y malos momentos.
- A:** Esa persona especial en mi vida que me ha brindado su amor, apoyo, consejos y que ha contribuido para que sea la persona que hoy soy.



A: La Universidad de San Carlos de Guatemala por permitirme el ingreso a tan prestigiada casa de estudios.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por todos los conocimientos adquiridos, gracias.



PRESENTACIÓN

Esta investigación cualitativa se dirige a la rama del derecho penal cuyo objeto de estudio es un problema jurídico social relativo a la violación de la intimidad sexual por el uso de la internet profunda. La investigación se centrará en el estudio del periodo comprendido desde el año dos mil nueve, año en que fue reformado en Guatemala el Código Penal, por el Decreto 9-2009 Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, hasta el año dos mil diecinueve.

Se realiza la investigación de los elementos jurídicos que fundamentan la necesidad de agravación de la pena. Se lleva a cabo el análisis del delito de violación a la intimidad sexual contenido en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la Republica, así como de los medios que el mismo establece para su comisión. Se compara la legislación específica en Guatemala, la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la Republica, así como las penas que el mismo delito establece y la proporcionalidad de las mismas, respecto de las legislaciones de otros países.

Se analiza específicamente la internet profunda como medio para la comisión del delito derivado del grado de anonimato que el mismo representa. Se presentan casos reales que respaldan la importancia y trascendencia de sus consecuencias, así también las dificultades específicas en la persecución del delito.

La presente investigación pretende ser un aporte al lector, estudiante de derecho, jurista, profesional y toda persona con el ánimo de conocer más profundamente la trascendencia de la internet profunda. Se aporta un análisis de la realidad legislativa frente a los avances tecnológicos, así como las modificaciones que se requieren para contemplar una legislación más inclusiva y realista.



HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que permitirán establecer la agravación de la pena radicarán en los sistemas de determinación de la pena, la individualización de la pena y los debidos criterios para su individualización, así como la valoración de las circunstancias del hecho. La manera de evitar la proliferación a través de la internet profunda de los delitos de violación contra la intimidad sexual, es agravando específicamente la pena. La agravación de la pena pretende evitar, mediante la prevención general del delito, la utilización de la internet profunda para atentar contra la intimidad de las personas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se realizó la comprobación de la hipótesis mediante el empleo de los métodos deductivo y analítico. Se comprobó la hipótesis planteada, pues los fundamentos jurídicos que permiten la agravación de la pena se basan en los sistemas de determinación de la pena, los elementos de determinación, la individualización de la pena y en especial las circunstancias del hecho. Circunstancias que en este caso se tratan de la internet profunda como medio utilizado. En estos casos específicos se evalúa también la trascendencia de las consecuencias hacia la víctima.

Por tanto, es necesario realizar la agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual para evitar la realización del delito por medio de la prevención general. Así también se comprueban las deficiencias en el sistema legislador que ha dejado a un lado la realidad social tendiente de la globalización tecnológica.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La Pena.....	1
1.1. Antecedentes	1
1.2. Definición.....	5
1.3. Clasificación de las penas	6
1.3.1. Clasificación doctrinaria de las penas	6
1.3.2. Clasificación legal de las penas	9
1.4. Principios.....	10
1.5. Función de la Pena.....	14

CAPÍTULO II

2. Determinación de las penas.....	17
2.1. Criterios de determinación.....	17
2.2. Sistemas de determinación de las penas	19
2.3. Sistemas de individualización de las penas.....	21
2.4. Elementos de la determinación de la pena.....	23
2.5. Determinación de la pena en Guatemala	24



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal.....	29
3.1. Circunstancias atenuantes	29
3.1.1. Circunstancias que reducen la antijuridicidad del hecho.....	30
3.1.2. Circunstancias que reducen la culpabilidad del autor	33
3.1.3. Circunstancias que reducen la punibilidad	35
3.1.4. Atenuante por analogía.....	36
3.2. Circunstancias agravantes	37
3.2.1. Agravantes que incrementan el injusto del hecho.....	37
3.2.2. Agravantes por incremento de la culpabilidad del autor.....	46
3.3. Circunstancias mixtas.....	50

CAPÍTULO IV

4. Delito de violación a la intimidad sexual y el uso de la internet profunda.....	51
4.1. Delito de violación a la intimidad sexual	51
4.1.1. Antecedentes	52
4.1.2. Regulación en Guatemala.....	53
4.2. La internet profunda como medio para la realización del delito.....	58
4.2.1. Definición.....	58
4.2.2. Niveles de la internet profunda.....	61
4.2.3. Dificultad de persecución del delito.....	64
4.2.4. Derecho comparado.....	68
4.3. Análisis de casos relacionado a la internet profunda.....	72
4.4. Necesidad de agravación de la pena	77



	Pág.
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

El propósito de la presente investigación es brindar un aporte por medio del análisis y conclusiones aportadas, para establecer la necesidad de la agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual. Así mismo, dirigir la atención del jurista hacia los nuevos retos que implican las nuevas modalidades de comisión del delito derivado de la globalización tecnológica y las repercusiones que pueden presentarse si no se encuentra una normativa relativamente preparada para enfrentar dichos retos.

Por su parte, la presente investigación se encuentra integrada por un total de cuatro capítulos. El primero relativo a la pena; el segundo capítulo la determinación de las penas. El tercer capítulo, circunstancias que modifican la responsabilidad penal; el cuarto capítulo aborda el tema del delito de violación a la intimidad sexual y el uso de la internet profunda.

Referente a los métodos y técnicas de investigación utilizados, cabe mencionar el método deductivo, el cual permite concluir si la investigación ha sido factible, así como la comprobación de la hipótesis planteada en cuanto a la procedencia de la agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda. Así también se utiliza el método analítico, el cual permitió el estudio del tema partiendo de cada uno de sus elementos. En cuanto a las técnicas utilizadas, fueron empleadas la revisión bibliográfica y documental.

Los objetivos del presente trabajo de investigación se han alcanzado, pues a través de una amplia investigación y recopilación de información se logra exponer los argumentos jurídicos que permiten expresar la necesidad de agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual que permitan disminuir y evitar futuras repercusiones a las víctimas.

Derivado de la investigación realizada se ha podido establecer y comprobar la hipótesis planteada respecto a la necesidad de agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda.



Al no existir una regulación específica acerca del uso de la internet profunda se produce una dificultad imperante al momento de establecer una pena acorde al delito. Debido a que la internet profunda es una parte de la red mundial de internet con mayor contenido y facilidad de alcance de información los delitos proliferan de manera más rápida y eficaz.

Refiriéndose concretamente al delito de violación a la intimidad sexual, no existe una pena relativa acorde a la forma de comisión utilizando la internet profunda. Esto provoca que información con contenido sexual pueda ser encontrada y reproducida con mayor facilidad y anonimato en dicha red. Las consecuencias de la realización de este delito por medio de la internet profunda son aún mayores hacia la víctima y su integridad debido a la facilidad de proliferación y falta de filtros en el contenido, a comparación de una red normal de internet.

Al no ser regulada una agravación a la pena se continuará realizando sin mayor repercusión el delito y no se podrá dar una correcta finalidad a la norma jurídica, refiriéndose al carácter preventivo que ésta tiene, para que las personas se abstengan de cometer el ilícito por estos medios.



CAPÍTULO I

1. La Pena

Derivado de una acción que contravenga las disposiciones legislativas se produce un delito, el cual a su vez al ser calificado como tal se deberá establecer una consecuencia jurídica conocida como pena. La pena, como consecuencia del delito, radica en la imposición por parte del Estado de un castigo plasmado en determinada legislación. Éste castigo o retribución ha evolucionado durante años respecto al desarrollo del hombre en su entorno social y la evolución de las reglas que rigen las conductas.

1.1. Antecedentes

Cada renovación social producida por los progresos que la humanidad ha realizado ha contribuido al desarrollo de sus conocimientos y en el desenvolvimiento de la ciencia. Se muestra al mismo tiempo una nueva filosofía del derecho penal en lo concerniente a las bases y principios que lo constituyen. La historia de las penas o castigos que se imponen han evolucionado con el paso del tiempo y se encuentra íntimamente ligado a la historia del derecho penal en general.

La evolución histórica del derecho penal y por ende específicamente el de las penas, se encuentra dividido a través de la historia en distintas épocas. La primera época concreta a que se puede hacer referencia es la Época de la Venganza Privada en la cual el poder lo ostentaban las personas particulares. Éstas se encargaban de hacer justicia por su cuenta en contra del delincuente y su familia, hasta que se considerara saldada la deuda, causando así muchas veces un mal aún mayor al causado.



Existieron durante esa época algunas limitantes a la imposición de dichas penas. Código de *Hammurabi* regulaba la Ley de Talión como mecanismo de venganza, estableciendo que la persona ofendida debía dar un castigo que no fuera mayor al daño causado. También se encuentra la Ley de las XII Tablas y La Ley Mosaica las cuales intentaron regular cierta proporcionalidad entre el mal causado y el castigo, el cual debía ser igual.

Como parte de estas limitaciones a la venganza “No tardó luego en suceder a esa venganza privada, el rescate por dinero, el *wergeld* establecido y reglamentado por la ley y la costumbre entre las tribus guerreras de la Germania (...)”.¹ Esto correspondía a lo denominado como composición. Reemplaza la pena o venganza por el pago de una suma pecuniaria al ofendido o su familia. Es un antecedente de lo que hoy se conoce como indemnización, sin embargo, al momento de no llegar a ningún acuerdo pecuniario se recurría nuevamente a la venganza como pena.

Luego surge la Época de la Venganza Divina, en esta época la justicia se impartía en nombre de una voluntad divina la cual busca la protección y venganza de la colectividad. Las penas se imponían con el propósito de redimir al ofensor frente a la divinidad en una forma de expiar su delito y así no causar enojo al ser divino. De esta forma de retribución nacía la manera de castigar con igual o mayor sanción, a quienes ofendían a la divinidad mediante infracciones a la religiosidad y a aquellos que cometían crímenes como asesinatos. Se daban penas severas como la muerte, incluso quemar a una persona acusada de hechicería o similares.

Luego surge la Época de la Venganza Pública en donde se deposita el poder en el estado ejerciendo la venganza en nombre de la colectividad. Venganza que pretendía resarcir los daños causados a personas individuales cuyos bienes jurídicos habían sido

¹ Melchor y Lamanette, Federico, **La Penalidad En Los Pueblos Antiguos y Modernos**. Pág. 6



lesionados. Esta venganza pública llegó a un exceso tan grande que fue aún peor que la venganza privada pues se imponían penas inhumanas.

El poder público aplicaba las penas más crueles durante esta época "(...) la muerte acompañada de formas de agravación espeluznante, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, pues se desenterraban cadáveres y se les procesaba. (...) Dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos".²

La Época de la Venganza Pública fue un cambio de la Época de la Venganza Privada, dejando a un lado las penas impuestas por los particulares para dar paso a aquellas impuestas por el Estado. Se buscaba la tranquilidad colectiva dejando como encargado de la justicia al Estado, sin embargo debido a la falta de límites por parte de éste se llegaron a imponer penas demasiado severas o excesivas.

Continúa el Periodo Humanitario, humanista o ilustración en donde el surgimiento de nuevas ideas basadas en el derecho natural y la razón se concretan en el movimiento filosófico de la ilustración. Fue un momento trascendental en la historia puesto que al mismo tiempo que se gestaba la Revolución Francesa, se buscó la legalidad de las leyes, igualdad y proporcionalidad de las penas. Se comienza a considerar que una pena es más justa y útil cuando es de la misma o similar magnitud al daño.

² De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal, **Derecho Penal Guatemalteco**. Tomo I, Parte General. Pág. 16

El Periodo Humanitario y la corriente de pensamiento de la ilustración se concentran en reformar las penas que se imponían y en el respeto de los derechos naturales de los hombres. Se planteaba que existiera un balance entre las penas impuestas a los responsables del delito para que no se siguiera aceptando castigos con penas arbitrarias. Esta época se caracterizó por la búsqueda de la verdadera justicia y garantías legales hacia las personas.

La siguiente fue la Etapa Científica la cual dio inicio con la obra de César Bonnesana denominada el Marqués de Beccaria. La Etapa Científica guarda bastante relación con el Periodo Humanitario puesto que ambas buscaban la humanización de las penas y su funcionalidad. El mayor avance para la Etapa Científica fue la codificación iniciada con el Código de Napoleón y las realizadas por Europa y América. Le brindó al derecho penal la legalidad y mayor proporcionalidad en la imposición de las penas.

Finalmente, la Etapa Moderna presenta una evolución del derecho penal en donde se desvincula este derecho de otras ramas, como la criminología, dando paso así a un mejor estudio. El derecho penal de manera general se entiende que se dedica al estudio de los delitos, el delincuente, las medidas de seguridad y las penas. Esta evolución ha permitido un mejor estudio y enfoque a las penas, sus límites y beneficios.

En Guatemala durante su historia han existido cinco Códigos Penales, el primero se promulgó en el año 1834 durante el gobierno de Mariano Gálvez. El segundo Código se promulgó en el año de 1877 durante el gobierno de Justo Rufino Barrios. El tercer Código fue promulgado en el año de 1889 durante el gobierno de Manuel Lisandro Barillas. El cuarto Código fue promulgado en el año de 1936 durante el gobierno de Jorge Ubico. El Código que rige actualmente entró en vigor el uno de enero de 1974 durante el gobierno de Carlos Arana Osorio. En dicho Código a diferencia de los anteriores presenta una estructura institucional y delictiva mucho más técnicamente

acabada que la anterior. En el Código actual más que definiciones se limita a la especificación de los delitos junto a sus penas, atenuantes y agravantes. Esta evolución ha permitido un mejor estudio y enfoque a las penas, sus límites y beneficios.

1.2. Definición

La pena puede ser definida como “El mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”.³ Se interpreta por pena un mal, un daño dirigido hacia una persona a la cual se le responsabiliza por cometer un delito. Para establecer esta pena a partir de la definición aportada, debe existir una culpabilidad comprobada para proceder a responsabilizar a una persona por los actos que ha realizado.

También puede definirse como la “Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta también especificados”.⁴ Con esta definición se afirman aspectos puntuales respecto a la definición interpretada anteriormente. Se hace un énfasis en que la pena debe estar contemplada en la legislación, debe haber sido creada por el ente encargado de legislar. Así también, puntualiza el hecho que el delito o falta cometido debe estar también debidamente establecido en la ley, esto para evitar ser culpado por actos arbitrarios fijando así límites al sistema de justicia.

El ente legislador es el responsable de establecer las penas para los delitos regulados también por éste. En Guatemala el ente encargado de legislar es el Congreso de la República de Guatemala. Las penas plasmadas en el Código Penal dejan entre ver un intervalo entre pena mínima y máxima, lo cual es trabajo del ente jurisdiccional determinar.

³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, **Derecho Penal, parte general**. Pág. 46

⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 238



En la legislación guatemalteca no existe una definición específica sobre las penas en el Código Penal, se limita a establecer las clases de penas, así como los parámetros que provocaran un aumento o disminución de la misma. Tomando en consideración las definiciones aportadas anteriormente se puede definir la pena como el castigo o retribución, que realiza una persona condenada por un delito hacia la víctima, los afectados o el propio Estado, siendo la condena impuesta en nombre del Estado en cumplimiento de la ley.

1.3. Clasificación de las penas

Las penas pueden ser clasificadas en forma doctrinaria, así como de manera legal. La doctrina expone diversos puntos de vista desarrollados por reconocidos autores y estudiosos del derecho. Así también, la legislación provee una clasificación que se utiliza en Guatemala de manera general y que está establecida en el propio Código Penal.

1.3.1. Clasificación doctrinaria de las penas

-En atención al fin

De acuerdo con esta clasificación las penas pueden ser eliminatorias, las cuales tienen como finalidad eliminar al delincuente ya sea de manera temporal o de manera definitiva. Pretenden aislar al delincuente de la sociedad para evitar que vuelva a delinquir. Puede ser temporal o permanente, por ejemplo la pena de prisión sería de carácter temporal mientras que la permanente puede ser la pena capital.



También se encuentran las penas correctivas o re adaptadoras las cuales tienen la finalidad de procurar la rehabilitación del delincuente a través de mecanismos como el trabajo o la educación, mediante la aplicación de medidas como el tratamiento en libertad o semi libertad. Forman parte de esta clasificación también las restrictivas de ciertos derechos, estas tienen como fin restringir un derecho por ejemplo en la pérdida de la patria potestad o la inhabilitación para un cargo o empleo.

Las penas intimidatorias también forman parte de esta clasificación, estas consisten en procurar que por medio de una sanción, otras personas puedan evitar delinquir como por ejemplo la publicación de sentencias. Las privativas de bienes o derechos, restringen éstos de acuerdo al tiempo considerado prudente para la readaptación social o si el sujeto es considerado incorregible.

-En atención al bien jurídico

Dentro de esta clasificación se puede mencionar la pena capital, la cual pretende la eliminación del culpable procediendo a quitarle la vida como compensación. Las penas corporales, que tienen la finalidad de provocar al delincuente dolor en forma de expiación. Las penas pecuniarias, tienen la finalidad de reparar el daño causado por medio de una retribución monetaria a los afectados. Las suspensivas o privativas de derechos, se trata de limitar derechos civiles o políticos como por ejemplo el derecho a ejercer el voto.

- En atención a la forma de aplicarse



Las penas principales o secundarias forman parte de esta clasificación, las principales son aquellas que se imponen de forma directa como castigo debido al delito. Secundarias son las que acompañan a la principal y que aunque no es el castigo directo afectan al delincuente, por lo regular en su patrimonio.

Las penas accesorias también son parte de esta clasificación, estas son una consecuencia de la realización del delito. Por ejemplo, cuando en el desenvolvimiento de la profesión, se ejecutan actos equívocos o faltas y por ende junto al castigo principal se prohíbe el desarrollo de la profesión por un tiempo determinado. Las complementarias se encuentran unidas a otras con el fin de dar una mejor reparación al ofendido como por ejemplo la publicación de sentencias.

-En cuanto a la duración

Se clasifican como de corta duración, son aquellas que no sobrepasan los cinco años o que se conmutan. De mediana duración, son las que se establecen a partir de cinco años hasta los 10 años. De larga duración, son las que tiene una privación de libertad superior a 10 años en las que se pretende la readaptación social.

-En cuanto a la forma de ejecución

Dentro de esta clasificación se encuentran las penas remisibles, las que debido a cuestiones de humanidad pueden ser evitadas o que cuando ya han sido impuestas se puede suspender su ejecución. Sustituibles, aquellas en las cuales se puede imponer una sanción menor a la establecida. Conmutables, esta clasificación depende de los supuestos que la ley establezca para poder modificar la pena de prisión por una



sanción no privativa de libertad. Las penas condicionales, se trata de la suspensión condicional de la pena la cual debe cumplir requisitos previamente establecidos por la ley.

Las penas simbólicas son aquellas que necesariamente consisten en una pena privativa de libertad por lo que, se pretende aplicar otra clase de pena en su lugar. La pena única, es la que establece una sola sanción sin estar condicionada a otra. Las penas alternativas, son aquellas en las que el delito establece dos o más penas a aplicar, quedando a discreción del juzgador cuál de ellas se aplicará. Las penas acumulativas, se basan en la facultad que establece la ley para aplicar varias sanciones por la comisión de un mismo delito.

1.3.2. Clasificación legal de las penas

Cada país establece por medio de su legislación las penas que corresponderán a cada delito. En Guatemala se establecen los delitos en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala donde también se establecen las penas a imponer por cada ilícito. En el Código Penal se establece la clasificación de las penas. Se dividen en principales y accesorias las cuales a la vez se subdividen.

-Penas Principales

Las penas principales según la legislación de Guatemala se subdividen en pena de muerte, pena de prisión, arresto y multa. La pena de muerte ha sido abolida judicialmente por resoluciones de la Corte de Constitucionalidad y por ende no es aplicable. La pena de prisión consiste en la privación de libertad del delincuente en el centro penal que corresponda. Tendrá una duración que dependerá de lo regulado en



cada delito y de las situaciones específicas, siendo los parámetros generales duración de entre un mes hasta cincuenta años.

El arresto será aplicado por faltas y el parámetro general de duración será de entre uno hasta 60 días. Esto según lo regulado en el Artículo 44 y 45 del Código Penal, Decreto 17-73. Así también, dicho Código regula la pena de multa consistente en una amonestación pecuniaria que dependerá de los parámetros que establezca cada delito en particular.

-Penas Accesorias

Las penas accesorias según lo establecido por el Artículo 42 del Código Penal, Decreto 17-73 son: la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de sentencias y otras que la ley señale. En estas penas se priva al delincuente de ciertos derechos y se utilizan como complemento a las penas principales.

1.4. Principios

Mediante la legislación de las penas se ha otorgado al Estado el poder punitivo. Poder que debe estar reglado o limitado para evitar cualquier penalización arbitraria. Los principios de la pena son aquellas bases que inspiran las sanciones, el fundamento a tomar en cuenta para establecer una sanción acorde al ilícito y la persona. Es importante conocer los principios que establecen las bases y los límites de las penas para así proceder a su aplicación. Dentro de los principios que destacan diversos autores se encuentran principalmente, los siguientes:

-Principio de legalidad

Este principio se define como "(...) Aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido".⁵ Quiere decir que, de no existir el ilícito debidamente regulado en la ley tampoco le correspondería ninguna clase de pena. Gracias a este principio se mantiene un control hacia el Estado para evitar que imponga sanciones arbitrarias o pretenda juzgar delitos inexistentes.

-Principio de retroactividad

La ley establece su propio tiempo para iniciar su vigencia, por lo regular a partir de su publicación en el diario oficial. En ciertos casos la propia ley determina otra fecha de inicio, lo cual es determinado por el propio legislador. Continuará vigente hasta que sea derogada de manera expresa o tácita. La legislación guatemalteca permite que una ley se aplique fuera de su temporalidad. Mejor conocido como la retroactividad, circunstancia que permite que la ley sea aplicada a un hecho pasado o anterior a la vigencia de la nueva ley. Es necesario que la ley que pretende aplicarse con efecto retroactivo sea más benigna al reo, esa es la condicionante para su aplicación pues así lo establece el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

-Principio de culpabilidad

La culpabilidad es un concepto fundamental para el derecho penal, establece la relación entre la voluntad de obrar de una persona y la responsabilidad de su actuar. La

⁵ Polítoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Celia, **Lecciones de Derecho Penal Chileno**. Pág. 94



culpabilidad como tal se puede encontrar como parte de la teoría general del delito como un elemento positivo que determina la existencia del mismo. La culpabilidad es un reproche por parte de la sociedad hacia una persona en concreto por haber actuado de determinada manera. Este principio es tomado en cuenta en las penas debido a que al momento de faltar éste, no tendría ningún sentido sancionar a una persona que no es responsable de un delito.

-Principio de igualdad

Cuando el legislador crea una ley, es su deber garantizar la igualdad de los ciudadanos, no haciendo distinciones prohibidas ni que atenten contra los principios de derechos humanos. El legislador no puede crear tipos penales y por ende sanciones que favorezcan arbitrariamente a personas individuales o grupos de la sociedad selectos. He ahí la importancia de este principio en la creación de leyes y por ende su repercusión en la aplicación de sanciones.

-Principio de *Non bis in ídem*

Este principio es entendido como una prohibición a la doble recriminación. "(...) se aplica si existe un pronunciamiento de autoridad que resuelve el fondo. Esto ocurre cuando hay sentencia firme o ejecutoriada (pues la meramente definitiva está sujeta a impugnación; empero, no sería posible retirar el caso del proceso abierto, pendiente de segunda instancia, para intentar un nuevo proceso: el vencimiento del plazo para la impugnación trae la firmeza de la sentencia)".⁶

⁶ García Ramírez, Sergio. **Derecho Penal**. Pág. 43

De lo anterior se comprende que dicho principio limita al Estado a juzgar un mismo hecho delictivo cuando ya ha sido juzgado y ha tenido una sentencia firme. Se tiene como fin proteger al delincuente de enfrentarse a la penosa situación de formar parte nuevamente de un proceso ya conocido por la autoridad judicial. Se evita la modificación de la sentencia que ya se encontraba lista para cumplir o bien ya cumpliéndose.

-Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

También conocido como principio de lesividad o principio de ofensividad. Mediante este principio se establece un parámetro en los delitos, puesto que solo se consideran delitos merecedores de una pena aquellos que dañan un bien jurídico. Un bien jurídico puede ser un bien material o inmaterial que se encuentra debidamente protegido por el derecho. Si se cometiere un delito cuyo bien jurídico no puede ser establecido o que estableciéndose éste no se encuentre protegido por la legislación guatemalteca no tendría sentido imponer una pena.

-Principio de humanidad de las penas

Principio que recuerda el valor humano de la persona y su dignidad, establece que en el caso de una persona sancionada por cometer un delito, por más grave que sea siempre se debe aplicar la sanción sin dejar a un lado su humanidad. La legislación de Guatemala establece penas según la gravedad del delito, lo que se debe evitar es el uso de penas que violenten la humanidad o dignidad del delincuente. Penas corporales o estigmatizantes, las cuales eran comunes en la antigüedad, lo que actualmente en Guatemala sería inconcebible. El delincuente será penado por su crimen, pero no deberá ser tratado como menos que otro ser humano.

1.5. Función de la Pena

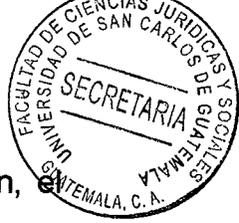
La pena pretende ser impuesta para restablecer el orden social de determinado Estado. El agravio realizado es una ofensa no solo al agraviado sino a la sociedad en general. El papel del Estado es representar a dicha sociedad para que en nombre de esta se imponga la pena, se pague por el hecho cometido y se eviten futuros delitos de la misma índole. Es importante mencionar algunas de las teorías más importantes con respecto a la función de las penas, las cuales son:

-Teorías Absolutas

Estas teorías se denominaban absolutas ya que por sí mismas surten sus efectos y no están relacionadas con un efecto social. Se trata entonces de que la sanción incumbe únicamente al delincuente y a los afectados, no se trata de ningún medio para otro fin. Como parte de esta teoría se mencionan dos derivadas, la teoría de la expiación y muy importante la teoría de la retribución pues es la más aceptada generalmente.

La teoría de la expiación "No es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo".⁷ Se trata del delincuente liberándose de la culpa para lograr nuevamente su dignidad. Es considerado más un arrepentimiento que el culpable debe tener para que su alma quede libre de culpas. Sin embargo, esta teoría es poco aceptada pues presenta un conflicto metafísico en relación a la existencia del alma, además sería inadmisibles en la actualidad con Estados tan modernos. Por tanto, esta teoría ha sido descartada hoy en día como una función de la pena.

⁷ Lesch, Heiko. **La Función de la Pena**. Pág. 7



La teoría de la retribución se considera absoluta pues en si misma busca un fin, es retribuir el daño causado, proporcionando así la tan anhelada justicia. Destacan en esta teoría las aportaciones brindadas por los filósofos alemanes Kant y Hegel. Kant proponía que la pena nunca podía ser utilizada como un medio para otro fin, más que el de pago por el delito, de lo contrario se estaría atentando contra los principios de humanidad. Para Hegel la imposición de la pena, para que no sea un mero hecho de venganza primitiva, debe restituir el injusto acaecido. Por lo tanto, esta teoría no acepta que la pena pueda usarse para otro fin que no sea el de restituir el mal que se causó.

-Teorías Relativas

Esta teoría considera que “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.⁸ Es decir que lo ya delinquirido no hay forma de compensarlo, pero si se puede hablar de una prevención a futuro. Esta teoría se refiere a la prevención general y especial.

La prevención general tiene su mayor diferencia con la prevención especial en cuanto al destinatario. La prevención general pretende dirigirse a la colectividad, a la población no infractora. Tiene como fin reforzar las pautas de conducta que permitan el mejoramiento moral y los valores éticos a través de normas. Así también, se enfoca en la intimidación hacia la población que se genera por la imposición de una sanción específica a un delincuente. Se expresa la necesidad de castigo derivada de la acción antijurídica para

⁸ **Ibid.** Pág. 21



que todos los ciudadanos ejerzan libremente sus derechos. Se trata entonces de servir de antecedente para la sociedad y así procurar el orden social.

La teoría de prevención especial en cambio se encuentra encaminada al propio delincuente. Se puede subdividir en una prevención especial positiva la cual establece como fin la readaptación del delincuente. Pretende mejorar los patrones de conducta y remover los elementos personales que hacen a la persona delinquir y así evitar la comisión de nuevos delitos o su reincidencia. La otra perspectiva de esta teoría se trata de la prevención especial negativa la cual al detectar que el delincuente manifiesta actitudes que presuman que es incorregible debe procederse a su eliminación.

- Teoría de Resocialización

Esta teoría es bastante aceptada por los tratadistas, manifiesta que la función de la pena es volver apto al delincuente nuevamente para su convivencia social. Pretende que la pena sirva de manera positiva a la sociedad, devolviéndole a un ciudadano capaz de convivir nuevamente y debidamente escarmentado para evitar que vuelva a delinquir.



CAPÍTULO II

2. Determinación de las penas

Este concepto se refiere a la “Adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiares del delincuente”.⁹ Es el acto por medio del cual se configura la cantidad o calidad de sanción que se impone al delincuente. Es también conocido actualmente como individualización de la pena. La individualización de la pena se entiende como una labor que realiza la autoridad judicial mediante su conocimiento, experiencia y los principios generales del derecho. Existen diversos criterios acerca de esta determinación los cuales deben ser expuestos y conocidos para realizar esta labor de la mejor manera.

2.1. Criterios de determinación

El difícil proceso de determinar la pena que le corresponde a un delincuente por el delito cometido puede llegar a ser un trabajo sumamente complicado, en especial para los jueces y tribunales. “Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo del Código Penal, en la concreta pena correspondiente al responsable (...)”.¹⁰ Es necesario auxiliarse de ciertos criterios que tratadistas han expuesto a lo largo de los años. Se consideran como generales los criterios que toman en cuenta la proporcionalidad de las penas, la individualización de las mismas y su distinta motivación.

⁹ De Pina, Rafael. **Diccionario de Derecho**. Pág. 205

¹⁰ Sánchez Ostíz, Pablo; Íñigo, Elena y Ruiz de Erenchun, Eduardo. **Iuspenale**. Pág. 157

-Proporcionalidad de las penas

Tratadistas como Cuello Calón se basan en este principio para considerar las penas. Este principio establece que la pena debe ser acorde al daño causado, es decir que cuando se comete un delito más severo así mismo se debe aplicar una sanción más severa. Por el contrario, si se comete un delito no tan severo se debe aplicar una pena menos severa. Esto debido a que si se aplicaran las mismas penas a todos los delitos se impulsaría a la comisión de delitos más severos debido a no tener una diferenciación la pena.

Se debe tomar en cuenta los medios usados o las circunstancias en las que se ha cometido el delito para lograr entender la personalidad del delincuente y su peligrosidad. Es necesario conocer los datos intrínsecos de la personalidad del delincuente, su edad, su condición psíquica para realizar una correcta determinación e imponer la pena que corresponda.

-Individualización

Este criterio sostiene que no le corresponde la misma pena al que ha cometido un delito consumado que ha quien ha realizado un delito intentado. Así mismo, no correspondería la misma pena al autor de un delito como al cómplice del mismo. Por tanto, se realiza una concreta individualización del delito, pues no se dan las mismas circunstancias en todos los delitos. También se debe tomar en cuenta la existencia de circunstancias modificativas que pueden concurrir. Es importante mencionar que dicha individualización no podría realizarse sin la concurrencia de la culpabilidad del sujeto y la gravedad intrínseca del delito.

-Motivación

La individualización de la pena debe considerar el fin perseguido por el delincuente pues solo así se podrá evaluar la gravedad del delito. Se debe establecer un criterio de acuerdo a lo actuado por el delincuente. Mediante este criterio se puede tomar en consideración delitos cometidos con anterioridad que manifiestan similares fines para valorar el delito y su pena correspondiente. El juzgador debe también manifestar su motivación para establecer la pena que considera, basándose en la ley, su experiencia, los motivos y circunstancias del delito. Debe proceder a expresar cuando se aleja o se acerca al mínimo o máximo establecido de acuerdo a la penalidad ordenada por la ley.

2.2. Sistemas de determinación de las penas

Como se ha establecido anteriormente la determinación de la pena pretende establecer el tipo de sanción a imponer, se debe incluir también, en sentido amplio, la decisión acerca de suspender la pena o sustituirla por otras penas o medidas de seguridad. En la mayoría de legislaciones la suspensión y sustitución de la pena es viable mediante ciertos requisitos. Requisitos que deberán ser evaluados por el juez, dichas medidas o sustituciones serán abordadas en la presente investigación posteriormente.

Existen distintos sistemas para individualizar la pena, los sistemas de individualización de la pena legislativa, judicial y penitenciaria o administrativa, estos representan las fases que conlleva la función individualizadora de la pena. También existen los sistemas de pena determinada, pena relativamente indeterminada y de pena indeterminada; los cuales son sistemas que se enfocan únicamente en el tipo de pena a imponer.

-Sistema de pena determinada

“A través de este sistema se asigna la pena impuesta prevista para el delito mediante una pena fija”.¹¹ Este sistema impone la pena directamente de lo establecido en la legislación, es necesario que la legislación estipule una pena rígida y concreta por el delito. En Guatemala los delitos se configuran entre un mínimo y máximo y no por una pena rígida.

-Sistema de pena indeterminada

Este sistema no estipula un rango de penas, no se establece un mínimo o un máximo mediante el cual se pueda configurar la sanción. Tampoco establece una pena concreta, por lo que se deja a total discreción del juzgador el establecer la sanción que corresponda. Dicho sistema ha sido muy criticado debido a la permisibilidad de arbitrariedad por parte de los jueces y por ser contrario al principio de legalidad pues las penas no se establecen en ningún cuerpo legal. Actualmente este sistema ha sido suficientemente desacreditado y ha perdido vigencia.

-Sistemas de pena relativamente indeterminada

Mediante este sistema de determinación el legislador establece en el delito un rango de penas, que varía entre un mínimo y un máximo. No se encuentra una sanción rígida, pues se da cierta discrecionalidad a los jueces. En Guatemala este sistema es el que se aplica, los jueces tienen que individualizar la pena, pero a la vez se les limita de arbitrariedad en la imposición.

¹¹ Alvizurez Ruano, Waldo Josué. **Certeza jurídica de la pena en los juzgados de paz penal de la República de Guatemala.** Pág. 331

2.3. Sistemas de individualización de las penas

-Individualización legislativa

En el Estado moderno se entiende que “La función legislativa es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado subordinada al orden jurídico que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos”.¹² El poder legislativo es el encargado de elaborar, discutir y aprobar leyes. Corresponde a este poder el tipificar los delitos que la sociedad exige que se regulen debido a su impacto social, así como las sanciones que a cada delito corresponde.

Este sistema de individualización es definido como “La fase correspondiente al legislador y consiste en el establecimiento del marco penal genérico (por ej. Prisión de dos a cuatro años)”.¹³ El legislador es el encargado de establecer los límites legales en la propia legislación. En este sistema se pueden encontrar las siguientes modalidades: sistema de individualización legal rígido o sistema de individualización legal de pena determinada y el sistema de individualización legal relativamente indeterminado los cuales fueron abordados con anterioridad.

-Individualización judicial

Al legislador le corresponde la individualización legal, por tanto, a los jueces y tribunales les corresponde la interpretación y aplicación de las sanciones. El juez realiza su intervención al establecer la pena concreta que le corresponde al delincuente, la cual se configura entre el mínimo y máximo que el legislador ha determinado.

¹² Muñoz Conde, *Op. Cit.* Pág. 583 y 584

¹³ Alvizurez, *Op. Cit.* Pág. 331



Se podría considerar que el trabajo del juez es simple, pues observa y extrae los hechos cometidos, los analiza y tipifica según lo regulado por el legislador y razona la disposición legal aplicable. Sin embargo, el juez procede a determinar de forma cualitativa la sanción, es decir la sustitución de una pena por otra o la aplicación de penas alternativas, así también realiza una determinación cuantitativa al establecer la extensión de la pena a cumplir.

Algunos tratadistas como Cuello Calón considera que los jueces deberían “Poseer una especial preparación profesional, no sólo jurídica, como en la actualidad, sino también psicológica y sociológica, que les permita conocer la personalidad de los delincuentes. Habrían de recibir toda clase de informes, debidamente controlados, relativos a la vida y antecedentes de aquéllos, y si fuera preciso, cuando así lo estimaran, podrían recurrir a la ayuda de especialistas”.¹⁴

Aun sin este conocimiento amplio los jueces realizan una importante labor en esta fase pues es donde se determina la clase de la pena y su extensión. Actualmente el juez debe realizar esta labor partiendo de un análisis debidamente razonado tomando en cuenta el hecho cometido, las circunstancias modificadoras del delito, el delincuente y su capacidad psíquica, lo que la legislación establece, su experiencia previa dentro y fuera de su labor como juzgador. Sin embargo, los jueces se encuentran limitados en recursos y tiempo para establecer un verdadero análisis debido a la carga laboral que se manifiesta en los juzgados.

Dentro de este sistema encontramos íntimamente ligado el sistema de pena indeterminada. Aquel que como se ha expuesto y desarrollado de manera amplia con anterioridad, no estipula un rango de penas, un mínimo o un máximo mediante el cual se pueda configurar la sanción.

¹⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal**. Pág. 599

-Individualización penitenciaria, administrativa o ejecutiva

Luego de realizada la labor de los jueces y tribunales de establecer la correspondiente sanción al delincuente. Solo después de cumplido el plazo para interposición de impugnaciones o resueltas desfavorablemente éstas, procede la etapa de ejecución de la sentencia. Durante esta etapa el delincuente es trasladado a un centro especializado para el cumplimiento de la misma.

Al estar el delincuente cumpliendo su sentencia todo lo relativo a la vida del condenado quedaba a disposición de la autoridad administrativa donde cumplía su sentencia. Debido a esta situación se podía ver extendida la sentencia por mala conducta o situaciones similares o sustituidas por trabajos. La autoridad administrativa dio paso al control jurisdiccional, siendo este el origen de los jueces de ejecución.

Los jueces de ejecución tienen a su cargo la individualización ejecutiva de la pena, siendo estos los encargados de evitar la arbitrariedad administrativa y la procedencia de la aplicación de un beneficio penal. Todo esto con el fin de lograr la rehabilitación del delincuente y su reinserción social.

2.4. Elementos de la determinación de la pena

-Elementos objetivos

Los elementos objetivos hacen referencia únicamente al delito en sí mismo, se toma en cuenta la naturaleza del hecho para establecer el bien jurídico vulnerado. Así también se toma en cuenta los medio que ha utilizado el delincuente para realizar el hecho, la

extensión del daño o el peligro corrido haciendo referencia a los delitos consumados o intencionales. Se toma en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar para configurar correctamente el delito y la pena.

- Elementos subjetivos

Toman en cuenta circunstancias más internas del delincuente y específicas. “Una vez que damos por supuesto que se ha realizado una acción humana hay que decidir si el mero conocimiento de la realización del Estado de cosas disvalioso es suficiente para elevar el grado más alto de reproche en relación a la imputación subjetiva del tipo o si es necesario el hecho de que el sujeto además quiera ese resultado”.¹⁵ Se toman en cuenta los motivos del sujeto para cometer el ilícito. Así también la edad, las condiciones especiales de los sujetos, sus antecedentes, y toda aquella característica personal del delincuente.

2.5. Determinación de la pena en Guatemala

De los sistemas expuestos con anterioridad se entiende que en Guatemala se aplica la pena relativamente indeterminada. Esto pues las penas establecen un mínimo y un máximo por lo que el juez es el encargado de configurar la sanción adecuada. Así también, se entiende que se realiza una individualización legal, judicial administrativa. Se aprecia en Guatemala al legislador tipificando los delitos, al juez determinando la intensidad de la sanción y a los jueces de ejecución realizando un control administrativo de la ejecución de las penas.

¹⁵ Peralta, José. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Pág. 255



En Guatemala el encargado de la función judicial es el juez. El principio de exclusividad judicial “Establece que corresponde únicamente a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”.¹⁶ La actividad jurisdiccional está reservada en exclusiva a los órganos íntegramente del poder judicial. De conformidad con lo regulado en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala corresponde a los tribunales de justicia el juzgar y promover lo juzgado. Los organismos de Estado se encuentran obligados a prestar su colaboración para que el proceso sea de la mejor manera.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que los magistrados y jueces son independientes, únicamente sujetos a la Constitución de la República de Guatemala y a las leyes. La función jurisdiccional la ejerce con exclusividad la Corte Suprema de Justicia y sus demás tribunales por lo que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de la misma. La Corte Suprema de Justicia es el ente de mayor jerarquía en el poder judicial, entre sus funciones se encuentra la integración de los tribunales de justicia, así como conocer sobre asuntos judiciales específicos y de trascendencia.

Dentro de la estructura jurisdiccional se encuentran distintos jueces, todos debidamente encargados de una función jurisdiccional. Los jueces encargados de la función de determinar la pena es el tribunal de sentencia. Dicho tribunal tiene a su cargo la labor de dictaminar la sentencia que corresponde, ya sea absolutoria o condenatoria, al finalizar el debate oral y público. Se encuentra conformado por tres jueces un presidente y dos vocales.

Finalizado el debate oral y público inmediatamente después los jueces pasaran a deliberar en sesión secreta. Para la deliberación se tomarán todas las pruebas

¹⁶ Alvizurez, **Op Cit.** Pág. 327



incorporadas al proceso por medio de la sana crítica razonada. Este sistema de valoración de la prueba permite una valoración basada en la lógica, la experiencia y la psicología. La decisión deberá versar sobre la absolucón o la condena del acusado.

Cuando por la carga laboral y en pro de la agilización del proceso no pueda conocer un tribunal de sentencia conformado como antes fue citado, se encargará un tribunal unipersonal de sentencia. Esto implica que uno de los jueces tendrá la labor de dictaminar la sentencia en representación del tribunal. Este juez puede ocupar el cargo de presidente o vocal dentro de la conformación del tribunal de sentencia.

Al momento de la deliberación de sentencia se deberá seguir un orden lógico tomando en cuenta diversos factores. Factores como cuestiones previas, existencia del delito, responsabilidad penal del acusado, calificación legal del delito, pena a imponerse, costas, y lo demás que establece la ley. Como se ha mencionado anteriormente es en este punto donde el juez deberá desempeñar la tan importante labor de determinar la pena para quien sea declarado culpable. El juez deberá tomar en cuenta diversas cuestiones para asegurarse de establecer una pena proporcional al delito.

El Artículo 65 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala prescribe: "El juez o tribunal determinará en la sentencia la pena que corresponda dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena".



Del Artículo que antecede se observan las condiciones a tomar en cuenta cuando se configura una pena. La peligrosidad, los antecedentes personales, el móvil del delito, extensión e intensidad del daño causado, así como las circunstancias atenuantes y agravantes son los aspectos que el juez debe evaluar.

El Artículo 66 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece que: “Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme lo dispuesto en el Artículo que antecede. El máximo de la pena de que se trate se tomara como base para establecer la cuota o fracción determinada”. Este Artículo faculta al juzgador a establecer la pena dentro de los límites tomando en cuenta las circunstancias mencionadas anteriormente.

Dentro de los parámetros para establecer las sanciones, mencionados con anterioridad en su mayoría se atienen a la valoración que el juzgador pueda hacer dependiendo de las circunstancias y su experiencia. Sin embargo, existen dos condicionantes que se encuentran reguladas en la ley. Estas son las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, circunstancias atenuantes y agravantes.





CAPÍTULO III

3. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal

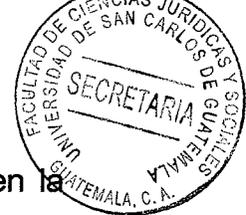
Se entienden como “Una serie de circunstancias que, al darse generan una modificación en la responsabilidad criminal y por lo tanto en la pena. Estas circunstancias pueden ser atenuantes, implicando una pena menor respecto al tipo básico, o agravantes que conllevan un aumento de la misma”.¹⁷ Los elementos que concurren en el delito determinan si una pena se impone en mayor extensión o en una menor. Estas circunstancias buscan una completa y correcta individualización entre el acusado y la pena preestablecida.

3.1. Circunstancias atenuantes

Son aquellas consideraciones o presunciones que realiza el legislador previendo que puedan existir situaciones en torno a la realización de un delito que puedan influir al momento de establecer la pena al delincuente. Situaciones que serán benignas para el condenado, pues pueden significar una disminución de la pena en la sentencia. Son circunstancias que atienden a situaciones personales del imputado, al estado de ánimo, a la intención, a su grado de libertad.

En el Código Penal de Guatemala en el Artículo 26 se regulan las circunstancias atenuantes. El legislador ha expresado con claridad cuáles son las situaciones por las que se debe disminuir una pena. Se puede realizar una clasificación de los atenuantes atendiendo a las circunstancias que reducen la antijuridicidad del hecho las cuales

¹⁷ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo, **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 137



implican una disminución del injusto. Así también, las circunstancias que reducen la culpabilidad del autor, es decir que el autor tuvo la capacidad de elección de forma limitada. Las circunstancias que reducen la punibilidad, siendo estas las que se orientan a la actitud posterior del actor. Por último, la atenuante por analogía que manifiesta circunstancias similares a las descritas en dicho Artículo.

3.1.1. Circunstancias que reducen la antijuridicidad del hecho

-Exceso de causas de justificación

El Artículo 26 numeral 2 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación”. Las causas de justificación reguladas en el Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, son la legítima defensa, estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho. Estas permiten una conducta antijurídica, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos. Si llegare a faltar alguno de los requisitos sería una conducta que, aunque se encuentra justificada con algunas circunstancias, traspasa los límites de dicha justificación.

Al traspasar los límites se tendría que configurar un delito como tal y establecer una pena, sin embargo, al haber tenido ciertos requisitos justificantes se podría aplicar la atenuante permitiendo que la pena pueda ser disminuida. Si bien no se logra una absolución se podría disminuir la sentencia, todo esto con el fin de beneficiar al reo. Por ejemplo, en el uso de la legítima defensa, existe una agresión legítima cuando no existe provocación, sin embargo el medio de defensa utilizado no es proporcional al daño, por lo que no puede aplicarse la causa de justificación. Puede entonces ser objeto de una atenuación de la pena.



-Preterintencionalidad

El Artículo 26 numeral 6 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo”. La responsabilidad por el daño causado sigue existiendo, aunque el resultado del mismo fuera alejado de la finalidad que se perseguía. Por ejemplo, en un homicidio preterintencional no se pretendía la muerte de la persona, sin embargo si se le pretendía hacer un daño. Esta atenuante considera la intención de la persona al actuar.

-Dificultad de prever

El Artículo 26 numeral 10 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever”. Esta atenuación es aplicada únicamente a los delitos culposos, se efectúa una acción que al momento de ser realizada carece de la proyección del daño que llegaría a causar. Era difícil imaginar el resultado, no imposible puesto que de haber sido imposible de prever desaparecería la tipicidad.

-Provocación o amenaza

El Artículo 26 numeral 11 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito”. Se refiere a alguna provocación o amenaza que haya formulado una persona contra otra y que por lo tanto

una de ellas haya realizado un daño considerado como delito. Es importante hacer énfasis en la expresión inmediatamente ya que indica que el delito debió preceder en un momento inmediato anterior de una provocación. Es importante resaltar la necesidad de proporción, es decir que la amenaza tenga relación o correspondencia con el delito.

-Vindicación de ofensa

El Artículo 26 numeral 12 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados. Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión”.

Vindicar significa defender, vengar, recuperar lo que a alguien le pertenece. Atendiendo a dichos conceptos se considera como atenuante, una acción realizada inmediatamente después de habersele causado una ofensa. No solo una ofensa hacia la propia persona sino también a su cónyuge, concubinario, parientes en el grado de ley o sus adoptantes o adoptados, protegiendo así la naturalidad del ser humano de defender a sus seres queridos.

Se hace mención del término de ofensa grave, lo que da a entender que no se trata de una simple ofensa que no repercute en la integridad o el honor de la persona, sino de una de especial insulto o agravio. Se realiza también especial mención del tiempo, ya que para que sea considerado atenuante debe haberse realizado el delito justo después de la ofensa, cuando la persona no ha tenido un tiempo para reflexionar sobre su actuar.



3.1.2. Circunstancias que reducen la culpabilidad del autor

-Inferioridad psíquica

El Artículo 26 numeral 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece "Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto". Condición que se encuentra íntimamente ligada con la inimputabilidad, se aplicará cuando de acuerdo a exámenes periciales se pueda determinar que existen situaciones orgánicas o patológicas que afecten al sujeto.

Situaciones como el desarrollo mental limitado o enfermedades mentales que puede ser incluso derivada de los hábitos. Se puede asegurar que el actor tendría la capacidad de reconocer el ilícito que comete, sin embargo por sus situaciones orgánicas y patológicas esta capacidad se encuentra vedada.

-Estado emotivo

El Artículo 26 numeral 3 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece "Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación". La ceguera mental producida por tensión o alteración fuerte, puede conllevar a una persona a no razonar o reflexionar sobre sus acciones en un tiempo determinado. Incluso el autor del hecho puede encontrarse tan alterado que ni siquiera recuerde lo sucedido. La comisión de un delito mientras el autor se encuentra con ceguera mental produce una atenuación de la pena.



-Ignorancia

El Artículo 26 numeral 9 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuando haya influido en su ejecución”. Se aplica cuando el desconocimiento por parte del autor influencia en la realización del delito. Como falta de ilustración se puede comprender que se trata no de un total desconocimiento puesto que no se puede alegar ignorancia de la ley, sin embargo implica el desconocimiento del camino o ruta para la realización del delito que al final llevaron a cabo la ejecución del ilícito.

-Inculpabilidad incompleta

El Artículo 26 numeral 13 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos”. Este numeral hace referencia a las causas de inculpabilidad las cuales son el miedo invencible, fuerza exterior, error, obediencia debida y omisión justificada.

Estas causas son hechos que absuelven al sujeto destruyendo el dolo o la culpa, pero deben cumplir con ciertos requisitos. Por ejemplo, en la causa de inculpabilidad por obediencia debida deben existir una subordinación jerárquica, si ésta no existiera se carecería de los requisitos necesario para configurarse como inculpabilidad. Por lo que, aunque no cumpla con todos los requisitos, si tuviere algunos se consideraría una atenuación de la pena.

3.1.3. Circunstancias que reducen la punibilidad

-Arrepentimiento eficaz

El Artículo 26 numeral 4 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”. Esta atenuación dirige su atención a la actitud del ofensor, se espera que exista un arrepentimiento. Derivado de este arrepentimiento se procure reparar el daño causado, que se tenga la intención activa y el interés de restituir y evitar futuras consecuencias que sigan causando daño a la víctima.

-Reparación de perjuicio

El Artículo 26 numeral 5 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia”. Esta atenuante podría tener relación con la antes expuesta sobre el arrepentimiento eficaz, sin embargo para la aplicación de ésta, no solo debe existir la intención de reparar el daño sino ya haberlo reparado antes de dictar sentencia.

Se debe haber reparado el daño, restituido la cosa o indemnizado por el mal causado a la víctima quien podrá ser una o varias personas individuales o incluso el propio Estado. Siempre será evaluado dicho resarcimiento por el tribunal para determinar la proporcionalidad de la reparación del perjuicio.



-Presentación a la autoridad

El Artículo 26 numeral 7 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad”. Situación que permite una recompensa a la persona que habiendo podido fugarse ha decidido presentarse a la autoridad. Voluntariamente se presenta sometiéndose al proceso y si al final es declarado culpable, se toma en cuenta su buena actitud de comparecer por su cuenta ante la justicia, para así atenuar su pena.

-Confesión espontanea

El Artículo 26 numeral 8 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración”. La declaración del supuesto responsable del delito es de trascendental importancia, ya que rendir una declaración donde reconoce su culpabilidad puede indicar la disminución de su pena. Sin embargo, como derecho plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala puede abstenerse a declarar contra sí mismo. Su decisión de declarar y de admitir su responsabilidad corresponderá a motivos estratégicos como lo puede ser recibir una pena menor.

3.1.4. Atenuante por analogía

El Artículo 26 numeral 14 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”. Se clasifica esta circunstancia de manera distinta ya que no está determinada concretamente. Mediante ésta se le otorga la facultad al juez de

determinar la aplicación de una disminución de la pena de acuerdo a situaciones similares a las ya establecidas por la ley. Debe existir suficiente semejanza en sus fundamentos y objetivos, siempre con base al principio *Indubio pro reo*, es decir, aplicar lo que beneficie al reo.

3.2. Circunstancias agravantes

Son causas que modifican la responsabilidad penal con el fin de aumentar una pena. Se trata de situaciones que, aunque no modifiquen el delito, son determinantes para que el juez pueda establecer la pena correcta. Indican una mayor peligrosidad, un grado mayor de maldad o el desprecio por el sentido de humanidad al cometer el delito. Se encuentran debidamente reguladas en el Código Penal de Guatemala, Decreto número 17-73 en el Artículo 27 y un agravante especial en el Artículo 28. Se puede establecer una clasificación de estas circunstancias quedando de la siguiente manera.

3.2.1. Agravantes que incrementan el injusto del hecho

En dichas circunstancias se incrementa la antijuridicidad del hecho por aumentarse la indefensión de la víctima, el aseguramiento de la impunidad o por implicar un mayor peligro o lesión a los bienes jurídicos. Por indefensión de la víctima, se comprende que existe un aprovechamiento de circunstancias en las cuales la víctima se encontraba indefensa mientras que el autor tenía los medios y la oportunidad necesaria para hacer daño.

El aseguramiento de la impunidad indica la comisión de un delito de tal manera que las acciones denoten una intención de que el actor escape de la justicia, su objetivo es la impunidad de sus acciones. Las circunstancias que implican un mayor riesgo o lesión a



los bienes jurídicos, como su nombre lo indica, existe una mayor peligrosidad al poner en riesgo los bienes jurídicos de terceros o aumentar el daño causado.

a) Agravantes por generar la indefensión de la víctima

-Alevosía

El Artículo 27 numeral 2 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse”.

Cuando se realiza una acción aprovechando la circunstancia, el tiempo, el lugar o debilitando la defensa de la víctima se considera que debe ser mayor la pena. Para establecer que existe, la alevosía debe ser buscada por el autor. Por ejemplo, si una persona se encuentra dormida y otra la ataca, se busca la situación conveniente para atacar y la limitación de la defensa de la víctima por lo que cabría argumentar la agravación de la pena.

-Aprovechamiento de calamidad

El Artículo 27 numeral 5 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya



ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública”. El actor del hecho se benefició de situaciones críticas o fuera del control de la víctima para realizar un delito. Mientras se espera de la sociedad la solidaridad cuando se produce una catástrofe, algunos lo utilizan para delinquir, lo que lo convierte en un hecho más despiadado y por ende merecedor de una agravación de la pena.

-Abuso de superioridad

El Artículo 27 numeral 6 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima”. Se comete el delito con mayor facilidad pues la víctima es inferior física o mentalmente que su agresor. Así también, el uso de medios que no permitan la defensa de la víctima, pudiendo esto confundirse con la agravación por alevosía. Sin embargo, es posible destacar que con el abuso de superioridad se tienen medios por sí mismos, no se buscan sino se aprovechan los que por naturaleza se tienen.

-Auxilio de gente armada

El Artículo 27 numeral 13 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”. Se agrava el hecho que para cometer el delito el actor se auxilie de personas armadas que impidan que la víctima pueda defenderse. También pueden garantizar impunidad al actor con el hecho de su



presencia. Personas que pueden no cometer el delito específicamente, pero si prestan su auxilio.

-Cuadrilla

El Artículo 27 numeral 14 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas”. Concurre ésta agravación cuando para la comisión de un delito tres o más personas lo cometen.

A diferencia del auxilio de gente armada, existe la reunión de personas con determinado fin el cual es la comisión del delito, donde todos o la mayoría rinde su colaboración. Así también, como diferencia con el agravante explicado anteriormente se establece un mínimo de personas que participan para que sea considerada la cuadrilla.

-Nocturnidad y despoblado

El Artículo 27 numeral 15 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho”. El delito cometido en horas de la noche o en un lugar solitario es considerado más grave pues puede garantizar la impunidad del actor, así como la imposibilidad de defensa por parte de la víctima. Ya sea que exista una premeditación para que el hecho sea cometido de esta manera o si solo se aprovecha la situación es considerado de la misma manera.



-Ser el autor jefe, agente de orden público, funcionario o empleado público

El Artículo 28 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Los Jefes o Agentes encargados del orden público, que cometieren cualquier delito contra las personas o sus bienes, siempre que se pruebe que en la realización del mismo, se produjo grave abuso de autoridad y de la confianza que el Estado les ha otorgado, se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido aumentada en una cuarta parte. Los funcionarios o empleados públicos que, abusando del cargo del que están investidos, cometieren cualquier delito, serán sancionados con la pena correspondiente al delito cometido, aumentada en una cuarta parte”.

Esta agravación se encuentra separada de las demás e indica concretamente la cantidad de aumento de la pena. Se considera con mayor gravedad cualquier delito cometido por los agentes, jefes encargados del orden público, funcionarios o empleados públicos por ser figuras de autoridad, encargados de garantizar el orden social. Como representantes del Estado se espera una conducta intachable. Sin embargo, al cometer delitos contra las personas o bienes se desprestigia el mismo, por ende, corresponde que la pena sea más severa.

b) Agravantes por asegurar la impunidad del autor

-Preparación para la fuga

El Artículo 27 numeral 8 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio,

modo o forma que aseguren la fuga del delincuente”. Se entiende que el hecho se encuentra debidamente planificado, incluyendo los medios por los cuales el delincuente escapará. Concretamente se hace alusión a la intención, el dolo, que la persona claramente manifiesta. Se persigue la impunidad en la comisión del delito, aun cuando dicha impunidad no se logre esta agravante puede aplicarse debido a la intención manifiesta.

-Artificio para realizar el delito

El Artículo 27 numeral 9 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente”. Se hace énfasis en el engaño que se utiliza para realizar o facilitar el delito. Puede hacerse uso de cualquier artificio para garantizar la impunidad o la consumación del mismo. Se entiende un artificio de manera general, ya que utilizar algún engaño que se encuadre como parte de un tipo penal específico no sería más una agravante sino la tipificación de otro delito.

-Vinculación con otro delito

El Artículo 27 numeral 19 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento”. Ésta agravante es controversial pues ya existe otra figura debidamente regulada en la ley para establecer la vinculación entre delitos. Se trata del concurso ideal, pues es la acumulación subjetiva de acciones en la que el sujeto se encuentra motivado por el mismo deseo o intención de cometer



los delitos. El concurso ideal podría significar una disminución de la pena total por lo que sería contrario a lo que en éste numeral se establece.

c) Agravantes por incrementar el daño o peligro a los bienes jurídicos

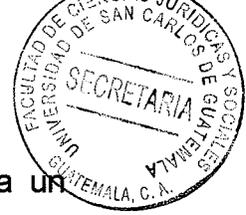
-Medios gravemente peligrosos

El Artículo 27 numeral 4 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general”.

Los medios mencionados anteriormente para la comisión del delito suelen ser altamente peligrosos y no solo para quien se pretende dañar. Se aumenta la pena cuando se utilizan medios que pueden repercutir de manera general y puedan poner en peligro la vida y el patrimonio de terceros. Siempre y cuando dichos estragos no correspondan a un delito por sí mismos.

-Ensañamiento

El Artículo 27 numeral 7 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la



acción delictual”. Cuando el delito cometido se realiza de tal forma que se da un aumento innecesario del sufrimiento de la víctima, se debe aumentar la magnitud de la pena. Se causan innecesariamente ofensas graves que atentan contra el honor o dignidad de la persona.

-Cooperación de menores de edad

El Artículo 27 numeral 10 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de personas menores de edad”. Se fundamenta dicha agravante en que toda persona adulta debería ser ejemplo para un menor de edad, evitando una provocación o inducción para que menores cometan crímenes. No solo se fomenta el delito en los jóvenes, sino que también al pedir su colaboración se les está poniendo en riesgo tanto en su vida como en su integridad física.

-Menosprecio de autoridad

El Artículo 27 numeral 16 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta este ejerciendo sus funciones”. Por principio todo ciudadano debe respeto y obediencia a las autoridades, como personas y como representantes del propio Estado. Por ende, la agravación de la pena es propicia cuando se ofende o se menosprecia a esas figuras de autoridad o bien se realiza el delito estando éstas en el lugar desarrollando sus funciones. Se trata de reforzar la autoridad que se le confiere al responsable de una función pública.



-Menosprecio al ofendido

El Artículo 27 numeral 18 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho”. Lo que realmente importa en esta circunstancia es el daño que se causa a la víctima, se trata del impacto que tendrá como persona o en su patrimonio. Se da una agravación al delito cuando el actor ha cometido el hecho en contra de alguien que por sus condiciones se vería más afectado, por sus condiciones físicas o económicas.

-Menosprecio del lugar

El Artículo 27 numeral 20 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso”. El hecho de encontrarse la víctima en su hogar produce un aumento de la pena pues el ofendido se encontraba en un lugar seguro y de su confianza. Esta agravación surge su efecto siempre y cuando la víctima no haya provocado el delito y por ende haya sido cometido en su morada.

-Facilidad de prever

El Artículo 27 numeral 21 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible”. En contra posición existe la atenuación sobre la dificultad de prever regulada en el



Artículo 26 numeral 10 del Código Penal de la República de Guatemala, la cual desmerita una acción difícil de prever. Cuando el daño causado ha podido ser previsto o imaginado como probable, entonces corresponde un aumento de la pena. Esto ya que no se tomó en consideración la precaución al actuar, algo distintivo de los delitos culposos.

-Uso de medios publicitarios

El Artículo 27 numeral 22 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión”. Los medios publicitarios son los canales que los publicistas utilizan para lograr un proceso de comunicación masivo.

Como medio de comunicación masivo se pretende alcanzar a una mayor cantidad de personas por lo que se incrementa la extensión del daño que se puede causar. Siempre que el uso del medio de comunicación no sea parte propia del delito y se pueda tipificar en sí mismo. Se trata de aumentar la pena por el mal causado y los efectos que puede conllevar a corto, mediano o largo plazo.

3.2.2. Agravantes por incremento de la culpabilidad del autor

La clasificación de estos agravantes se enfoca en la culpabilidad del autor. La culpabilidad es el elemento subjetivo que indica el grado de responsabilidad de una persona en la comisión del delito. Es un elemento fundamental del delito, si no existiere una concreta relación ente el autor y el hecho no se podría configurar la responsabilidad



en la comisión de un delito. Partiendo de los motivos que condujeron a la persona a realizar el hecho se plantea la siguiente clasificación.

-Motivos fútiles o abyectos

El Artículo 27 numeral 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos”. Algo importante al evaluar el delito deben ser los motivos por los cuales se ha realizado. Cuando los motivos carecen de aprecio o importancia, son despreciables o viles en extremo, se entiende que se realiza por motivos fútiles o abyectos. Por ende, ante tan incomprensibles motivos se aumentará la pena según lo determine el tribunal de sentencia.

-Premeditación

El Artículo 27 numeral 3 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Obrar con premeditación conocida. Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente”.

El dolo con que el actor planifica todos y cada uno de sus pasos para concretar un crimen es un claro motivo de agravación de la pena. Cuando se realiza dicha planificación el actor tiene el tiempo suficiente para reflexionar sobre sus acciones, los efectos y sobre la propia víctima. El legislador concibe la idea de que si aun teniendo



todo ese tiempo la persona no se retracta de lo planeado se le conoce como premeditación y ésta aumenta la culpabilidad del agresor.

-Interés lucrativo

El Artículo 27 numeral 11 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria”. El hecho de buscar una remuneración por un crimen genera ante la sociedad un sentimiento de frialdad e insensibilidad humana por parte de quien comete el crimen. La existencia de una recompensa no solo da a entender un pleno conocimiento del hecho sino también da un tiempo de reflexión sobre su realización. Al optar por cometer el delito de todas formas, se incrementa en forma evidente la culpabilidad del actor.

-Embriaguez

El Artículo 27 numeral 17 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito”. Encontrarse en estado de inconciencia al momento de cometer un ilícito puede ser motivo de inimputabilidad. Sin embargo, para que sea inimputable el sujeto, no debe buscar él mismo el estado de inconciencia. Al buscar el estado de inconciencia puede que se dé una mayor facilidad para la realización del delito o incluso utilizar mecanismos aún mas agresivos en contra de la víctima. Es causa de agravación el buscar deliberadamente la embriaguez o intoxicación con el fin de cometer el delito.



-Reincidencia

El Artículo 27 numeral 23 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “La de ser reincidente el reo. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena”.

Se entiende como reincidente quien incurre de nuevo en un mismo error o falta. Haber sido condenado por un delito ya sea en el territorio nacional o fuera de él, indica la lógica abstención de realizar algún otro en el futuro. Sin embargo, el realizar otro delito indicará reincidencia y por ende será motivo de agravación de la pena.

-Habitualidad

El Artículo 27 numeral 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece “La de ser el reo delincuente habitual. Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

Por habitualidad se entiende la comisión reiterada de una acción, en este caso de delitos. Se considerará un delincuente habitual a la persona que vuelva a delinquir luego de haber sido condenado por dos o más delitos ya sea que haya o no cumplido la pena, sean estos delitos realizado en Guatemala o en el extranjero. Este numeral en específico establece concretamente la proporción de aumento de la pena.



3.3. Circunstancias mixtas

El Artículo 31 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece "Podrán ser apreciadas como circunstancias atenuantes o agravantes, según la naturaleza, los móviles y los efectos del delito: Ser el agraviado cónyuge o concubinario, o pariente del ofensor por consanguinidad o por afinidad dentro de los grados de ley; así como las relaciones de respeto, amistad, gratitud, dependencia u hospitalidad que existan en el imputado con respecto al ofendido (...)".

El legislador toma en cuenta regular estas circunstancias atendiendo al grado de relación personal que pueda tener el agresor con la víctima. Se regulan de forma muy general y será trabajo del juez determinar si la relación personal deba ser calificada como una circunstancia que agrava o atenúa la pena. No se establece un parámetro específico por lo que queda a consideración total del juzgador, siempre y cuando estas situaciones no indiquen la concurrencia de un delito distinto o específico.

Luego de establecer un análisis de cada una de las circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas que establece el Código Penal de Guatemala se puede determinar que la concurrencia o no de tales circunstancias serán un factor determinante para establecer la pena. El juez cuenta con esta guía que será una directriz al momento de determinar la pena. Sera trabajo del órgano jurisdiccional tomar en cuenta la concurrencia de éstas así como el parámetro que utilizaran, apoyándose con su conocimiento y experiencia.



CAPÍTULO IV

4. Delito de violación a la intimidad sexual y el uso de la internet profunda

El delito es una acción antijurídica y culpable, la cual va acompañada por ende de una pena. Para que exista un delito la doctrina ha establecido la necesidad de que concurren ciertos elementos. Estos elementos son la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad. En el delito de violación a la intimidad sexual debe mencionarse que existe diversidad de formas para realizarlo. Se hará énfasis en el uso de la internet profunda como método para proferirlo y su trascendencia e importancia, así como el motivo por el cual debe ser diferenciado de cualquier otra forma de realización.

4.1. Delito de violación a la intimidad sexual

Tomando en cuenta los elementos del delito antes expuestos, el delito de violación a la intimidad sexual debe encontrarse establecido en la ley, es decir tipificado. Debe realizarse una acción o conducta humana que sea contraria a la ley, es decir que sea antijurídica. También debe existir una concreta relación de responsabilidad entre el acusado y el hecho que se le imputa. El acusado debe ser una persona que no tenga eximentes de responsabilidad como lo son las condiciones de inimputabilidad como la edad o la condición mental.

El delito debe manifestar una pena para que pueda ser aplicada y debidamente ejecutoriada. A lo largo del tiempo este delito ha sido plenamente regulado, sin embargo es importante conocer cómo se encontraba regulado y la evolución que ha tenido por medio del conocimiento de los antecedentes.

4.1.1. Antecedentes

“En el transcurrir de la historia y evolución de la humanidad, han surgido diversas concepciones acerca del fenómeno de la sexualidad que se derivan de diversos contextos históricos-sociales, impregnados, o mejor dígase influenciadas, de dogmas religiosos, culturales, sociales hasta económicos. La evolución epistemológica del enfoque de la sexualidad nos ilustra cómo ha ido evolucionando la delimitación de lo permitido con lo prohibido en materia sexual”.¹⁸ La sexualidad a lo largo de la historia ha evolucionado según las décadas y culturas. Diversos conocedores han estudiado la sexualidad junto a la personalidad de los individuos, formando un gran aporte en lo que se refiere a las ciencias criminológicas y los perfiles criminales.

Así como ha evolucionado la concepción de la sexualidad a lo largo del tiempo así ha evolucionado también el delito contra los hechos que perturban la intimidad sexual. Como aspecto general es necesario conocer la evolución del concepto de sexualidad. Peña Cabrera realiza un resumen sobre esta evolución, mencionando como primer antecedente la reforma gregoriana mediante el Papa Gregorio VII donde se trata de imponer el celibato. Se reconoce el matrimonio con la única finalidad de engendrar para así preservar la raza humana. La institución monogámica del matrimonio era la única forma legítima de convivencia entre un hombre y una mujer.

Así también, eran castigados cualquiera otra manifestación sexual distinta al matrimonio como lo era el homosexualismo, la prostitución y otros. Las conductas que eran contrarias a lo establecido por el matrimonio se consideraban inmorales y eran penadas. Por ejemplo, en Alemania con el Código Penal Alemán de 1871 se reprimía el homosexualismo, las personas eran marginadas, tomadas como pecadores y expuestas como vergüenza social.

¹⁸ Peña Cabrera, Alonso Raúl. **Los delitos sexuales**. Pág. 37



Se inicia una transición del estado autoritario despótico para dar paso a una reforma en los valores sociales, situación que fue impulsada con la independencia de las 13 colonias de Estados Unidos, así como con la Revolución Francesa. Se inicia una fase donde se comienza a reconocer los denominados derechos fundamentales, comenzando a ser regulados de forma constitucional. Con la inclusión de estos derechos en la legislación se comienza paulatinamente a penalizarlos. Es decir, que se incorporan en el catálogo punitivo.

Sin embargo, surgieron críticas sosteniendo que no todas las conductas que tienen un reproche ético o religioso deben ser penadas por la ley. Si se penalizaran todas las conductas se estaría reprimiendo la libertad del ser humano. El derecho penal entonces tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos determinados. Los bienes jurídicos son los derechos que se protegen jurídicamente por medio de una legislación positiva y vigente en un determinado país.

4.1.2. Regulación en Guatemala

El *ius puniendi* del Estado pretende por tanto proteger las libertades fundamentales de toda persona frente a la arbitrariedad del propio Estado y sus entes. No solo pretende proteger esta libertad sino también la protección de la sociedad ante el crimen en sí mismo, es decir la vulneración de los derechos conocidos también como bienes jurídicos tutelados. Siendo el fin supremo del Estado la protección de estos bienes tan valiosos e indispensables para las personas humanas, debe el derecho penal perseguir también tal fin. El derecho penal debe adaptarse a la realidad social, castigando a las personas por sus actos y no por lo que son, garantizando así la seguridad jurídica y la independencia democrática de un país.

Toda conducta que sea penada por la ley debe no solo ser inmoral sino también lesionar concretamente un bien jurídico. Ya que si se persiguiera penar la inmoralidad



volveríamos a tiempos antiguos donde era penado todo acto que algunas personas consideraran indecente, nos veríamos sometido a la arbitrariedad. Sería penado todo acto que, dependiendo del punto de vista social, cultural y de poder se considere obsceno o inmoral.

En la actualidad existe la necesidad de que los delitos penados vulneren realmente un bien jurídico que el Estado pretende proteger. El sistema jurídico estatal ha de ser un defensor de la juridicidad, mas no de la moralidad por lo que utilizará su poder punitivo solo cuando sea estrictamente necesario atendiendo al principio de mínima intervención del estado.

-Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas

Al ser obligación del estado garantizar la vigilancia de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la seguridad jurídica, se legislan normativas que protegen la integridad de las personas. Con el objeto de proteger dicho derecho se prohíbe todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral. En la búsqueda de una mejor protección se legisla el Decreto número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Antes de la promulgación de La ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, en el Código Penal se regulaban delitos de violación y abusos deshonestos. Sin embargo, dichos delitos se limitaban a establecer como víctima a la mujer, olvidando que estos pudieran ser cometidos a hombres. Con el Decreto 9-2009 se acoge una realidad más actual en donde la victima puede ser un hombre o una mujer. Se amplía la regulación de delitos, así como los medios para realizarlos.



La ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas regula en el Artículo el objeto de dicha ley, siendo éste el de "(...) prevenir, reprimir, sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y resarcir los daños y perjuicios ocasionados". De acuerdo con los protocolos, convenios, tratados firmados y ratificados por Guatemala que pretenden prevenir, controlar y sancionar la violencia sexual, explotación y trata de personas se crea el Decreto 9-2009 reafirmando este fin.

Los principios rectores de la ley mencionada anteriormente son: la confidencialidad, protección especial, no revictimización, interés superior del niño o la niña, no discriminación, derecho de participación, respeto a la identidad cultural, información, proyecto de vida, celeridad, presunción de minoría de edad y restitución del ejercicio de derechos. Para velar por el cumplimiento de esta ley se crea también la figura de la secretaria contra la violencia sexual, explotación y trata de personas.

Previo a conocer el tipo penal que concierne a esta propuesta de investigación es necesario conocer lo que la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala regula como víctima en el Artículo 10 siendo esta "(...) la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal. También se considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

La víctima, de acuerdo con la definición brindada por la ley, es toda persona que sufre daño ocasionado por otra u otras. El daño que se sufre tiene distintas manifestaciones, puede ser físico, emocional, moral, financiero o que prive derechos fundamentales. Al considerar a una víctima se entiende que ha sufrido la comisión de un delito



debidamente regulado por la ley. También se considera como víctima a la familia de quien ha sufrido el daño directo, así como quien ha tratado de impedirlo. El término de victimización se entiende como el proceso por el cual atraviesa la víctima, donde sufre las consecuencias de una situación traumática. Por tanto, es también considerada víctima aquella persona que pretende prevenir dicho proceso de victimización.

Son derechos de la víctima, según el Decreto 9-2009, la privacidad de identidad de la víctima y de su familia, la recuperación física, psicológica y social, la convivencia familiar. Así también la asesoría legal y técnica, derecho a un intérprete durante la atención y protección, así como a un intérprete para el adecuado tratamiento dentro del hogar de protección o abrigo. También son derechos la permanencia en el país de acogida durante el proceso de atención a la víctima, la reparación integral del agravio, la protección y restitución de los derechos que han sido amenazados, restringidos o violentados.

La ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 34 regula las reformas al Artículo 190 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la Republica, el cual establece el delito de violación a la intimidad sexual el cual es el objeto de estudio en esta investigación y que será descrito más adelante.

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

De acuerdo con la realidad guatemalteca, así como los avances de la ciencia penal el Código Penal se hizo una necesidad. Debido a la exigencia de incorporar nuevas normas o modificar las que existían para que pudieran estar más actualizadas se regula el nuevo Código Penal. Entra en vigor el 15 de septiembre de mil novecientos setenta y tres, desde su entrada en vigor hasta la actualidad se le han realizado distintas



reformas e incorporaciones al cuerpo legal. Dentro de estas reformas se encuentran las realizadas por el Decreto 9-2009.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la Republica actualmente regula el delito de violación a la intimidad sexual en el Artículo 190 el cual establece “Quien por cualquier medio sin el consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo, para afectar su dignidad, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, acceda, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, comunicaciones efectuadas por cualquier medio físico o electrónico o datos reservados con contenido sexual de carácter personal, familiar o de otro, que se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, en perjuicio de la persona titular de los datos o de una tercera persona. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien difunda, revele o ceda, a cualquier título, a terceros, los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere este artículo”.

La intimidad es considerada como una parte abstracta de la vida de una persona que reserva exclusivamente para cierto grupo de personas. Son actos o sentimientos que se mantienen fuera del alcance del público. Se trata de información que no se desea que trascienda o sea divulgada. Por tanto, el apoderarse o captar cualquier información, sonido, imagen o conversación que afecte el sentido de valor de una persona deberá ser sancionado con prisión de uno a tres años como lo indica el artículo.

Se impondrá la misma pena para quien sin estar autorizado y en perjuicio de tercero acceda o modifique datos con contenido sexual reservado para uso personal, familiar u



otro. Estos pueden encontrarse en cualquier medio físico o electrónico en distintos soportes electrónicos o registros públicos o privados. Por soportes informáticos se comprende a archivos informáticos digitales equivalentes a archivos físicos. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien difunda, revele o ceda cualquier dato captado a través de las formas ya antes mencionadas.

El bien jurídico que protege el delito contra la intimidad sexual es la indemnidad sexual. La indemnidad sexual se entiende como el derecho que tiene toda persona a que su privacidad no sea divulgada con personas no autorizadas. Se tiene la necesidad de proteger el desarrollo normal del ámbito sexual tanto de personas mayores de edad como muy especialmente de los menores de edad.

4.2. La internet profunda como medio para la realización del delito

El delito de violación a la intimidad sexual contempla diversas formas en las cuales puede ser cometido. Se mencionan los medios electrónicos, aunque no específicamente la internet profunda. Es importante realizar la distinción de la internet profunda con la internet en general para conocer la necesidad de especificar este medio. Por tanto, es importante conocer qué se entiende por la internet profunda, la dificultad de persecución de los delitos cometidos por medio de esta, así como su legislación en otros países.

4.2.1. Definición

De conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, se define internet como “Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”. Internet comprende diversas conexiones a nivel mundial que consta de conexiones directas a computadoras



mediante un lenguaje específico de comunicación. El protocolo de comunicación determina como deben circular los mensajes dentro de una red.

El uso de internet se ha incrementado con el pasar de los años, la humanidad ha evolucionado buscando nuevas formas de comunicación. Se ha producido una evolución desde lo más primitivo, pasando por todos los medios físicos de contacto, hasta llegar a las nuevas comunicaciones electrónicas. Al principio muy selectivas para cierto grupo de la sociedad y con recursos de conocimiento privilegiados hasta llegar a la actualidad, donde la información y las conexiones pasan a estar al alcance de todos.

La *deep web*, que en español se interpreta como internet profunda, también es conocida con otros nombres como internet invisible o internet oculta. Hace referencia a los contenidos, de la *World Wide Web* o red informática mundial, que no es registrada por los motores de búsqueda comunes. Así que, al hablar de *deep web* "Se refiere principalmente a contenidos que no se encuentran indexados por los principales motores de búsqueda en Internet y por este motivo, es difícil su localización o tan siquiera saber que están allí.

Puede haber muchos motivos por los que un contenido determinado no sea indexado por buscadores tan populares como *Google* o *Bing*, sin embargo lo más común es que la decisión de ignorar un contenido se deba a que se encuentra protegido por una contraseña, se encuentra incluido en alguna red virtual privada a las cuales no tienen acceso los *crawlers* lanzados por los buscadores, o simplemente son contenidos tan antiguos y con tan pocas visitas, que son marcados como irrelevantes. También es posible que dichos contenidos se encuentren indexados en buscadores, pero dadas sus características, no suelen aparecer con los criterios de búsqueda convencionales utilizados por los usuarios".¹⁹

¹⁹ Echeverri Montoya, Daniel. **Deep web: Tor, Freenet & I2P Privacidad y Anonimato**. Pág. 49

La internet profunda entonces se trata de contenido que no se encuentra debidamente registrado y ordenado por los motores de búsqueda comunes. Esto puede ser por varios motivos, primero por encontrarse protegidos por contraseñas. También por encontrarse en una red virtual privada, lo que restringe a los rastreadores web y evita que los usuarios puedan encontrar con mayor facilidad sus consultas pues no permite que se puedan ordenar o agrupar. Así también, existe la posibilidad que se encuentren debidamente ordenados a través de la indexación, pero que no suelen aparecer en los criterios de búsqueda convencionales de los usuarios.

De lo anteriormente expuesto y reuniendo los elementos indispensables se puede definir a la internet profunda como el conjunto de direcciones o sitios en la red que no se encuentran indexadas o conectadas a los protocolos de comunicación de internet comunes. Para ingresar a los sitios de internet comunes hoy en día se utiliza un protocolo de comunicación como https, el cual es un protocolo seguro de transferencia de hipertexto basado en el protocolo http y que es destinado a la transferencia segura de datos es decir la versión segura de http.

Un protocolo de comunicación es un algoritmo o estructura que utiliza el sistema para comunicarse. En términos más simples y a manera de ejemplo un protocolo de comunicación humano consta de palabras transmitidas hacia otro ser humano y del cual se espera una respuesta para asegurarse que se está llevando a cabo la comunicación.

En internet funciona de una manera similar, por ejemplo un protocolo https debe llevar un certificado de seguridad, una dirección IP de origen, el nombre de la máquina, la fecha en que se genera la petición y otros, es decir que toda esta información requerida debe ser correctamente enviada ya que si fuere deficiente el sistema que recibe dicha petición no captara una correcta comunicación y no emitirá respuesta alguna.



Los sitios en la internet profunda no utilizan los mismos protocolos de comunicación sino que utilizan protocolos de comunicación basados en el anonimato. Se garantiza el anonimato pues el protocolo de comunicación no es directo, es decir no procede de una computadora a otra o de una dirección IP a otra.

En cambio, los protocolos de comunicación de la internet profunda utilizan un algoritmo que al momento de crearse una petición de un sitio origen, esta petición sea trasladada por distintos nodos de la red hasta llegar al sitio final. De igual manera el sitio, al responder es trasladado a través de distintos nodos de la red que permitirán devolver el contenido. Cuando se mencionan nodos de red, quiere decir computadoras o servidores conectados en un determinado momento a la red y utilizados como canales de transmisión para hacer llegar la información.

El procedimiento por el que pasan los mensajes de comunicación en la internet profunda hace que sea difícil rastrear el origen de la información, aunque no imposible, dados los avances tecnológicos. Rastrear el nodo de origen en este protocolo de comunicación es algo complejo, por ese motivo puede ser utilizado para temas delictivos.

4.2.2. Niveles de la internet profunda

La *deep web* o internet profunda presenta un contenido de información exorbitante el cual actualmente no hay forma de medir un aproximado de dicha cantidad. Es importante conocer los niveles que se manejan dentro de la internet profunda y verificar así el grado de peligrosidad que cada uno de ellos podría presentar. López Quesada señala distintos niveles que serán expuestos a continuación.

-*Surface*: Dentro de este nivel se encuentra el contenido de fácil acceso en internet. Es todo aquel contenido que como usuarios se puede encontrar de forma simple, no haciendo más, que buscar el contenido deseado por medio de buscadores conocidos como *Google* o *Bing*. Se caracterizan por tener niveles de seguridad en donde al captar información ofensiva o dañina al usuario, por lo regular el contenido es eliminado y hasta perseguida la fuente.

-*Bergie*: En este nivel se encuentran los sitios de internet que tienen un acceso fácil, pero menos conocidos. Se trata de sitios con temáticas muy específicas y que no suelen despertar tanto interés para la mayoría de los usuarios. Este nivel se caracteriza por tener cierta censura, pero no tan estricta, lo que provoca que roce la ilegalidad. Por ejemplo, encontramos sitios como foros o contenido para adultos.

-*Deep*: Este es el primer nivel de la internet profunda en donde el acceso no suele ser tan restringido y difícil, sino que se puede acceder a través de un proxy. Un proxy es un programa o dispositivo que realiza una tarea de acceso a internet en lugar de otro ordenador. Es un punto intermedio entre un ordenador conectado a internet y el servidor que se está accediendo. Dentro de este nivel ya se puede encontrar información con menos censura.

-*Charter*: Dentro de este nivel de la internet profunda se hace necesario no solo un proxy o dispositivo de acceso para ingresar de forma anónima sino también un buscador alternativo por ejemplo el denominado buscador TOR. Se debe acceder de manera anónima debido a los peligros a los que se exponen, pues muchos *hackers* o personas mal intencionadas podrían acceder a información confidencial. Es también conocido como la *Darknet* o *Darkweb*, se abordará dicho término posteriormente.

-*Marianas*: A partir de este nivel se desconoce con certeza el contenido. Solo se tiene información proporcionada por quienes han llegado a visitar este nivel de la internet

profunda. En este nivel la ilegalidad del contenido suele ser lo que impera. El difícil acceso es importante ya que no cualquier persona podrá ingresar, son muy pocas las personas capaces de hacerlo.

Se conoce que luego de este quinto nivel denominado Marianas se encuentra un nivel aún más profundo que se subdivide en otros tres. Este nivel algunos lo conocen como Zion, sin embargo no está debidamente comprobado. Se trata de un nivel casi imposible de acceder, para ingresar es necesario hacer uso de una computadora cuántica. Así también, es necesario por ende el conocimiento de la mecánica cuántica para realizar diversos cálculos.

Por último, se reconoce un nivel totalmente desconocido para muchos usuarios, se denomina nivel Primario. Se caracteriza por ser lo que controla internet, no se puede acceder a éste de manera directa. No se encuentra controlado por ninguna organización o gobierno. Es un nivel al cual prácticamente es imposible de acceder. En realidad, se desconoce toda la información y contenido que estos niveles proporcionan, pues no se tiene un conocimiento total del contenido de la internet profunda. Aún se desconoce hasta qué punto se puede explorar dentro de esta *deep web*.

Como se manifestó anteriormente se debe realizar una distinción entre el *termino deep web* o internet profunda y *Darknet* o *Darkweb*. Estos términos se utilizan para referirse a niveles de internet profunda donde el contenido no se puede indexar, ya que el contenido se encuentra protegido por los autores. Estos autores se encargan de compartir dicho contenido en redes privadas, anónimas o sitios de internet protegidos mediante contraseñas. El fin de dichos contenidos es desconocido, puede tratarse de contenido ilegal, así como puede tratarse de contenido privado que solo concierne a su creador. Se trata de páginas web necesarias para la administración de algún portal u otro tipo de contenido.

4.2.3. Dificultad de persecución del delito

“Internet es una revolución en las comunicaciones como nunca el hombre ha visto, aunque no solo eso. Su influencia en la sociedad es tan fuerte, tan honda, que condiciona las relaciones interpersonales, la forma de entender la actualidad y hasta la manera de aprender”.²⁰ En la actualidad vivimos en un mundo completamente revolucionado por internet a tal punto se le ha otorgado a la sociedad mucho más poder de información. Por ende, mediante el uso de dicha información se ha abierto un camino a la comisión del delito. Los delitos realizados a través de la internet profunda tienen especial dificultad para su persecución.

-Ámbito espacial y temporal

“Dada la transnacionalidad de los comportamientos realizados a través de internet, se puede efectuar una compra a miles de kilómetros de distancia utilizando un *smartphone*, igualmente, se puede estafar a distancia, o volcar contenidos pornográficos en la red ocultando el delincuente su dirección IP”.²¹ Derivado de la enorme revolución que la tecnología ha ocasionado en el mundo, cualquier persona conoce o al menos ha escuchado de internet. Se ha provisto un acceso universal, es decir que permite a cualquier persona conectarse en cualquier parte del mundo. Solo se requiere una conexión brindada por parte de proveedores del servicio de internet.

El alcance que ha tenido internet ha brindado herramientas efectivas para las personas, un libre acceso a información y fuentes más amplias de conocimiento. Sin embargo, la facilidad de acceso ha derivado también que no todas las personas accedan a este servicio con buenas intenciones. Se ha incrementado el número de delitos realizados a través de está y por lo tanto los conflictos que esto conlleva.

²⁰ Casas Herrer, Eduardo. **La red oscura**. Pág. 7

²¹ Mata Figuero, Alejandro. **Los delitos en internet**. Pág. 6

Se han quebrantado las barreras geográficas de los estados, generando problemas de jurisdicción en la aplicación de las leyes. Se origina una nueva dificultad para la averiguación, investigación y sanción de los delitos. Muchas veces es necesario la colaboración de varios Estados para la persecución de un delito, debido a la transnacionalidad de internet, lo cual genera un gasto aún mayor de recursos.

-Individualización de la responsabilidad penal

En la mayoría de los delitos pueden existir varios autores o cómplices involucrados. Determinar la responsabilidad penal de cada persona involucrada es una ardua labor que se puede dificultar aún más cuando se trata de delitos cometidos a través de la red.

Por lo regular cuando se trata de delitos en la internet profunda muchos llevan consigo toda una red de personas que constituyen una estructura criminal. El proceso de individualizar la responsabilidad penal puede ser difícil, pues se trata de desintegrar una estructura criminal donde cada una de las personas puede encontrarse en un distinto espacio geográfico.

Como lo indica Mata Figuero dentro de la red delictual se pueden encontrar los proveedores del contenido, quienes crean y producen el contenido. Los intermediarios técnicos que proporcionan la estructura donde se transmite la información, es decir que proveen el acceso a internet, cuentas o páginas web. Y por último los usuarios de internet, los cuales pueden verse involucrados por la simple visualización de contenido prohibido.

La individualización de estos delitos es compleja por los factores antes aludidos sobre el espacio geográfico. Si cada una de las personas que juegan un papel en la



estructural delictual se encuentra en un país distinto, se producirán los conflictos sobre los ambientes espaciales y temporales indicados anteriormente.

-El anonimato y la encriptación

Se deriva de la magnitud de internet y la gran cantidad de información que se puede presentar. Se ubican gran cantidad de sitios *web* y equipos informáticos solicitando contenidos, por lo que es necesario contar con una dirección IP. Una dirección IP es la única manera de estar en internet, se trata de una dirección específica que alude a una localización en la memoria de un equipo informático, el cual posibilitará un protocolo de comunicación. Un protocolo de comunicación que al utilizar una gran cantidad de nodos o dispositivos conectados a la red permitirán el anonimato.

La encriptación en cambio consiste en el "Cifrado de los mensajes transmitidos, tendente a incrementar el nivel de seguridad de la transmisión, aumentar el secreto y la confidencialidad de la misma, pudiendo decirse que la encriptación es un complemento del anonimato".²² Es decir, que la encriptación consiste en el proceso por medio del cual se ocultan archivos, documentos o información de terceras personas. Para acceder a estos es necesario un clave o contraseña, brindando así la seguridad de la información.

Como lo indica Casas Herrero el mayor interés del delincuente suele ser ocultar su identidad, por medio de ocultar su dirección IP, por lo que existen para ello algunas redes específicas dentro de la internet profunda. Ya sea ocultando esta dirección o encriptando determinada información, el delincuente pretende lograr su objetivo limitando los medios para localizarlo. El uso de estos mecanismos, aunado con la transnacionalidad del delito que se produce por la internet profunda hace que la persecución del delito sea una labor muy complicada.

²² García Mexía, Pablo. **Principios de derecho de internet**. Pág. 207

-Tamaño de la internet profunda

Otra dificultad que presenta la persecución de los delitos cometidos a través de la internet profunda es el tamaño o profundidad que ésta posee. Para ilustrar tal situación se utiliza la imagen de un *iceberg*, en donde el pico del *iceberg* es el contenido de internet al cual la mayoría de los usuarios puede acceder de forma fácil y usual. Mientras que lo que no suele verse, la parte que se encuentra sumergida corresponde a la internet profunda o *deep web*. Esta parte sumergida se estima en un 75 por ciento de la totalidad de contenido en internet. He ahí la dificultad que se menciona, la inmensidad de esta parte de internet.

Para poder dimensionar la magnitud se deberán hacer ciertas comparaciones de manera ilustrativa. Según la Universidad de California de Berkeley se estimó que la Internet Profunda tiene un tamaño de noventa y un mil Terabytes (91,000 TB). González realiza una comparación ilustrativa, en donde un Terabyte equivaldría a 50,000 árboles hechos de papel e impresos; 2 terabytes a una biblioteca de investigación académica; 10 terabytes a las colecciones impresas de la biblioteca del Congreso de Estados Unidos; y, 400 terabytes a la base de datos del Centro Nacional de Datos Climatológicos de Estados Unidos.

Esta ilustración permite dimensionar la magnitud de la internet profunda, sin embargo solo es una estimación, ya que se encuentra en constante crecimiento digital. Como puede deducirse de las comparaciones antes realizadas la cantidad de contenido que se alberga en la *deep web* es tan extensa que se puede encontrar todo tipo de información, tanto para darle un buen uso como para aprovecharse de la información para cometer delitos. La cantidad de información sin censura conlleva a la propiciación oportuna para la realización del delito y por ende otra dificultad para la persecución del delito.



4.2.4. Derecho comparado

En Guatemala no existe una ley que regule específicamente la actividad realizada a través de internet, mucho menos la realizada en la internet profunda. No existe una tipificación para los *ciber* delitos como en otras legislaciones. Es importante el estudio comparado de otras legislaciones para así profundizar el conocimiento del ordenamiento guatemalteco. Solo así se podrá evaluar tanto las ventajas como desventajas de la creación de nuevas figuras o instituciones.

-España

Derivado de la actual globalización tecnológica se realizó en España una categoría de delitos, *ciber* delitos, denominados delitos informáticos que tienen como punto en común las nuevas tecnologías. Desde hace ya varios años España contempló esta clase de delitos en su Ley Orgánica 10/1995, Código Penal de España.

En este Código se regulan éstos delitos divididos en cinco categorías: Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; Delitos informáticos: falsedad documental, sabotaje informático y estafa o fraude informático; Delitos relacionados con el contenido: de índole sexual, en gran medida pornografía infantil; Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines; y Delitos por actos de índole racista y xenófoba cometidos por medios de sistemas informáticos.

-Estados Unidos

Estados Unidos es pionero al exponer los temas de los delitos realizados a través de internet, siendo de los primeros en describir el término *cybercrime* o *ciber* crimen lo que



hace referencia a los delitos informáticos. La legislación estadounidense comienza a tomar en cuenta dichos delitos a partir del año de 1986 donde se comienzan a regular ciertas conductas. A lo largo de los años se ha visto necesario realizar ciertas modificaciones para integrar de mejor manera la legislación vigente con las necesidades actuales.

Algunas leyes que han entrado en vigencia al respecto son las siguientes: *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), Ley de privacidad en las comunicaciones electrónicas, vigente desde mil novecientos ochenta y seis; Acta Federal de Abuso Computacional, Ley Federal de Abuso Computacional de 1994, que modificó a la ley vigente de 1986. Esta ley aborda distintas problemáticas a través de internet como la privacidad, comercio electrónico, seguridad y otros.

Estados Unidos es uno de los países más vanguardistas al respecto de las tecnologías, por ende, se han preocupado aún más por regular lo concerniente al tema. Es uno de los países en los que se ha encontrado mayor incidencia de esta clase de delitos tanto como actores así como víctimas.

-Argentina

Se hacía necesaria la sanción de una ley que tipificara con precisión las conductas delictivas llevadas a cabo mediante el empleo de la informática. Se llenan algunas lagunas normativas a través de la previsión de nuevas modalidades delictivas y nuevos bienes jurídicos a proteger derivado de la necesidad actual y las modernas tecnologías.

Según realiza la observación Temperini a partir de junio de dos mil ocho, la Ley 26.388 conocida como la Ley de Delitos Informáticos ha incorporado y realizado una serie de modificaciones al Código Penal argentino. Es decir, la misma no regula este tipo de



delitos en un cuerpo normativo separado del Código Penal con figuras propias e independientes, sino que dicha ley modifica, sustituye e incorpora figuras típicas a diversos Artículos del Código Penal actualmente en vigencia. Sin embargo, la sanción de la mencionada ley no modifica sustancialmente el tema, al menos en lo que respecta a algunas conductas que ya habían sido encuadradas por la jurisprudencia argentina en los tipos previstos por el Código Penal.

-Bolivia

Temperini también menciona que en Bolivia la Ley 1.768 realiza una reforma general al Código Penal. Allí incorpora como capítulo XI, del título XII, del libro segundo del Código Penal, el de delitos informáticos. Dentro de este capítulo, se incorporan 2 Artículos: 363 bis y ter, en cuyos textos se tipifica algunos delitos informáticos. Sin embargo, como en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica la legislación penal contempla sólo la tipificación de la manipulación informática, la alteración, acceso y uso indebido de datos informáticos. No se contempla una legislación específica, la cual es necesaria para una mejor persecución de los delitos informáticos.

-Chile

La capacidad para formar, capacitar y entrenar a profesionales dedicados a la seguridad informática se ha transformado en una prioridad de los países que buscan mejorar la *ciber* seguridad de su industria local, del aparato público y sus ciudadanos. La Ley 19.223 es la Ley Relativa a Delitos Informáticos de acuerdo a su propio título, donde regula cuatro Artículos, desde los cuáles se tipifican varios delitos informáticos. Aun con la regulación de esta ley se carece de una legislación específica que garantice la legalidad de las investigaciones de seguridad informática.



-México

De acuerdo a la reforma 75 del Código Penal Federal de 1999, mediante reformas se crearon en el Código Penal Federal, los Artículos 211 bis 1 al 211 bis 7, que buscaron tipificar los delitos informáticos clásicos teniendo en consideración la fecha de su incorporación. Se destacan los que atentan contra los sistemas de cómputo que pueden o no, ser parte del sector financiero mexicano. Sin embargo, surge la necesidad de reformar nuevamente el ordenamiento penal federal existente para que se incluyan las nuevas figuras delictivas (o se adecuen las ya existentes) a una realidad más actual.

-República Dominicana

Posee una Ley Especial contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, Ley N° 53-07. Dicha norma regula una parte general, conteniendo algunos principios y conceptos, y posteriormente tipifica los delitos informáticos según el bien jurídico afectado. Además, incluye un capítulo dedicado al aspecto procesal penal, así como en la propia normativa genera un órgano encargado de la recepción de denuncias, investigación y persecución de los delitos informáticos.

República Dominicana es uno de los pocos países en Latinoamérica que regula específicamente estos delitos y no solo eso, además tiene su propia normativa procesal. Este país es uno de los más preparados de América latina, pues ha garantizado a sus ciudadanos los bienes jurídicos que se protegen contra estos delitos. Los delitos de alta tecnología son altamente dinámicos, pudiendo renovarse o surgir nuevos tipos o variantes y es esa la importancia de tener un ordenamiento específico para facilitar su reforma.

-Venezuela



La finalidad de este instrumento legal es la protección integral de los sistemas que empleen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra tales sistemas o cualesquiera de sus componentes, o de los delitos cometidos mediante el uso de dichas tecnologías. Posee una ley especial sobre Delitos Informáticos, Gaceta Oficial N° 37.313 (2001). Contiene 33 Artículos y están clasificados en 5 Capítulos que son: Contra sistemas que utilizan TI; Contra la propiedad; Contra la privacidad de las personas y las comunicaciones; Contra niños y adolescentes; Contra el orden económico.

4.3. Análisis de casos relacionado a la internet profunda

La internet profunda como se ha mencionado anteriormente demuestra la magnitud de peligrosidad que puede tener. Su alcance transnacional y la amplitud de dicha red permite un campo abierto para el delincuente. Muy frecuente es el uso de esta parte de la internet para cometer delitos que atentan contra la intimidad sexual, en especial de menores. Se tratan de delitos en su mayoría de índole sexual en donde se exponen videos con alto contenido sexual y muchos incluso con otros daños colaterales como torturas y hasta la muerte.

Videos realizados con el fin de ser comercializados a través de la internet profunda debido al anonimato que caracteriza esta parte de internet. Los videos son vendidos por altas sumas de dinero a través de la denominada criptomoneda o *bitcoins* siendo esta un tipo de divisa alternativa y de moneda digital. Utiliza criptografía para asegurar y verificar transacciones, así como para controlar la creación de nuevas unidades de una criptomoneda particular. A través de esta moneda virtual se efectúan las transacciones para el pago por videos o imágenes de índole sexual que violentan la intimidad de las personas. A continuación, se analizaran algunos casos al respecto.

-Caso La destrucción de Daysi (*Daysi's Destruction*)

Es uno de los casos más famosos de la internet profunda y uno de los más espantosos. Se trata del australiano Peter Gerald Scully, un criminal y psicópata acusado del asesinato de una niña de 11 años, así como de violación, secuestro, tortura, de al menos ocho niñas. Peter Scully, residía en Australia hasta que fue acusado de estafar a diversos inversionistas por un monto aproximados de tres millones de dólares. Escapa a Filipinas donde meses después de su arribo decide darle hogar a una joven llamada Carme Ann Álvarez quien era prostituta desde hacía mucho tiempo. Scully y Carme mantienen una relación amorosa y cuando ella llega a sus 17 años, Scully decide buscar a otras menores para sus actos sexuales, por lo que Carme Ann se encarga de encontrar niñas desesperadas por dinero y alimento.

Carme Ann se encuentra con dos niñas en el año 2014, Rosie de 12 años y su prima de 9 años a las cuales les promete alimento y ellas necesitadas aceptan. Una vez en la casa con Scully las niñas son fotografiadas y grabadas siendo obligadas a realizar actos sexuales entre ellas y a Scully. Las niñas fueron torturadas, violadas y hasta obligadas a escarbar agujeros que según sus captores serían sus tumbas.

Fueron expuestas a terribles situaciones durante cinco días, hasta que en el quinto día Carme Ann les deja abierta una puerta en donde las niñas logran escapar y contactar con la policía. La policía registra el inmueble, pero sin encontrar a los responsables. Un tiempo después se logra la captura de Carme Ann y se recuperan varios videos donde se evidencian distintos abusos a otras menores. Dichos videos fueron subidos a internet, específicamente a la internet profunda.

Scully ya era muy bien conocido por uno de sus videos, el cual lo hizo famoso. Se trata de la grabación de la destrucción de Daisy, video grabado en el año dos mil trece. En el video se observaba como una pequeña de 18 meses de edad era sometida por una mujer enmascarada, siguiendo las órdenes de un hombre (Scully), a distintos actos de índole sexual. El video expone un nivel horrendo de maltrato, abuso, tortura y actos



innombrables a la pequeña. Sin embargo, no solo este video existía, se trataba de la formación de toda una red de pedófilos a nivel mundial.

Los videos eran pedidos y comprados por diversas personas a través del mundo pagando hasta 10,000 dólares por cada uno. Se producían mediante la conocida NFL (*No limits fun*) o diversión sin límites y se colocaban en la internet profunda. Luego de la captura de Carne Ann se logra capturar a Liezyl Margallo, más conocida como Lovely, otra novia de Scully y la responsable de participar en los videos realizando los abusos indicados por Scully a las niñas. Liezyl llevo a los investigadores, de Australia y Filipinas que unieron fuerzas para atrapar al delincuente, a una de las tantas casas utilizadas para las grabaciones indicando que una de las tantas niñas se encontraba enterrada bajo la casa.

En una de las casas de Scully se encontraron los huesos de una pequeña de 11 años asesinada luego de las grabaciones. El 20 de febrero de 2015 se logra la tan anhelada captura de Peter Scully en Filipinas y comienzan los procesos judiciales para todos los involucrados. Fue sentenciado a cadena perpetua, al igual que Carne Ann Álvarez, por la muerte de la menor de 11 años. Sin embargo, aún se encuentran pendientes la resolución por los demás casos en los que son acusados Scully, Carne Ann y Liezyl.

-Caso *Cool daddy* (Papá genial)

Casas Herrer relata en su libro *La Red Oscura* el caso de Holger Jaques, un ciudadano alemán que se hacía llamar *Cool daddy* o papá genial dentro de la internet profunda. Tenía su propio sitio y contacto con otros usuarios a través de un correo electrónico que iba cambiando de tiempo en tiempo para evitar ser rastreado. Se trataba de un padre de familia quien violaba consecutivamente no solo a sus hijos biológicos sino también a los hijos de sus parejas sentimentales. En los videos se podía observar como violaba a su hija de cuatro años, y a otra de nueve años, también tenía un hijo varón a quien obligaba a tener relaciones sexuales con su hermana de nueve años.



Este hombre subía videos a sitios en la internet profunda, sitios caracterizados por visitas de pederastas como él. El pederasta confeso, actuó en un domicilio de Lluçmajor (Municipio de Mallorca, España) y en una embarcación de recreo durante los años 2008 y 2009. Aun con el anonimato con el que realizaba sus actividades a través de la internet profunda, los investigadores trabajaron día y noche acumulando las pequeñas pistas en sus videos para al fin dar con Jaques. Fue enjuiciado en España, donde confiesa sus actos perversos y es sentenciado a 17 años de prisión. La culpabilidad del acusado estaba probada a través de los vídeos pornográficos que él subía a la internet profunda.

-Caso Maxi

Casas Herrer menciona también el caso de Arturo Dodero Tello, un ciudadano peruano. Era conocido como Maxi cuando ingresaba a la web, de la internet profunda, con mayor tráfico de delincuentes sexuales de habla española, Lolita City, hoy desmantelada e inactiva. Es responsable del abuso de niños por toda España e Iberoamérica, dentro de sus víctimas se encontraban niñas de España, Ucrania, Argentina, Chile y Perú. Realizaba las grabaciones para luego subirlas a la internet profunda y recibir los elogios de sus compañeros pederastas y así comercializarlos.

Se necesitó del trabajo en conjunto de la policía Española y Peruana para al fin dar con el paradero del delincuente. Fue hallado en su casa en Perú junto a un disco duro que contenía cantidades enormes de videos de sus abusos. Fue considerado el mayor depredador sexual infantil de habla hispana que operaba a través de internet.

-Análisis de casos

El origen de las imágenes o grabaciones de video ilegales, que violentan la intimidad personal, se derivan de dos grandes grupos. El primer grupo, son aquellas captadas por la misma persona que se expone o por alguien cercano con total consentimiento. Esta

clase de imágenes o videos se han vuelto muy comunes en estos tiempos, derivado del alcance que ha permitido internet sobre la juventud. Los teléfonos móviles son en su mayoría la herramienta utilizada para captar estas imágenes, ya que la mayoría de personas actualmente poseen un celular con acceso a internet, incluso los más jóvenes. Estas imágenes pueden tener varios fines, ya sea complacer a otra persona que en total confianza ha solicitado las imágenes o grabaciones, así como decidir vender este material.

Sin embargo, aunque las imágenes y grabaciones de este primer grupo se realizan con consentimiento muchas de ellas llegan a las plataformas de internet para quedarse. Pueden existir diversos motivos por los cuales estas son expuestas ya que realizar esto constituiría una violación a la intimidad y deberá ser penado por la ley. Se violenta la intimidad sexual al ser expuestas las imágenes, grabaciones o conversaciones de índole sexual y ser difundidas sin consentimiento a través de internet. En especial cuando se difunden y comercializan a través de la internet profunda.

El segundo grupo es aún más peligroso, se trata de imágenes o grabaciones captadas en su mayoría de forma involuntaria. Pretenden satisfacer deseos sexuales de personas sin escrúpulos. El fin de realizar estas grabaciones es subirlas a internet ya sea por placer propio o para comercializarlas. Estas prácticas pueden incluir toda clase de crueldad, se trata de violaciones, torturas y toda clase de acto sexual depravado.

Con el fin de compartirlas a otros usuarios se acude a toda clase de sitios que permitan un mayor anonimato ya que por lo regular se trata de imágenes captadas a partir de violaciones. Para mayor discreción, se acude a recursos como la internet profunda pues como se ha mencionado anteriormente posee la gran característica de incrementar el anonimato.

En los casos expuestos con anterioridad, el medio por el cual se viola la intimidad de la persona al ser expuesta de esa manera es la internet profunda. En todos los casos se



utilizó esta herramienta de anonimato para ocultar sus actos horrendos. Sin embargo aun con todos los recursos de anonimato que ofrece la internet profunda fue posible investigar los delitos. Por ende, no se puede decir que estos delitos sean imposibles de perseguir. Se tienen mayores dificultades como la transnacionalidad, ya que como fue factor común en los casos anteriores, se necesita de varios países y sus cuerpos policiales de investigación para que trabajen en conjunto para la resolución del caso.

En todos los casos expuestos, además de los distintos delitos que cada uno cometía en particular, se violenta la intimidad de la persona. Los delitos realizados a través de internet tienden a ser delitos de largo alcance tanto en cuestión de personas a las que puede llegar la información como en perdurabilidad. La mayor parte del contenido expuesto en internet suele quedarse en internet y las repercusiones a futuro pueden ser catastróficas.

4.4. Necesidad de agravación de la pena

El delito de violación a la intimidad sexual contenido en el Artículo 190 del Código Penal, Decreto 17-13, del Congreso de la República de Guatemala contiene una redacción amplia con respecto a los medios de comisión del delito. No obstante, es necesario realizar una diferenciación cuando se trata de información captada o difundida a través de la internet profunda. Como se ha observado anteriormente la internet profunda manifiesta mecanismos muy propios de acceso y anonimato. Las características que posee lo convierten en el mejor aliado del *ciber* delincuente.

La pena que indica el mencionado Artículo es una pena de prisión entre dos a cuatro años cuando se capta o difunde contenido que afecte la intimidad sexual por medios electrónicos. Debido a la cantidad de años regulados como pena es susceptible de realizar una conmuta en la pena. La conmuta consiste en pagar una cantidad de dinero al Estado a cambio de no permanecer en prisión o arresto. A parte de esto, también

podrían ser aplicados ciertos sustitutivos o beneficios penales, por tal razón la severidad de la pena no se encuentra acorde a las consecuencias del delito.

Las consecuencias de estos delitos suelen ser catastróficas, primero en el ámbito de extensión. Esto quiere decir que el alcance que tendrá el contenido será mayor, el número de personas capaces de ver el contenido no se limitan a las fronteras del país, pues se trata de delitos transnacionales. El público al cual va dirigido el contenido pueden ser simples usuario que navegan por la internet profunda y desean satisfacer sus deseos sexuales como también lo pueden ser personas dedicadas completamente a actos inhumanos. Estas personas pueden ser violadores seriales, pedófilos, asesinos, toda clase de delincuentes que pueden aprovecharse de las imágenes o grabaciones captadas para averiguar el paradero de la víctima o aprovechar el contenido para cualquier acto sin escrúpulos.

Como siguiente consecuencia se encuentra el ámbito temporal en el que permanecen las imágenes, grabaciones, conversaciones o cualquier dato personal de índole sexual dentro de la red de internet. La mayoría de contenido presentado en internet suele quedarse en internet, por lo tanto la dignidad de la víctima se verá afectada a largo plazo. La persona expuesta dentro de este delito podría quedar por mucho tiempo en la conciencia y mente. Puede también ser objeto de comentarios o divulgaciones banales o que hieran el honor de la persona.

Otra consecuencia a tomar en cuenta es la que se desprende de la dificultad de persecución del delito. Debido a que la internet profunda es una red de anonimato en esencia, la dificultad de perseguir y dar solución a estos delitos es mayor. El tiempo que puede permanecer alguna imagen, conversación o grabación en internet suele ser mayor debido a que la persecución de estos delitos suelen darse a través de denuncias de los mismos usuarios de esta red. Por lo tanto, se trata de un delito que se desarrolla continuamente.



Derivado de las consecuencias tan específicas y perjudiciales que la comisión del delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda puede causar, es necesario la respectiva agravación. La pena pretende castigar, compensar, ser proporcional al daño causado. Cuando el daño tiene alcances mayores la pena igualmente debe tener alcances mayores. Con una pena mayor se podría evitar así el uso de figuras o beneficios regulados por la ley que permitan evitar la pena de prisión. Con esto se pretende que el delincuente realmente pueda rehabilitarse y de manera general se pueda evitar el delito, gracias a la prevención general que la pena implica.

Las circunstancias agravantes de la pena reguladas en el Código Penal podrían ser aplicadas en este delito, sin embargo, no existe regulación alguna de manera específica por el uso de la internet profunda. Ciertos delitos poseen en sí mismo agravaciones muy específicas que conciernen al propio delito, este sería el caso de realizar una agravación del ya regulado delito de violación a la intimidad sexual. Se trataría de una agravación proporcional al daño causado que innovaría por completo el sistema de justicia, así como la ley misma ya que nada similar se ha regulado antes.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se carece de normas jurídicas que se acoplen a la realidad de la globalización tecnológica en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Específicamente en cuanto al delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda, derivado de los alcances y consecuencias tan particulares de este medio de comisión. La manera de evitar la proliferación a través de la internet profunda de violaciones a la intimidad sexual es mediante una redacción concreta del delito que permita la agravación de la pena. Si estas normas existieran se brindaría mayor certeza jurídica y un especial tratamiento a las situaciones derivadas del uso de las tecnologías actuales.

Se ha desarrollado lo que es la pena, las formas de determinación de esta y los criterios y sistemas para determinarla, así como los motivos de agravación y atenuación. Se observa que el Artículo 190 del Decreto Numero 17-43 del Congreso de la República de Guatemala, Código penal, no identifica concretamente en la redacción del delito de violación a la intimidad sexual lo concerniente al uso de la internet profunda, ni aun como motivo de agravación. Se han estudiado casos concretos que respaldan la importancia de tomar en cuenta este medio de comisión, pues las consecuencias hacia la víctima son trascendentales. Así también se exponen las dificultades particulares en la persecución penal. Se ha comparado la legislación guatemalteca con otras que si regulan de forma específica este medio de comisión del delito.

La internet profunda es una parte de la red mundial de internet con mayor contenido y facilidad de alcance de información, los delitos proliferan de manera más rápida y eficaz lo que genera mayores repercusiones hacia la víctima y su integridad. Se exponen motivos suficientes a través de la investigación y recopilación de información para recomendar la necesaria agravación de la pena en el delito de violación a la intimidad sexual por el uso de la internet profunda para establecer una mayor claridad en los criterios de determinación de la pena. Con esto se permitiría un mejor sentido de justicia hacia la víctima, facilitando al juzgador los parámetros para establecer una pena más apegada a derecho.





BIBLIOGRAFÍA

- ALVIZUREZ RUANO, Waldo Josué. **Certeza jurídica de la pena en los juzgados de paz penal de la república de Guatemala**. Guatemala. Revista jurídica, 2010-2011.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, 11ª ed. (s.l.i) Ed. Heliasta S.R.L. (s.f).
- CASAS HERRER, Eduardo. **La red oscura**. Madrid, Ed. La esfera de los libros, 2017.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. México, Ed. Nacional S.A, 1953.
- DE MATA VELA, José Francisco; Héctor Aníbal, De León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Tomo I, Parte General. 23ª ed. Guatemala, Ed. Magna Terra editores S.A, 2013.
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 37ª ed. México, Ed. Porrúa, 2020.
- ECHEVERRI MONTOYA, Daniel. **Deep web: Tor, Freenet & I2P Privacidad y Anonimato**. Madrid, Ed. Oxword, 2016.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo. **Principios de derecho de internet**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Derecho penal**. México, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas Unam, 1991.
- GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 2ª ed. Guatemala, Ed. Fundación Myrna Mack, 2003.
- GONZALES, Jorge; Maass moreno, Margarita y José Azurrutia. **Cibercultura e iniciación en la investigación**. 1ª ed. Mexico, Ed. (s.e), 2007.
- https://www.huffingtonpost.es/2013/11/30/arturo-dodero_n_4364266.html
(Consultado Guatemala 28 de marzo de 2020).
- <https://www.ultimahora.es/sucesos/ultimas/2013/03/28/95461/condenado-anos-por-violar-tres-hijos-llucmajor-subir-videos-internet.html> (Consultado Guatemala 29 de marzo de 2020).
- https://es.wikipedia.org/wiki/Peter_Scully (Consultado Guatemala 30 de marzo de 2020).
- LESCH, HEIKO. **La función de la pena**. Madrid, Ed. Dykinson, 1999.



LÓPEZ-QUESADA, Miguel. **Deep web: Tor**. Madrid, (s.e), (s.f).

MATA FIGUERO, Alejandro. **Los delitos en internet**. España, (s.e) 2018.

MELCHOR Y LAMANETTE, Federico. **La penalidad en los pueblos antiguos y modernos**. Madrid, Ed. Imprenta de la revista de legislación, 1877.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**. 8ª ed. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

OCÉANO UNO. **Diccionario enciclopédico ilustrado**. España, Ed. Océano, 1985.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 1ª ed electrónica. Guatemala, Ed. Datascan. S.A, (s.f).

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. **Los delitos sexuales**. 2ª ed. Argentina, Ed. Valleta, 2015.

PERALTA, José. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 63. España, (s.e), 2010.

POLITOFF, SERGIO; Matus, Jean Pierre y María Celia Ramírez. **Lecciones de derecho penal chileno**. 2ª ed. Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2003.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 23ª ed. electrónica. España, (s.e), 2014.

SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo; Íñigo, Elena y Eduardo Ruiz de Erenchun. **Iuspoenale**. 9ª ed. España, (s.e), 2013.

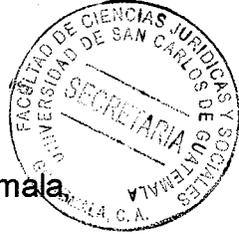
TEMPERINI, Marcelo Gabriel Ignacio. **Delitos Informáticos en Latinoamérica: Un estudio de derecho comparado**. 1ra. Parte. Argentina, (s.e), (s.f).

VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del delito**. México, Ed. Universidad nacional autónoma de México, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires, Ed. Ediar, 1981

Legislación

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



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

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas. Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, 2009.