

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



**EVALUACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN
RELACIÓN A ESTÁNDARES INTERNACIONALES
(CONVENIO DE ESTAMBUL)**

ALEXANDER GABRIEL VIDAURRE FARFÁN

GUATEMALA, JULIO DE 2024

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

**EVALUACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN
RELACIÓN A ESTÁNDARES INTERNACIONALES
(CONVENIO DE ESTAMBUL)**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALEXANDER GABRIEL VIDAURRE FARFÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2024

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lcda. Doris Gil

Vocal: Lcda. Brenda Lisbeth Ortiz Rodas

Secretario: Lic. Jorge Jauregui

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo David Villatoro Illescas

Vocal: Lic. Héctor Javier Pozuelos López

Secretario: Lcda. Aracely Amparo de la Cruz García

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



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMER NIVEL EDIFICIO 3-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de datos
FECHA DE REPOSICIÓN: 28/01/2022



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. quince de noviembre de dos mil veintiuno

Atentamente pase al (a) profesional **MAYNOR ESTUARDO ALVARADO GALEANO**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **Alexander Gabriel Vidaurre Farfán**, con carné **201702594** intitulado **EVALUACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN RELACIÓN A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (CONVENIO DE ESTAMBUL)**. 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.

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis



Guatemala, 2 de febrero de 2023

Doctor Carlos Eberito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho:



De conformidad con el nombramiento emitido con fecha veintiocho de enero de dos mil veintidós (28/01/2022), en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como asesor del bachiller **Alexander Gabriel Vidaurre Farfán**, me dirijo a ud. haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público y estableciendo que con el estudiante no existe ninguna relación de parentesco o enemistad, por lo cual se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis titulado: **EVALUACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN RELACIÓN A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (CONVENIO DE ESTAMBUL)**.
- II) Al realizar la asesoría sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado.
- III) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista eminentemente jurídico y social.
- IV) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto, se tiene como base los métodos analítico, sintético, deductivo y comparativo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran: la observación y la observación científica; la bibliográfica y documental para la recopilación eficaz y eficiente de textos y material de estudio, debido a que a través de estas técnicas se comprobó la hipótesis planteada al dictaminar los objetivos generales y los



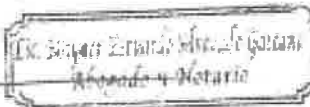
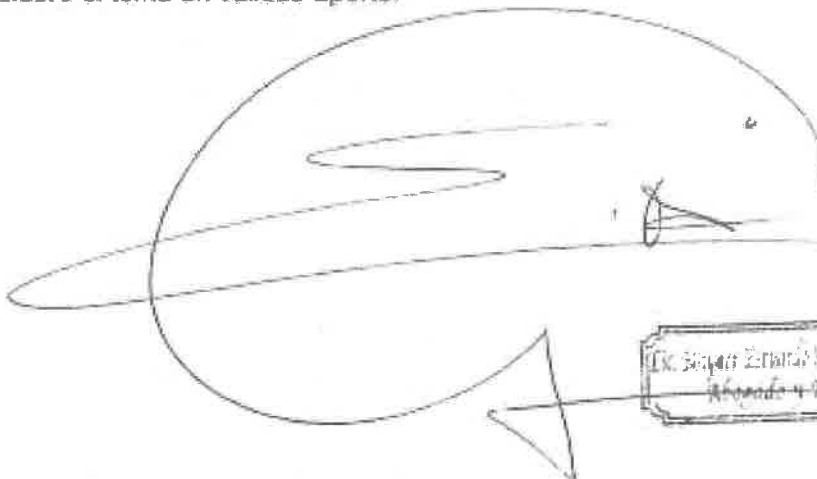
objetivos específicos con el objeto de establecer jurídicamente la resolución del problema en un campo práctico y legal.

V) **La redacción:** La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, realizados de manera secuencial, empezando con temas generales para finalizar en un orden y específicamente en recomendaciones de reforma al tipo penal de violación al Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República.

VI) **La conclusión discursiva:** Se detectó la problemática debido a la inoperancia del elemento de no consentimiento dentro del tipo penal de violación regulado en el Código Penal guatemalteco. De conformidad a todos los beneficios y avances que aportaría su incorporación a la investigación penal, es menester realizar reformas a la ley penal para que se contemplen su análisis en cada caso concreto, debido a que es deber del Estado de Guatemala velar por la libertad sexual y la indemnidad sexual de todos sus habitantes.

El nuevo tipo penal expondría que hay situaciones en las que posibles víctimas no han aceptado o acordado practicar determinadas prácticas sexuales con ciertos individuos en el modo y lugar ocurridos, brindándoles una amplia y sólida seguridad jurídica para restablecer el goce de sus derechos sexuales y reproductivos.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a ud., que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un valioso aporte.





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

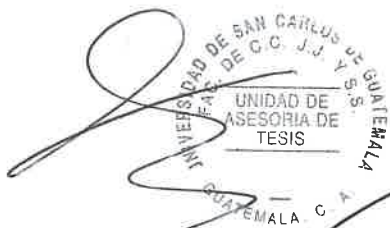


D.ORD. 184-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, siete de marzo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **ALEXANDER GABRIEL VIDAURRE FARFAN**, titulado **EVALUACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN RELACIÓN A ESTANDARES INTERNACIONALES (CONVENIO DE ESTAMBUL)**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A MI MADRE:

Quien me ha apoyado durante toda mi vida académica, profesional y personal.

A MI PADRE:

Quien me ha brindado su consejo y sustento en todos mis proyectos.

A MIS HERMANOS:

Quienes siempre me han ayudado en cada momento de mi vida.

A MIS SOBRINOS:

Quienes han alegrado y mejorado mi vida y la de mi familia.

A MIS CATEDRÁTICOS:

En especial al Lic. Felipe Villatoro, al Lic. Maynor Alvarado, al Lic. Juan Francisco Flores y al Lic. César Gálvez, por ser ejemplos de excelente docencia.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

La investigación efectuada es de carácter cualitativo y es perteneciente a la rama del derecho penal. Fue realizada en el año 2022, en la Ciudad de Guatemala del departamento de Guatemala. La presente investigación tiene como objeto establecer la importancia del elemento del no consentimiento del tipo penal de violación, a través de un estudio del derecho penal guatemalteco y de legislación comparada en la materia, en contraposición al uso de violencia, sea física o psicológica, que permite revestir de un mayor nivel de protección a las posibles víctimas ante un acto tipificado como violación y la comparación plena de la tipificación de tal delito en la legislación extranjera y en la legislación nacional.

El sujeto de estudio es la persona humana susceptible de sufrir de un acto de violación por una conducta sexual no deseada y que no posee los mecanismos legales para proteger su libertad e indemnidad sexual, debido a la ausencia del elemento del no consentimiento en la ley de la materia, cuya finalidad es prevenir y sancionar dicho delito y proteger la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, el desarrollo integral y la dignidad de los habitantes en el territorio nacional.

El aporte académico de esta investigación es la necesidad de adecuar y modernizar el delito de violación, y la identificación del no consentimiento para ser tomado en cuenta para realizar dicha tipificación.



HIPÓTESIS

La presente hipótesis busca demostrar lo importante que es considerar el elemento del no consentimiento dentro del tipo penal de violación y esto es por la falta de protección a posibles víctimas ya que sólo se considera la violencia, sea física o psicológica, para tener acceso carnal, lo cual provoca que se limite el alcance del delito mencionado, especialmente en aquellos casos en los que la víctima no expresó su voluntad para permitir a otra persona realizar actos sexuales, y además porque al incluir el requisito de no consentimiento en casos de violación, se puede determinar cuando se lesiona la libertad e indemnidad sexual de la víctima al participar en un acto sexual en el cual no decidió por sí misma.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis mediante los métodos analítico, sintético, deductivo y comparativo. Se hizo uso del método analítico, con el cual se explicaron los elementos del tipo penal de violación según la legislación guatemalteca; el sintético, para relacionar todos los beneficios y ventajas que ofrece el elemento del no consentimiento en resguardo de la protección e indemnidad sexuales de posibles víctimas de violación; el deductivo, para analizar el grado de protección que ofrece el elemento del no consentimiento a casos particulares de posibles víctimas de violación y; el comparativo, para realizar un estudio entre la legislación nacional y la legislación extranjera en relación a la tipificación del tipo penal de violación según consta en el Código Penal guatemalteco con las leyes penales de otros países que contemplen el elemento del no consentimiento.

Dentro de las técnicas de investigación se encuentran: la observación y la observación científica; la bibliográfica y documental para la recopilación eficaz y eficiente de textos y material de estudio, debido a que a través de estas técnicas se comprobó la hipótesis planteada al dictaminar los objetivos generales y los objetivos específicos con el objeto de establecer jurídicamente la resolución del problema en un campo práctico y legal.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Generalidades del derecho penal y del derecho penal guatemalteco.....	1
1.1. Generalidades inherentes al Derecho Penal.....	1
1.2. El delito y la teoría general del delito	13
CAPÍTULO II	
2. Los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas.....	21
2.1. Indemnidad sexual y libertad sexual	21
2.2. De los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas en particular	30
2.3. El delito de violación en la legislación nacional.....	34
2.4. El delito de violación en la legislación extranjera	40
CAPÍTULO III	
3. El no consentimiento en los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual.....	49
3.1. El consentimiento en sentido general	49
3.2. El consentimiento en el derecho civil	51
3.3. El consentimiento sexual	53
CAPÍTULO IV	
4. Análisis de las ventajas y desventajas del elemento de no consentimiento en el tipo penal de violación.....	61
4.1. Ventajas del elemento de no consentimiento.....	61



4.2. Desventajas del elemento de no consentimiento	64
4.3. Análisis y recomendaciones para un nuevo tipo penal de violación	68
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	71
BIBLIOGRAFÍA	72



INTRODUCCIÓN

La necesidad de la evaluación al tipo penal de violación en la legislación nacional se justifica en la importancia de reflexionar legalmente sobre la inexistencia del elemento del no consentimiento dentro del tipo penal de violación según el derecho penal guatemalteco, sus beneficios y su protección a favor de posibles víctimas de dicho delito.

Otra necesidad es la tendencia internacional que otros Estados han buscado y elegido para regular penalmente las conductas que sus habitantes pueden realizar y que dañan la libertad e indemnidad sexual de las personas, sin que el Estado deje de cumplir sus deberes y busque la protección íntegra de la persona dentro del territorio nacional.

La importancia del presente trabajo de investigación se centra en identificar la importancia vital dada al elemento de no consentimiento que puede otorgar de un rango mayor de prevención y protección a posibles víctimas de violación y conseguir que nuestro ordenamiento jurídico esté al nivel de la legislación comparada más avanzada y moderna, brindado de un grado mayor de protección a la persona y la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de cada habitante del territorio guatemalteco.

El objetivo general del problema se cumplió al ser identificado como el consentimiento



tiene un papel medular en lo relativo al delito de violación, a su ausencia en el reconocimiento que efectúa la legislación guatemalteca para prevenir y sancionar conductas delictivas en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas, en el estudio preciso y profundo de legislación comparada y en posibles soluciones y modelos que el Estado de Guatemala podría adoptar para depurar su derecho penal interno. Dicho contenido se desarrolla dentro de cuatro capítulos.

El primer capítulo contempla lo relativo a las generalidades e historia del derecho penal, lo cual incluye un relato de su evolución histórica en general y estudio de sus principios; el segundo capítulo es un desarrollo y abordaje de los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas en el Código Penal guatemalteco. El tercer capítulo es un análisis en materia de derecho comparado, incluyendo legislaciones de países que han incorporado el no consentimiento dentro del delito de violación y; por último, el cuarto capítulo incluye un análisis de las ventajas y desventajas del consentimiento en conductas sexuales delictivas, y recomendaciones para su incorporación en la legislación nacional.

La metodología que se utilizó fue el método científico acompañado de los métodos analítico, sintético, deductivo y comparativo. La investigación se propone instar a las entidades competentes a adecuar la normativa penal guatemalteca a los estándares más avanzados y modernos en lo relativo al delito de violación.



CAPÍTULO I

1. Generalidades del derecho penal y del derecho penal guatemalteco

Previo a examinar los criterios que se han desarrollado para la implementación y discusión en torno al tipo penal de violación, sea en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, es menester cimentar una base científica para comprender a cabalidad breves generalidades acerca del derecho penal incluyendo su definición, sus fines, sus principios y su naturaleza jurídica.

1.1. Generalidades inherentes al Derecho Penal

En primer lugar, Barrios ha recopilado una serie de definiciones del derecho penal que se resume a continuación.

Para de León y de Mata, el derecho penal comprende: “un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”.¹ Si bien esta definición es comprensible y apta para una persona poco experimentada en las ciencias jurídicas,

¹ De León, Héctor. y de Mata, José. (2004). *Derecho penal guatemalteco*. Editorial Estudiantil Fénix. Pág. 5.

también carece de relevancia y solidez académica al ignorar un sinnúmero de instituciones y figuras propias e infaltables en el estudio de la Parte General del derecho penal.

Igual crítica merece Pavón quien entiende al derecho penal como: “el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.² Es una definición demasiado básica que requiere más matices.

Adicionalmente, se suma lo mencionado por Eugenio Cuello Calón en De León y de Mata al incluir un elemento dentro de las últimas palabras de su definición de derecho penal: “el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”.³ De manera tímida y somera, el concepto de delincuente incluye inherentemente una idea en alusión al derecho penal subjetivo cuyo estudio se ha explorado en incontables trabajos y publicaciones ajenos al presente, aunque con merecida mención.

Es, en lo que expone Trejo, que la definición de derecho penal obtiene un valor novedoso si se considera lo subsiguiente: “el Derecho Penal constituye el conjunto de normas jurídico-penales establecidas por el Estado con fines preventivos y represivos, que

² Pavón, Francisco. (1982). *Manual de derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa, S. A. Pág. 17.

³ De León, H. y de Mata, J. *Op. cit.* Pág. 5.



comprenden los hechos punibles y las respectivas sanciones a quienes los cometen”⁴

Como se presentará más adelante, hablar de derecho penal es ineludiblemente hablar de violencia. En un sentido amplio, entendiéndose por violencia a los actos de poder ejecutados por sujetos particulares hacia otros sujetos particulares, pero también por el Estado para castigar y prevenir legítimamente hechos punibles. Es decir, el estudio del derecho penal debe y está supeditado a tomar en consideración cada elemento y principio que tiendan a explicar la represión y la prevención de conductas típicamente calificadas como delitos y sancionables mediante penas.

El maestro Zaffaroni considera sofisticadamente que por derecho penal debe entenderse al: “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor [...] también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes”.⁵

Se resalta que el aporte de Zaffaroni reviste de mayor relevancia a lo que puede apreciarse como derecho penal, debido a que el mismo autor detalla que las violaciones

⁴ Trejo, Miguel. (1992). *Manual de derecho penal, parte general*. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial. Pág. 6.

⁵ Zaffaroni, Eugenio. (1987). *Tratado de derecho penal, parte general*. EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Pág. 24.



al conjunto de leyes están enlazadas a normas de protección de bienes jurídicos. Al mismo tiempo, amplía y acrecienta lo que debe percibirse por derecho penal tras aludir a los bienes jurídicamente protegidos -derechos legítimos- que justifican cualquier acción estatal de prevención y de represión en contra de delitos o faltas.

Llama la atención lo asentado por Núñez, quien comparte una perspectiva rígida pero focalizada a la naturaleza jurídica del derecho penal debido a que lo entiende como: “una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado. El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias”.⁶

Es relevante lo dicho por Núñez porque concluye en dos premisas básicas y necesarias: En primer término, asevera que el derecho es un sistema de normas que regulan el comportamiento entre seres individuales o bien, con el Estado a cuya ley están sometidos; y, en segundo término, perfecciona su definición al atribuirle el monopolio de la legítima violencia al Estado que crea y modifica sus leyes.

Desde otro punto de vista, Maurach comparte un enfoque que se centra particularmente

⁶ Núñez, Ricardo. (1977). *Manual de derecho penal, parte general*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Pág. 13.



en el elemento de culpabilidad y en conceptos básicos como las medidas de seguridad al explicar el derecho penal como: “aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad”.⁷

Sobre Maurach, es menester aclarar los siguientes puntos: Primero, utiliza el típico silogismo jurídico de supuesto de hecho y consecuencia jurídica para narrar la operatividad de las normas legales aplicables al derecho penal; segundo, determina que la consumación de un delito no conlleva necesariamente la sanción que hemos denominado pena debido a que existen sujetos quienes gozan del carácter de inimputabilidad; y tercero, la peligrosidad del autor en sistemas jurídicos democráticos, ajeno a los intereses de la presente, no parece compatible con el derecho penal guatemalteco tras lo examinado en la Sentencia de 20 de junio de 2005, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, en lo que dispone su párrafo 94.

⁷ Maurach, Reinhart. (1994). *Derecho Penal, parte general*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pág. 4



Resulta atrayente lo afirmado por Sauer debido a que le otorga un carácter propio de las ciencias sociales, y no de las ciencias jurídicas, que nos hace reflexionar sobre la esencia emanada del derecho penal, el cual: “tiene la tarea de crear los principios y las reglas según las cuales el delito ha de ser tratado, a tenor de las exigencias estatales, culturales, sociales y éticas [...] el Derecho Penal es según su esencia y contenido el tratamiento jurídico y ético social del delito”.⁸ Por lo que, para Sauer el derecho penal es una suerte de consecuencias sociales en las que una ética estatal, supeditada a la cultura y a prácticas comunes, les da forma y vida a las ciencias penales.

Un punto en común con las definiciones previamente citadas es la poca relevancia reconocida entre los sujetos del derecho penal. Sin embargo, Zeceña configura al derecho penal bajo la premisa de que: “estudia el delito, el delincuente, la pena y sus relaciones, en virtud de la regla jurídica o social que asocia los unos a los otros, por lo que resulta siendo el conjunto de principios mediante los cuales el Estado determina tanto, los delitos como las penas aplicables a los delincuentes, regulando la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación [...] el Derecho Penal es la disciplina jurídica y social que estudia el delito, el delincuente, y las sanciones que han de imponerse a este último”.⁹

Al establecer el concepto de delincuente, Zeceña no sólo dispone del sujeto de estudio

⁸ Sauer, Guillermo. (1956). *Derecho Penal, parte general*. BOSCH Casa Editorial. Pág. 7.

⁹ Zeceña, Oscar. (1948). *Derecho Penal Moderno*. Unión Tipográfica. Pág. 10.

clave para el derecho penal, al menos en su perfecta mitad, sino que también extiende y examina a las ciencias penales como ramas especializadas que no se limitan a normas jurídicas y principios; es decir, el derecho penal se conforma tanto por sus elementos formales e ineludiblemente con elementos propios de la sociedad y del Estado.

Fontán, por otra parte, es un autor cuya definición está enraizada en los aportes de la Escuela Positivista que, de forma adversa a los autores que brindan un mayor peso a los elementos formales del derecho penal, le otorga una presencia y estudio casi obsesivos a las características antropológicas del criminal. Para Fontán, el derecho penal: “es una ciencia jurídica y su estudio cumple idéntica finalidad que el de cualquier otra rama del derecho, al interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley”.¹⁰

Al procurar enlazar ambas ideas, Fontán se contradice al generar una definición viciada de ultra positivismo que desvirtúa la esencia de las ciencias jurídicas, ignorando que el delincuente no es un enigma matemático ni predecible en el que se puedan estandarizar comportamientos delictivos y mucho menos encasillar caracteres físicos, patológicos y/o antropológicos.

Jiménez de Asúa comparte una amplia y concisa definición, al fundar que el derecho penal es el: “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del

¹⁰ Fontán, Carlos. (1995). *Tratado de Derecho Penal Tomo I*. Abeledo-Perrot. Pág. 33.



poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.¹¹

Llama la atención lo descrito por Creus, quien se basa sólidamente en el principio de legalidad para afirmar que Derecho Penal es el “conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas”.¹²

A pesar de que el propósito y objeto de la presente investigación no es debatir acerca de la legitimidad de normas penales para sustentar el poder punitivo del Estado, sí es relevante tener en cuenta la responsabilidad internacional para delimitar las normas que verdaderamente configuran a las ciencias jurídicas.

A modo de reflexión, y entendiendo al principio de legalidad como el “Principio jurídico según el cual no puede castigarse una acción u omisión si no está prevista como delito en una ley”¹³, el derecho internacional ha generado diversos instrumentos en materia de

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis. (1964). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Editorial Losada, S. A. Pág. 33.

¹² Creus, Carlos. (1990). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pág. 4.

¹³ <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-legalidad> (consultado el 7 de agosto de 2022).

derecho penal que exponen diversos niveles para justificar la legitimidad del delito y su persecución. Por ejemplo, en el artículo 6.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por el Estado de Guatemala en 1990, se regula que:

“Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 [tortura], si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición” (añadido es propio).¹⁴

Evidentemente, la legitimación para la creación, sanción y promulgación de leyes nace exclusivamente del órgano competente y previamente facultado por el ordenamiento jurídico y constitucional de cada Estado (que en el caso de Guatemala, es el Congreso de la República según los artículos 171, 176 y 177 del texto constitucional), lo cual configura que las normas o leyes, incluyendo las penales, nacen a la vida jurídica gracias a las potestades de ese ente definitivo.

¹⁴ https://www.ohchr.org/sites/default/files/cat_SP.pdf (consultado el 7 de agosto de 2022).

Sin embargo, suponer que el derecho penal está sujeto sólo a la institucionalidad interna de cada país ignora que, en el derecho internacional, existe una red compleja de tratados y convenios internacionales que obligan a sus Partes a modificar su derecho interno según lo estipulado en aquellos instrumentos que han sido previamente ratificados con éxito.

Aunado a lo anterior, la definición de Amuchategui también ignora otro concepto básico del derecho internacional al tener en mente que derecho penal es “el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley. De la noción anterior se colige que el derecho penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad”.¹⁵

Si se repasa que el derecho penal ha reconocido y aceptado la jurisdicción universal, entendido como aquella “que ejercen los tribunales internos de un Estado sobre hechos delictivos cometidos fuera del territorio de ese Estado, y sin que sea necesario que exista ningún vínculo de nacionalidad o de otro tipo entre, por una parte, los autores y las víctimas de tales hechos, y, por otra, el Estado cuyos tribunales ejercen su jurisdicción sobre esos hechos delictivos”¹⁶, resulta claro que el derecho penal no es meramente el

¹⁵ Amuchategui, Griselda. (2001). *Derecho Penal*. Oxford University Press. Pág. 13.

¹⁶ <https://dpej.rae.es/lema/jurisdicción-universal> (consultado el 7 de agosto de 2022).



ordenamiento jurídico del derecho público interno.

Para los autores Cobos del Rosal y Vives Antón, el derecho penal se comprende por el “conjunto de normas jurídico positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad”.¹⁷ Igualmente es una definición que carece de todos los elementos para la plena comprensión de las ciencias penales.

Resulta evidente el silogismo creado por Mezger en su comprensión del derecho penal: “el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros”.¹⁸ Es una definición relevante porque supone lo que es la pena y otras sanciones, pero igualmente carece de todos los elementos propios del derecho penal.

Debido a su brevedad, es posible notar las grandes similitudes entre las definiciones de

¹⁷ Cobos del Rosal, Miguel. y Vives Antón, Tomás. *Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Pág. 33.

¹⁸ Mezger, Edmund. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina. Pág. 27.

Bacigalupo y Roxin, ya que el primero percibe al derecho penal como: “un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas”;¹⁹ y, para el segundo, “El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.²⁰ No es del todo correcto atribuir solamente un par de características a una ciencia que supone estar compuesta por más figuras y principios.

Pavón atribuye al derecho penal la siguiente enunciación: “es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.²¹ Esta aproximación es más interesante porque incluye a las medidas de seguridad, que pocos autores han reconocido en sus definiciones.

Por último, y a modo de síntesis de todos los aportes intelectuales reunidos para la ontología del derecho penal, se concuerda con la conclusión brindada por Barrios quien remata:

“De las definiciones antes citadas podemos concluir que el Derecho Penal propiamente

¹⁹ Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Temis, S. A. Pág. 3.

²⁰ Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Civitas. Pág. 41.

²¹ Pavón, F. (1982). *Op. cit.* Pág. 17.



dicho, se refiere a la rama del derecho público que estudia, no solamente las normativas emanadas del Estado, en su carácter de ente regulador y garante de la seguridad jurídica y material de sus pobladores, que comprenden las conductas consideradas como punibles, las penas o medidas que se aplican a quienes cometen dichos actos, las formas de resarcir los daños causados por dichas conductas antijurídicas y las medidas preventivas de las mismas; sino también como la ciencia encargada de estudiar los métodos de comprensión y aplicación de ese conjunto de normativas ante y por el Estado, de una manera justa, equitativa y ética para lograr la convivencia armónica y balanceada dentro de una sociedad organizada en el ejercicio de su poder sancionador”.²²

Solamente se ha ignorado la evidente relevancia que aporta el derecho penal internacional a la misma rama del ordenamiento interno; aunque, se confirma que la anterior definición, además de completa, somera y adecuada para fines didácticos y académicos, es la más apropiada para el acercamiento de la presente investigación.

1.2. El delito y la teoría general del delito

Al estudiar figuras delictivas, es necesario delimitar la investigación a dos grandes clasificaciones que nacen del derecho penal como ciencia: La primera, relativa a todas aquellas características y elementos comunes establecidos por la teoría general del

²² Barrios, Ana. (2017). *Historia del derecho penal guatemalteco* [Tesis de licenciatura]. Universidad Rafael Landívar. Pág. 5.

delito y; la segunda, referente a cada tipo penal en concreto que se encuentra contemplado en la parte especial del actual Código Penal guatemalteco y demás leyes penales.

Basándonos en lo que acertadamente afirma Muñoz, quien considera que “La primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello se debe partir del Derecho penal positivo”,²³ es menester analizar a profundidad lo que abarca el concepto de delito.

Muñoz asevera lo siguiente: “Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*”.²⁴ A pesar de ser una definición básica, es coherente con el ordenamiento positivo guatemalteco que reconoce dicha disposición en el artículo 1 del Código Penal.

Se debe tener en cuenta, sin embargo, que una conducta penada por la ley no es suficiente para abarcar completamente la esencia del delito. Primero, porque existen

²³ Muñoz, Francisco. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Pág. 201.

²⁴ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 201.

elementos que están ajenos a dicha enunciación y que son jurídicamente relevantes para cualquier tipo penal y; segundo, porque la pena en sí no configura un componente indispensable para que un delito esté dentro de su propia categoría.

Se apega a lo afirmado por Muñoz quien declara lo siguiente: "La Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuricidad. Al segundo, culpabilidad o responsabilidad. Antijuricidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo".²⁵

Apoyando la argumentación, es posible aseverar que puede existir antijuridicidad sin culpabilidad; pero jamás lo contrario. El primer elemento es un acto que consta en ley acerca de una conducta prohibitiva; mientras que el segundo elemento es la imposición para vincular la conducta prohibitiva a un autor quien, dolosa o culposamente, la ha cometido. Es decir, la realización de un acto objetivo puede cumplirse y, aun así, no permitir que la conducta esté vinculada a la intencionalidad o culpa de su autor.

²⁵ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 202.

Más adelante, Muñoz continúa: "De toda la gama de conductas antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las conductas que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama *tipicidad*".²⁶

La facultad otorgada a un órgano para crear, reformar o derogar leyes, que son normas jurídicas positivas, pertenece al Congreso de la República, según consta en el artículo 171 del texto constitucional. Por lo que, a la actividad en la que, por disposición de ley, ciertas conductas específicas, construidas bajo un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, se le denomina tipicidad y es una unidad indefectible en cada delito reconocido en el ordenamiento jurídico. O también: "La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal".²⁷

Podría parecer que basta con la existencia de tres elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) para que un comportamiento humano pueda encuadrar en lo que respecta a un delito. Sin embargo, llama la atención el siguiente enunciado: "Normalmente, con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se puede decir que existe un delito y su autor puede ser sancionado con la pena asignada por la

²⁶ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 203.

²⁷ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 204.

ley en cada caso concreto. En algunos supuestos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como punible la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad”.²⁸

A partir del argumento anterior, se dividen las críticas en dos vertientes: Una que considera inseparable la pena al delito, volviéndolo un elemento más que, lógicamente, es inherente al mismo porque, de manera formal, la comisión de un delito debe provocar una pena al autor y; otra que ha establecido que la pena no forma parte de la Teoría General del Delito ya que hay circunstancias extraordinarias que pueden desvincular la punibilidad del Estado a pesar de que se haya realizado un comportamiento jurídicamente prohibido.

Se considera importante tomar una postura que adopte un término medio, dándole un lugar de relevancia a la punibilidad, pero reconociendo que un delito puede consumarse aun si no es castigado.

Para concluir, se examinará la definición propia brindada por Muñoz: “Podemos definir al delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la

²⁸ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 204.



antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible”.²⁹

Sumergirnos profundamente en cada figura e institución reconocida en la Parte General del Derecho Penal resultaría abundante, copioso e irrelevante para la presente investigación que busca estudiar a detalle el tipo penal de violación y todos los demás delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de las personas.

Sin embargo, se comparte la apreciación escrita por Roxin quien detalla someramente todo lo necesario para vislumbrar la cabalidad de la Teoría General del Delito:

“La "Parte general" comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible. En ella se tratan por tanto, por una parte, instituciones jurídicas como la legítima defensa (§ 32), el error (§§ 16 y 17), la tentativa (§§ 22 ss.), autoría y participación (§§ 25 ss.), capacidad de culpabilidad (§§ 19 21), etc.; y por otra parte se regulan en la Parte general también las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todo las diversas penas (§§ 38 ss.) y medidas de seguridad (§§ 61 ss.) en particular. Así pues, la Parte general del StGB es un producto

²⁹ Muñoz, F. *Op. cit.* Pág 204.



de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la Parte especial”.³⁰

En conclusión, el delito es la acción u omisión típicamente prohibitiva, perseguible y punible que, cometida por una persona, lesiona un o varios bienes jurídicos tutelados en perjuicio de otra persona, de la sociedad o del Estado, atribuible y culpable al autor y/o a sus cómplices, que en contravención de la ley resulta antijurídica, y cuya creación emana del proceso legislativo por el órgano delegado con la facultad de sancionar determinadas conductas humanas.

³⁰ Roxin, C. *Op. cit.* Pág 48.





CAPÍTULO II

2. Los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas

Una vez evaluados los principios, criterios e instituciones propias del derecho penal, cabe necesario aclarar y examinar minuciosamente cada figura propia de los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas.

2.1. Indemnidad sexual y libertad sexual

Por indemnidad sexual, Muñoz la entiende como la: “manifestación de la dignidad de la persona humana y derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin intervenciones en su esfera íntima por parte de terceros”.³¹

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cada habitante es libre e igual en dignidad y derechos. Esta norma suprema dirige y forma a los tipos penales que protegen la libertad e indemnidad de las personas, debido a que el Estado se responsabiliza de hacer cumplir una vida sexual protegida de intervenciones no consentidas.

³¹ Muñoz, Francisco. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Pág. 194.

Boix en Verges explica lo siguiente: “La tutela de esta libertad [libertad sexual] se fundamenta en asegurar el ejercicio de la libertad personal en el área de la sexualidad, entendiéndose desde la facultad de decidir llevar a cabo actividades sexuales hasta la facultad de aceptar las propuestas por otras personas” (añadido es propio).³²

Ambos aportes por Muñoz y Verges nos señalan que los tipos penales definidos para proteger la libertad e indemnidad sexual de las personas responden a un deber que procura el aseguramiento y tutela de derechos encaminados a la libre elección de la vida sexual de cada individuo y a las decisiones y consentimiento que puedan prestar respecto a otras personas. Cualquier otra circunstancia que contravenga tales preceptos, vulnera y coacciona la libertad e indemnidad de una futura víctima.

Verges también acompaña su análisis con el siguiente comentario: “lo que se pretende es evitar que cualquier persona dentro de nuestra sociedad se vea obligada a realizar actividades sexuales de forma forzada que limiten su libertad individual”.³³

Llama la atención que las consideraciones de Verges apuntan a conductas mucho más amplias y variadas de lo que normalmente se comprende y señala dentro de los tipos

³² Verges, Lara. (2019). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales*. Pág. 13.

³³ Verges, L. (2019). *Op. cit.* Pág. 13.



penales que interesan en la presente investigación.

En primer término, Verges detalla que la libertad sexual engloba a las acciones humanas en las que se decide realizar actividades sexuales; pero también la posibilidad de aceptar las propuestas por otras personas. Y, en segundo término, el mismo autor no se limita a establecer sus premisas exclusivamente en las acciones humanas que, mediante la violencia, coaccionan y limitan la indemnidad y libertad de otros.

Por lo tanto, de esas breves cápsulas de información es posible concluir que la libertad e indemnidad sexual de las personas no es únicamente el pleno ejercicio de un derecho independiente de cualquier acto de violencia, sino que también es la disposición y elección individual de los comportamientos y conductas sexuales para aceptar propuestas de otros seres humanos durante actos consentidos.

La síntesis de Verges apunta a la misma conclusión, quien determina lo siguiente: “la libertad sexual desde su vertiente positiva, es entendida como el derecho que toda persona tiene a disponer libremente de sus potencialidades sexuales y, desde su vertiente negativa, como el derecho a no verse involucrada por otra persona en un contexto sexual sin su consentimiento”.³⁴

³⁴ Verges, L. (2019). *Op. cit.* Pág. 14.



En este supuesto, libertad sexual es un concepto jurídico y constitucional que faculta a los habitantes de un determinado territorio para disponer y elegir conductas sexuales legalmente permitidas, lo cual incluye estar protegidas de cualquier hecho que vicie o restrinja su consentimiento.

Sin embargo, es menester trazar las diferencias ontológicas entre libertad e indemnidad sexual, y comprender que son conceptos intrínsecos, pero suficientemente distinguibles.

Caruso en Verges nos ofrece la siguiente aportación: “los conceptos de «libertad sexual» e «indemnidad sexual», no hacen referencia a dos intereses jurídicos diferentes, sino a uno solo que se manifiesta de forma diferente en función de la persona que ostenta la titularidad. De acuerdo a todo lo expresado, comprobamos que el término indemnidad sexual se define como aquel estado o situación del que está libre de daño o perjuicio”.³⁵

De esta manera, la esencia de ambos significantes, que son la libertad y la indemnidad sexuales, logran yuxtaponerse con el fin de alcanzar los mismos objetivos, pero consiguiendo distinguirse por circunstancias personales y objetivas diversas.

³⁵ Verges, L. (2019). *Op. cit.* Pág. 14.

Mientras en la libertad sexual, el sujeto está facultado para realizar actividades sexuales y para consentirlas; en la indemnidad, el sujeto debe ser determinado para establecer si posee la facultad, o aún no, de elegir y consentir libremente. En los dos conceptos, sin embargo, está presente la necesidad de proteger al individuo para que su dignidad y derechos no sean viciados, lesionados, vulnerados ni violados.

Bustos³⁶ coincide al declarar que indemnidad sexual son todos los presupuestos objetivos que convergen en cada individuo y que les da la capacidad de escoger su vida sexual. Por ejemplo, desde una perspectiva positiva, significa que cualquier persona de 14 años o mayor y que carezca de incapacidad volitiva o cognitiva, es capaz de consentir y aceptar actividades sexuales; desde una perspectiva negativa, cualquier persona menor de 14 años o que padezca de incapacidad volitiva o cognitiva, no es capaz de consentir ningún acto y, por lo tanto, debe ser protegida incluso si no media violencia física o psicológica.

El artículo 173 del Código Penal guatemalteco ejemplifica a la perfección las sutiles diferencias entre la libertad e indemnidad sexual de las personas, lo cual es el foco de la investigación y que se desarrolla a continuación.

De conformidad a lo estipulado en el artículo 173 del Código Penal, se debe entender

³⁶ Bustos, Manuel. (1986). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Ariel. Pág. 133.



que el delito de violación se comete según el siguiente enunciado: “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las personas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”.

Desde la perspectiva de la libertad sexual, se debe entender que dicho derecho se vulnera o vicia cuando se accione, en perjuicio de una persona, el tipo penal que se describe como quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma.

En futuros capítulos se expondrá el elemento de violencia y el elemento del no consentimiento; sin embargo, lo que se debe contemplar es que la libertad sexual se vulnera porque la víctima no dispuso de ser el sujeto pasivo de la conducta descrita anteriormente. Pese a estar facultado, la víctima sufrió un acto que deseó impedir, pero, por diversos motivos, no pudo evitar.



Desde la perspectiva de la indemnidad sexual, se debe entender que dicho derecho se vulnera o vicia cuando se accione, en perjuicio de una persona, el tipo penal que se tipifica como: “[...] Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica [...]”.

En este caso, la legislación penal guatemalteca, en protección a las niñas, niños y adolescentes, considera que ninguna persona menor de 14 años tiene la facultad para consentir actos sexuales libremente; y el mismo supuesto aplica a quienes adolezcan de incapacidad volitiva o cognitiva.

Es importante comprender que la indemnidad sexual no vela por sancionar actos contrarios a la voluntad de la víctima; sino que previene y garantiza la seguridad y protección de las personas que no pueden consentir plenamente y que, bajo el tenor del artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, también son libres e iguales en dignidad y derechos.

Orts y Suárez-Mira coinciden con lo expuesto anteriormente, ya que, al presentar sus consideraciones sobre la libertad sexual, argumentan lo siguiente: “La constituye la facultad de la persona de autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido o



abusado por otro”.³⁷ Este criterio respalda que la libertad sexual se vulnera no solo por el uso de la violencia, sino por el no consentimiento.

En igual sentido, encajan con la explicación proporcionada sobre la indemnidad sexual al definirla como se cita a continuación: “Esta consiste en el libre desarrollo de la sexualidad, es la seguridad que deben tener todos en el ámbito sexual para poder desarrollarse, por eso las leyes penales se preocupan en especial de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad, los más vulnerables en este aspecto. Los delitos de corrupción de menores buscan proteger, principalmente, este bien jurídico”.³⁸

Para terminar, atendiendo a la naturaleza del derecho penal, es necesario mencionar que los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas son, citando a Duque: “actos que lesionan algún bien jurídico determinado y existiendo una sanción a imponer a quién los efectúa. En los delitos de carácter sexual, los bienes jurídicos lesionados son la libertad sexual y la indemnidad sexual”.³⁹

Esa afirmación es trascendental según lo que comenta Mir: “El derecho penal de un Estado social, se justifica como sistema de protección de la sociedad. Los intereses

³⁷ Orts, Enrique. y Suárez-Mira, Carlos. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 24.

³⁸ Orts, E. y Suárez-Mira, C. *Op. cit.* Pág. 26.

³⁹ Duque, Zoila. (2011). *La falta de protección de los derechos humanos hacia las víctimas de delitos contra la libertad sexual durante el proceso penal* [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 52.



sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos”,⁴⁰

En otras palabras, al delimitar lo que es un bien jurídico (en el caso que nos atañe es la libertad e indemnidad sexual de las personas), el Estado de Guatemala está creando un sistema para proteger a la sociedad y a sus habitantes.

Respondiendo al artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Título III del Libro Segundo del Código Penal es una extensión de aquel mandato constitucional que ordena cómo debe ser la vida en la colectividad.

Nuevamente, Duque coincide con lo asentado hasta ahora al concluir: “La finalidad que se persigue al regular ese bien jurídico [la libertad e indemnidad sexual] dentro del ordenamiento legal, es que, la persona, sea el género que sea, atendiendo a la igualdad de cada caso, pueda disponer de su libertad sexual dentro de la sociedad, sin que esté obligado a cumplir con actos que menoscaben la misma o que le sea impuesta condición alguna para conservarla” (añadido es propio).⁴¹

Para rematar, su crítica acerca de las niñas, niños y adolescentes coincide también: “En

⁴⁰ Mir, Santiago. (1990). *Derecho penal, parte general*. Editorial PPU. Pág. 28.

⁴¹ Duque, Z. (2011). *Op.cit.* Pág. 51.



cuanto a los menores, el Estado debe garantizar la indemnidad o intangibilidad de estos, o sea, las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad que puede alcanzar el menor de edad”.⁴²

La calidad, por lo tanto, de proteger y velar por el libre ejercicio del bien jurídico tutelado responde tanto a una obligación estatal; y se enmarca en una facultad y condición contenida en un mandato constitucional que garantiza a los habitantes del Estado de Guatemala a vivir en total igualdad y libertad en dignidad y derechos, sin que el sexo, género, edad o demás condiciones del sujeto configuren ningún tipo de diferencia salvo el método y modo para asegurar su ejercicio.

2.2. De los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas en particular

A partir del Decreto Número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, el Código Penal sufrió reformas que añadieron y suprimieron diversas figuras delictivas en el Título III del Libro Segundo, que hace referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas. Esta reforma pretende garantizar tales derechos, en concordancia con los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala en cuyo texto se reconoce la protección de la persona y la vida, la libertad, la

⁴² Duque, Z. (2011). *Op.cit.* Pág. 52.

justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de cada habitante del territorio guatemalteco.

De conformidad a lo establecido en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, los tipos penales que protegen la libertad e indemnidad sexual de las personas se enumeran a continuación:

- Violación;
- Agresión sexual;
- Exhibicionismo sexual;
- Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad;
- Violación a la intimidad sexual;
- Seducción de niños, niñas o adolescentes por el uso de las tecnologías de información;
- Chantaje a niños, niñas o adolescentes mediante el uso de tecnologías de información o medios tecnológicos;
- Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución;
- Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada;

- Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad;
- Remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución;
- Producción de pornografía de personas menores de edad;
- Exhibiciones obscenas;
- Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad;
- Posesión de material pornográfico de personas menores de edad;
- Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad;

Adicionalmente, en relación a las últimas Reformas al Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, por delitos cometidos en contra de la niñez y adolescencia a través de Medios Tecnológicos, se añadieron dos figuras nuevas que se especifican a continuación.

En primer término, se legisla la seducción de niños, niñas o adolescentes por el uso de las tecnologías de información, cuyo artículo 190 Bis en su parte conducente determina: “Quien, a través de todo tipo o clase de medios tecnológicos, valiéndose o no del anonimato, contacte a cualquier niño, niña o adolescente con el propósito de: a. Solicitar o recibir material con contenido sexual o pornográfico, propio o de terceras personas, ya sea que incluya o no medios audiovisuales; b. Tener o facilitar con tercera persona



relaciones sexuales; c. Facilitar la comisión de cualquier otro delito contra la libertad, o indemnidad sexual del niño, niña o adolescente contactado [...]”.

Y, en segundo término, se reconoce y regula el chantaje a niños, niñas o adolescentes mediante el uso de tecnologías de información o medios tecnológicos, cuyo artículo 190 Ter que en su parte conducente prosigue: “Quien, mediante el uso de tecnologías de información o medios tecnológicos, valiéndose o no del anonimato, amenace a un niño, niña, adolescente o sus representantes legales con difundir material con contenido sexual o pornográfico propios del niño, niña o adolescente, ya sea que el material esté contenido en medios audiovisuales u otros [...]”.

Cabe aclarar que la pena a imponer contempla de seis a doce años para ambos delitos, permitiendo que el primero sea perseguible incluso en grado de tentativa, y agregando una agravante de aumento a la pena en dos terceras partes si la víctima es un niño, una niña o un adolescente con incapacidad cognitiva o volitiva.

El Decreto Número 11-2022 del Congreso de la República de Guatemala, pese a no tener relación con el objetivo de la presente investigación, sí representa un modelo de prevención criminal que merece ser mencionada y tomada en cuenta para futuros trabajos.



Por último, las recientes reformas también incluyeron dos numerales nuevos al artículo 198 del Código Penal que contiene todas las penas accesorias aplicables a los delitos mencionados con anterioridad. El primero es la prohibición de contratación de servicios de internet, por el doble de la pena impuesta, notificando a los proveedores de dicho servicio y; la pérdida de los dispositivos electrónicos utilizados en la comisión del delito, a favor del Ministerio Público.

Llama la atención que, a pesar de que el Código Penal disponga en su artículo 60 que todos los objetos decomisados tendrán por objeto incrementar los fondos privativos del Organismo Judicial, el ente legislador haya decidido que, en los casos de la seducción de niños, niñas o adolescentes por el uso de las tecnologías de información y el chantaje a niños, niñas o adolescentes mediante el uso de tecnologías de información o medios tecnológicos, dichos objetos formen parte del patrimonio del Ministerio Público.

2.3. El delito de violación en la legislación nacional

En la legislación guatemalteca, el delito de violación se regula en el artículo 173 del Código Penal, cuyo texto se cita en su parte conducente: “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión

de ocho a doce años [...]”.

En la actualidad, los tipos penales en contra de la libertad e indemnidad sexual contemplan que, tanto la víctima como el agresor, puedan ser mujeres y hombres. Por lo que, tanto sujeto activo como sujeto pasivo pueden encuadrar en la consumación o en la tentativa del delito de violación indiscriminadamente de su sexo y género.

Adicionalmente, el elemento de acción está descrito taxativamente en el enunciado: “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma [...]”.

La acción por comisión del delito de violación examina y reconoce dos situaciones: La primera es el acceso carnal vía vaginal, anal o bucal en contra de otra persona mediante algún tipo de violencia; y la segunda, es dicho acceso cuando la persona es obligada a hacerlo por sí misma.

Previo a continuar con el análisis de la teoría del delito aplicado al tipo penal de violación, cabe comentar lo que el mismo Código Penal comprende por violencia según lo dispuesto en su artículo 1, numeral 4°, de las Disposiciones Generales en su parte

conducente: "Para los efectos penales se entiende: [...] 4°. Por violencia, la física y psicológica o moral. La primera, es manifestación de fuerza sobre personas o cosas; la segunda, es intimidación a personas. Se entenderá que existe esta última, cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche".

A través de la violencia física, el perpetrador del ilícito comete acciones que ejerzan fuerza sobre su víctima; y a través de la violencia psicológica, se pretende consumir el acceso carnal mediante la intimidación o la amenaza.

El segundo elemento de la teoría del delito es la tipicidad, que se fundamenta justamente en el texto legal del Código Penal después de la reforma del Decreto Número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala que modificó el tipo penal mediante su artículo 28, lo cual es congruente con el principio de legalidad recogido en el artículo 1 del mismo Código.

En lo que respecta a su antijuridicidad, la violación configura un acto humano que vulnera y amenaza al pleno goce de la libertad e indemnidad sexual de la posible víctima, de igual manera a cómo se expuso la obligación del Estado y el derecho de cada habitante a vivir una vida en total libertad y dignidad, y; en relación a la culpabilidad, es un ilícito que puede ser atribuido a una persona que lo cometió en calidad de autor.

La punibilidad es un elemento añadido que, como se ha desarrollada con anterioridad, puede ser considerado dentro de la teoría general del delito. En el caso concreto, el legislador discurrió en otorgar una pena de prisión de ocho a doce años a los condenados por el delito de violación. Sin embargo, cabe aclarar que dicha pena puede ser agravada según lo que dispone el texto legal del Código Penal en su artículo 174 y en cada uno de sus incisos. Para tal caso, la pena se aumenta en dos terceras partes.

El segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal merece ser comentado: “Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica”.

Este apartado es importante porque señala una circunstancia extraordinaria que también tipifica el delito de violación. Cualquier niño, niña o adolescente menor de catorce años de edad será sujeto pasivo del delito de violación incluso si no se presenta violencia física o psicológica para la tentativa o consumación de la acción.

La decisión del legislador supone una política criminal preventiva al considerar que un menor de catorce años de edad no está en la madurez emocional y psicológica para aceptar participar en actos sexuales. Por lo que, se equipara esta situación a los casos



de acceso carnal en los que participen personas con incapacidad volitiva o cognitiva.

En lo que respecta a menores de catorce años de edad y personas con incapacidad volitiva o cognitiva, la violencia no es un requisito sine qua non en la tipificación del delito de violación, y es una acción perseguible en contra del perpetrador.

También se debe hacer mención a la posible imposición de otras penas cuando corresponda por la comisión de otros delitos. El artículo 173 del Código Penal en su párrafo tercero aclara: “La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”.

Por último, en el presente análisis es útil separar cualquier otro ilícito que, por su naturaleza o comisión, contenga similitudes al delito de violación. En el caso del artículo 173 Bis del Código Penal, la agresión sexual es otro ilícito con características parecidas, pero no idénticas a la violación.

Salvo el segundo y tercer párrafo, dicho artículo difiere con el delito de violación en lo que respecta: “Quién con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a sí misma, siempre que no constituya delito de violación será sancionado con prisión de cinco a ocho años”.

La salvedad se remarca en que una agresión sexual es un acto de violencia física o psicológica, con fines sexuales o eróticos, cometidos a otra persona, al agresor o a la misma víctima, y en los que no haya acceso carnal de ningún tipo.

El espíritu de la ley es congruente en todo el texto legal al examinar que dichas conductas deben ser cometidas mediante la violencia, salvo excepciones. También esclarece una diferencia en los actos propios que cometen cada ilícito, y regula sus penas de conformidad a la gravedad del comportamiento.

Únicamente se comenta que la agresión sexual en la legislación guatemalteca excluye por completo el elemento del no consentimiento, de igual manera a cómo la violación tampoco incluye dicho término en su norma.

A pesar que las últimas reformas al Código Penal en lo relativo a la libertad e indemnidad sexual modificaron profundamente los tipos penales y actualizaron criterios penales y de política criminal para la persecución de dichos tipos, continúan palideciendo en comparación a legislaciones extranjeras más modernas que han expuesto normas jurídicas con un rango de amplitud mayor y que abarcan comportamientos y conductas que lesionan la libertad y dignidad de sus habitantes.

2.4. El delito de violación en la legislación extranjera

Según legislación comparada, se pueden hallar ejemplos de tipos penales de violación que efectivamente incluyen el no consentimiento y que difieren del modelo adoptado en la legislación guatemalteca, empezando por el caso de Suecia que regula tal conducta, en el artículo primero del capítulo sexto del Código Penal Sueco⁴³, de la siguiente manera: “Quien o quienes sin la voluntad de la otra persona, lleve a cabo el acceso carnal o cualquier otro acto sexual que, por la gravedad de la violación producida, sea equiparable al acceso carnal podrá ser castigado con penas de dos a seis años de prisión”. Cabe resaltar que por “otro acto sexual”, se refiere a penetraciones efectuadas con objetos u otras partes del cuerpo humano.

Este primer acercamiento ilustra claramente la ontología intrínseca en el delito de violación en la legislación sueca. Al eliminar por completo el elemento de violencia física o psicológica, el supuesto jurídico se basa en el acceso carnal, cometido por el perpetrador, en contra de su víctima quien no ha prestado su voluntad en dicho acto.

Esta norma propone, en su prevención y sanción, que cada individuo y habitante son

⁴³

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=82671>
(consultado el 7 de diciembre de 2022).



libres y dignos para gozar de una indemnidad sexual que les faculta a consentir y no consentir determinados actos y comportamientos sexuales con otras personas.

Es decir, el delito de violación se consuma mediante el acceso carnal, independientemente del modo o medios en los que se consiguió, cuando la víctima no consiente o brinda su anuencia ante dicha actitud. Lo que en otras palabras significa no desear mantener un acto sexual con su victimario.

El segundo ejemplo hace referencia a la Ley de delitos sexuales de noviembre de 2003⁴⁴, aplicable a Inglaterra y Gales, que regula la violación en su artículo primero del capítulo 42, que reconoce tres requisitos en la comisión de la violación: a) que intencionalmente el agresor con su pene penetre la vagina, el ano o la boca de la otra persona; b) que la víctima no consienta la penetración y; c) que quien ejerza la penetración razonablemente no crea que la víctima consiente tal acto. Estos tres aspectos se regulan en el numeral 1 de dicha norma; para lo cual, el numeral 2 regula la penetración por medio de objetos u otras partes del cuerpo.

La legislación anterior resulta mucho más novedosa. En los primeros incisos, se configura un delito de violación similar al caso sueco, cuya base lógica recae en el acceso carnal (penetración en las vías vaginal, bucal o anal) de manera dolosa y en el no

⁴⁴ Ibidem.

consentimiento para tal práctica sexual por parte de la víctima.

Sin embargo, se presenta una tercera arista que esclarece y detalla la naturaleza de esta norma: Que el autor o perpetrador del hecho no verifique o no compruebe que la víctima ha consentido la penetración.

Es vital esclarecer y señalar que el consentimiento, como se expondrá más adelante, es una actitud positiva, nunca dubitativa, que se presta para que individuos puedan realizar y cometer actos conjuntamente.

Se puede presentar de manera expresa mediante un signo o lenguaje por parte del otro individuo; o bien, en un contexto en el que razonablemente se tenga la creencia que el acto está siendo consentido.

El mismo artículo continúa en lo siguiente: “(2) Se debe determinar si una creencia es razonable teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los pasos que ha tomado para determinar si la víctima está de acuerdo”.⁴⁵

Lo que complementa la interpretación de la norma es valorar y juzgar el contexto y

⁴⁵ Ibidem.

actitudes que iniciaron un encuentro sexual y que culminaron en el acceso carnal para poder fallar correctamente sobre el consentimiento del acto sexual.

Si bien esta aproximación nos podría inducir a que habrá falta de consentimiento cuando medie la violencia, en realidad su aplicación es mucho más amplia. Dos personas pueden actuar en un ambiente mutuamente aceptado; sin embargo, consentir la penetración en cualquiera de sus vías requiere una respuesta positiva o al menos razonable que no haga sospechar que se está vulnerando la libertad e indemnidad sexual de ninguna de ellas.

Por lo que, si bien el acceso carnal mediante el uso de violencia consume el delito; también hay otros motivos, circunstancias, modos, medios y elementos que pueden consumarlo igualmente aunque no medie violencia.

Respecto al Código Penal Alemán, también contiene el no consentimiento según lo dictado en su artículo 177, que reza: “Quien cometa abusos sexuales en contra de la voluntad de una persona o la obligase a efectuar actos sexuales hacia el autor o hacia terceros o tolerar abusos sexuales del autor del delito o por parte de terceros, será sancionado con una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”.⁴⁶

⁴⁶ Ibidem.

Ese apartado hace mención únicamente a lo que la legislación alemana llama "abuso sexual"; sin embargo, se tipifica la violación específicamente en el numeral 6 del mismo artículo, cuya acción requiere: 1) el autor lleva a cabo el acceso carnal con la víctima o ejerce acciones sexuales similares con la víctima o se las hace practicar, y que estas sean especialmente humillantes para la víctima, especialmente cuando ellas están asociadas a la penetración corporal o; 2) el delito es cometido por varias personas.

Deteniéndonos brevemente en que un acto deba ser razonablemente consentido aun si no es explícito para no cometer el delito de violación en la legislación inglesa, el caso alemán resulta esclarecedor al exponer el siguiente supuesto: Que el acceso carnal se efectúe mediante acciones sexuales y que sean especialmente humillantes para la víctima.

La adición de un acto humillante parece indicarnos un criterio para tipificar cualquier comportamiento que, sin mediar consentimiento o anuencia de ningún tipo, puede considerarse para que el órgano competente se pronuncie sobre cada caso concreto.

El artículo 374 del Código Penal Belga nos presenta el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica más simple y general de los casos de legislación comparada, ya que describe a la violación como: "Cualquier acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido en una persona que no consienta, constituye

el delito de violación”.⁴⁷ Dicha norma incluye el no consentimiento, la penetración con pene, objetos u otras partes del cuerpo y que el agresor cometa el acto o que el agresor obligue a la víctima a realizar el acto.

El segundo párrafo del artículo anterior agrega: “No hay consentimiento, especialmente cuando el acto fue impuesto por violencia, coacción, amenaza, sorpresa o engaño, o fue posible debido a una discapacidad o una discapacidad física o mental de la víctima”.

La violencia, coacción y amenaza son figuras que podrían encuadrar en el texto vigente para el Código Penal guatemalteco, siendo novedosa la implementación de la sorpresa y el engaño como medios para el acceso carnal sin consentimiento de la víctima.

El Código Penal español, tras reformas desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 4.7 de la Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre, incluyen respectivamente en sus artículos 178 y 179 en sus partes conducentes:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se

⁴⁷ Ibidem.



haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona [...]” y “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años”.

El tipo penal de violación en la legislación española se cimenta en dos artículos que consideran dos elementos: En primer término, el artículo 179 delimita que cualquier acto o comportamiento que atente contra la libertad sexual de una persona es constitutiva de delito y; en segundo término, la falta de consentimiento.

Para la configuración de dicho delito, debe mediar una acción que no ha sido consentida por su víctima; y, para que medie consentimiento, debe haber actos que claramente demuestren que son aceptados libremente.

El artículo 178 del Código Penal español dicta que el análisis de la norma debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo a comprender, indagar y valorar el contexto como figura que puede decidir sobre la naturaleza de la acción penalmente perseguida.

Para concluir, llama la atención el punto III del Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, que narra la motivación para la reforma del Código Penal español en lo citado con anterioridad. En su parte conducente, se discurre: “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul [...]”.⁴⁸

El Convenio de Estambul, llamado formalmente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, es un instrumento del derecho internacional público que contiene recomendaciones y obligaciones a los Estados Parte que han suscrito y ratificado dicho convenio en materia de derechos humanos especializados a mujeres, niñas y adolescentes.

El artículo 36 del Convenio de Estambul vincula a los Estados Parte a legislar o realizar otras medidas que tiendan a tipificar el delito de violencia sexual incluyendo el no consentimiento como elemento clave y determina en su numeral 2 lo siguiente: “El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de

⁴⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=1#tp> (consultado el 9 de diciembre de 2022).



la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes [...]”.⁴⁹

Es importante considerar la relevancia que ha adquirido el Convenio de Estambul en países que han adoptado posteriormente su legislación penal debido a que precisamente el no consentimiento es un criterio novedoso que amplía la interpretación del mismo tipo penal para esclarecer casos concretos.

⁴⁹ <https://rm.coe.int/1680462543> (consultado el 9 de diciembre de 2022).

CAPÍTULO III

3. El no consentimiento en los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual

Previo a analizar profundamente el elemento del no consentimiento en hechos ilícitos en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas, es oportuno señalar y comprender la definición de consentimiento en su acepción más amplia y que abarca la mayor parte de la vida jurídica de los individuos.

3.1. El consentimiento en sentido general

Desde un punto de vista general, se entiende por consentimiento, según lo expuesto por la Real Academia de la Lengua Española, como “la manifestación de voluntad expresa o tácita a través de la cual una persona se vincula jurídicamente”.⁵⁰

Rezzonico⁵¹ aporta una consideración similar, al entenderlo como un acuerdo o manifestación de voluntades en las que dos o más personas acuerdan o disponen sobre un mismo punto o asunto.

⁵⁰ <https://dle.rae.es/consentimiento> (consultado el 12 de diciembre de 2022).

⁵¹ Rezzonico, Luis. *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil; volumen I*. Pág. 54.



Otra aproximación de similar magnitud es lo afirmado por Díaz, quien puntualiza al consentimiento como “la reunión de dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas para la concepción de una relación jurídica”.⁵²

Estas acepciones señalan varios elementos y puntos en común que valen la pena ser apreciados: En primer término, que el consentimiento es una declaración de voluntad que está aparejada a otra sobre el mismo argumento. Es decir, consentir es unir un acuerdo entre dos o más personas que pactan en un asunto determinado.

En segundo término, el consentimiento tiene por objeto regular una relación jurídica en la que sus contratantes o sujetos adquieren una condición de derecho que les faculta a realizar o no realizar acciones celebradas. Asimismo, son poseídos de responsabilidades o deberes cuyo cumplimiento se constrañe únicamente con las personas que se han vinculado jurídicamente mediante la prestación de su consentimiento.

En último término, se puede inferir que, al tratarse de un vínculo jurídico que une a dos o más individuos, las personas involucradas aceptan y consienten actos y hechos que el derecho y la ley permiten. En otras palabras, obligatoriamente se consiente sobre un

⁵² Díaz, Robin. (2006). *Análisis del consentimiento en el contrato de tarjeta de crédito* [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 5.



objeto lícito.

3.2. El consentimiento en el derecho civil

Dentro de la rama del derecho civil, el elemento del consentimiento juega un papel medular para la celebración y suscripción de negocios jurídicos y contratos en particular. Por lo que, vale la pena mencionar unas breves consideraciones de esta rama en el presente análisis.

Aguilar comenta lo siguiente con relación al consentimiento: “es el requisito considerado como primordial, y con supremacía sobre los demás, es el elemento sobre el que más ha insistido, tanto la doctrina como la jurisprudencia y que ha ocupado el centro, tanto del contrato como del negocio jurídico en general, desde el abandono histórico del formalismo”.⁵³

Se coincide con lo anterior en concordancia a lo estipulado por el artículo 1251 del actual Código Civil guatemalteco, cuyo texto enumera y reconoce al consentimiento como un elemento indispensable para la celebración de cualquier negocio jurídico, y bajo la estricta regla de no adolecer de ningún tipo de vicio.

⁵³ Aguilar, Vladimir. (2004). *El negocio jurídico*. Guatemala: Ed. Serviprensa. Pág. 172.



Díez-Picazo agrega la siguiente definición sobre el consentimiento al entenderlo como: “el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran”.⁵⁴

Contreras añade que el consentimiento es “un acuerdo pleno, genuino, consiente y libre al que se le reconoce categoría de atadura lícita, exigible y eficaz [...] las partes son libres para atar su voluntad ya que nadie puede obligarlas a consentir, pero una vez atadas, no depende de su voluntad unilateral desligarse del convenio o pacto”.⁵⁵

La aproximación anterior resulta ilustrativa porque fundamenta y expone que el consentimiento se presta y brinda bajo condiciones de legalidad, licitud, exigibilidad y eficacia, desligándolo de cualquier vicio, error, dolo o violencia en contra de la voluntad de cualquiera de los sujetos.

Asimismo, reconoce que ninguna persona está obligada a consentir un negocio jurídico; sin embargo, tras hacerlo, la rescisión o anulación del mismo no puede estar supeditada a la exclusiva y unilateral decisión de una única persona.

⁵⁴ Díez-Picazo, Luis. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Ed. Civitas. Pág. 147.

⁵⁵ Contreras, Rubén. (2010). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Pág. 211.



En otras palabras, el consentimiento es un vínculo jurídico que es prestado bajo los intereses de dos o más particulares para obligarse y otorgarse derechos recíprocos en la dirección de un negocio jurídico lícito, y cuyo carácter es irrenunciable.

Se comparte y se cita la definición de consentimiento de García, por considerarla breve pero efectiva en la ontología y esencia del concepto: “El consentimiento lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad, provenientes de personas capaces, que pueden ser verbales o escritas, pero en todo caso claramente indubitables [...] El consentimiento consiste en la concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebren el contrato”.⁵⁶

3.3. El consentimiento sexual

A partir de una perspectiva específica en correlación a las relaciones sexuales, se entiende por consentimiento sexual como un acuerdo entre los participantes a tener relaciones sexuales.⁵⁷ También se le define como el derecho a sostener relaciones

⁵⁶ García, Silvia. (2014). *Implicaciones sociales que genera la violación al principio de consentimiento en la compraventa de datos personales* [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 65.

⁵⁷ <https://www.rainn.org/articles/como-es-el-consentimiento> (consultado el 20 de diciembre de 2022).



sexuales libres y sanas con la persona de su elección.⁵⁸

López y Pérez contemplan al consentimiento sexual como “un acuerdo para participar en una actividad sexual”.⁵⁹ Asimismo, también consideran que el consentimiento sexual debe presentar las siguientes características: Ser claro, o ser expresado mediante palabras o acciones que sean mutuamente comprensibles; ser coherente, o ser brindado por gente que no adolezca de ninguna incapacidad causada por drogas, alcohol o cualquier otro estupefaciente; ser voluntario, o ser prestado libremente y sin estar bajo presión y; ser continuo, u otorgarse en todo momento y paulatinamente.

Dichos elementos configuran una actitud activa dentro de las relaciones sexuales que implican un total control y voluntad para participar en dicho acto. Primero, porque la claridad en la acción elimina cualquier duda o sospecha sobre el consentimiento que prestan ambas o más personas. Es decir, aun sin mediar un tipo de violencia, el otorgamiento del consentimiento autoriza indubitavelmente que el sujeto aprueba ser sometido o someter a otro a participar en un encuentro sexual.

La coherencia es otro elemento que se entrelaza, debido a que una persona bajo los

⁵⁸ Nares, José. (2019). *Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual*. Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia, 4(12), 113-142. Epub 28 de agosto de 2020. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i12.214>

⁵⁹ López, Hernán. y Pérez, Alejandra. (2020). *Derechos sexuales y reproductivos*. Academia Judicial de Chile. Pág. 65.



efectos del alcohol o drogas no está en sus plenas facultades para tomar decisiones que normalmente no tomaría; o viceversa. Por lo que, se convierte en un aspecto clave para concretar el consentimiento de una persona.

Asimismo, y similar a la doctrina civilista citada anteriormente, el consentimiento se debe otorgar de forma voluntaria. Las implicaciones de esta afirmación nos comprueban que el error, dolo, coerción o amenaza anulan por completo el consentimiento por la realización de una actitud que normalmente y bajo condiciones estándares una persona no cometería. Es decir, el consentimiento nunca debe adolecer de vicios.

Finalmente, debe ser continuo. Esta aseveración responde a una necesidad de comprender y analizar el acto sexual en su conjunto. Ilustrativamente, se puede indicar un encuentro romántico, iniciando con leves caricias y demás acciones de índole amoroso, que desarrolla un acto mucho más íntimo en el que hay penetración sexual. Sin embargo, la sucesión de pasos que culminaron en un acceso carnal debió gozar de consentimiento debido a que el primer contacto físico no implica la autorización para mantener una relación sexual. Es decir, ambos o más personas deben haber consentido cada fase del encuentro sexual sin posibilidad de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de su pareja.

Este último punto es relevante porque el consentimiento en un ámbito sexual jamás



puede darse por sentado por circunstancias o hechos ajenos a la propia voluntad del sujeto. Sobre esta vertiente, el derecho civil se desentiende porque en la celebración de los negocios jurídicos es posible el consentimiento tácito como regula el artículo 1252 del Código Civil.

Por supuesto, el consentimiento sexual no implica necesariamente una respuesta expresa y verbal que faculte a la otra persona a conducir comportamientos sexuales determinados. Más bien, se trata de acciones mutuamente comprensibles en un contexto interpersonal que no son inherentes, pero pueden serlo, y que incluyan mensajes explícitos de un sujeto al otro.

No cabe duda que cuando una persona atenta contra la libertad y la indemnidad sexual de otra mediante el uso de la violencia física o psicológica, el consentimiento de la víctima está viciado y, por lo tanto, carente de toda voluntad para el acto sexual. Sin embargo, también es posible que el contexto en sí vicie o invalide el consentimiento de un sujeto durante un encuentro sexual.

En primer término, las personas que carezcan de capacidad volitiva o cognitiva no pueden prestar su consentimiento y el acceso carnal hacia ellos vulnera su indemnidad sexual debido a que no hay ningún rasgo ni señal de plena voluntad para participar en ese encuentro sexual.



Otro caso de mayor relevancia es el contexto en el que una persona sí es capaz de consentir, pero las circunstancias materiales y personales afectan directamente en su libertad de elegir. Por ejemplo, en el hipotético caso en que una persona es seguida o alcanzada por un grupo de posibles victimarios que, bajo el miedo y la razonabilidad de escoger un mal menor, no opone resistencia de ningún tipo y acepta participar en un acto sexual que, bajo condiciones ordinarias, no habría aprobado, también configura un vicio en su consentimiento.

Es decir, una víctima podría racionalizar el daño que va a sufrir hacia su libertad e indemnidad sexual, y no oponer resistencia antes de que existan signos de violencia. Esta conducta respondería a un sentido de supervivencia que el de resistirse y sufrir actos que le causen un daño mayor.

En el ejemplo anterior, no hay violencia de ningún tipo porque el victimario o el grupo de victimarios no necesitaron ejercer fuerza en contra de su víctima; sin embargo, la víctima indudablemente no brindó su voluntad con total libertad para ser partícipe de ese encuentro sexual.

Con relación al elemento del no consentimiento y el estado de las legislaciones, nos interesa citar lo que opina Pérez, en especial porque existe una diferenciación profunda



entre la política preventiva que han adoptado países que contemplan el consentimiento como requisito para un acto sexual legítimo y el abordaje por países de la región y de Guatemala.

Pérez considera que en varios países anglófonos se ha discutido a profundidad la inclusión del “no consentimiento” dentro del tipo penal de violación. Al respecto del caso de América Latina, añade lo siguiente: “El vocablo “consentimiento” tiene un lugar más bien secundario y, usualmente, tangencial. Se usa para definir, por oposición, la violación, delito cometido cuando se impone la cópula contra la voluntad de una persona a través del uso de la fuerza física o moral. El consentimiento sexual como fenómeno en sí mismo -y sus diversas manifestaciones- es un campo de investigación poco explorado”.⁶⁰

Para concluir, y tras todo lo comentado y considerado, se puede entender al consentimiento sexual como la libre disposición en las elecciones de una persona respecto a los actos y comportamientos de naturaleza sexual que permita cometer o que se cometa hacia ella misma, y que vela por la protección de su libertad e indemnidad sexual.

Por otro lado, el no consentimiento puede ser entendido como la vulneración a la libre

⁶⁰ Pérez, Yolínzltli. (2016). *Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género*. Revista mexicana de sociología, 78(4), 741-767. Recuperado en 19 de junio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741&lng=es&tlng=es.



voluntad de una persona cuando un acto o comportamiento de naturaleza sexual se cometa en su contra, y cuyas condiciones materiales no permiten deducir que fue aceptado explícitamente o mediante actitudes positivas.

Ambos son conceptos trascendentes en la presente investigación para el análisis que permita aclarar si deberían ser incorporados al tipo penal de violación en la legislación guatemalteca y adecuarlo a los estándares más modernos de los países que se han citado anteriormente.





CAPÍTULO IV

4. Análisis de las ventajas y desventajas del elemento de no consentimiento en el tipo penal de violación

Pese a centrar y basar la presente investigación en recomendar una reforma penal, cabe mencionar cada ventaja y desventaja del elemento de no consentimiento presentado en los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual con el fin de exponer claramente sus alcances y límites.

4.1. Ventajas del elemento de no consentimiento

En primer término, el consentimiento es un concepto jurídico investido de gran relevancia para la determinación del pleno goce de los derechos sexuales de libertad e indemnidad de cada habitante. Como se ha expuesto anteriormente, el consentimiento es una manifestación y ejercicio de una actitud que transmite inequívocamente la voluntad del sujeto.

Por lo tanto, su inclusión al tipo penal de violación supone el reconocimiento de lo que la víctima desea o reprueba en las prácticas sexuales que realiza o en las que se le obliga a realizar.



La praxis ha demostrado que una violación puede consumarse incluso sin mediar violencia o agresiones físicas. López, citando a Corcoy Bidasolo, encuadra esta situación en lo que denomina “contextos intimidatorios difusos o intimidación ambiental”, de la siguiente manera: “situaciones en las que sin haber mediado una amenaza explícita, la víctima estima que existen razones suficientes para creer poder sufrir cualquier tipo de daño o lesión sobre su persona, de no actuar conforme a la voluntad del autor”.⁶¹

Es decir, es posible que una persona atente contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima sin ejercer violencia cuando, a instancia del contexto y de las intenciones del agresor, se puede deducir que obedecer al victimario supone un daño o lesión de menor grado a oponerse contra la agresión.

Este punto fortalece el bien jurídico tutelado, ya que el consentimiento dispone de una medida de seguridad jurídica para proteger a las personas de actos similares al que fue descrito anteriormente.

El actual delito de violación dentro de la legislación penal guatemalteca resulta insuficiente para contemplar esta situación. El supuesto de ejercer violencia física o

⁶¹ <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/274491/retrieve> (consultado el 26 de diciembre de 2022).

psicológica no puede analizar actos en los que una víctima no sufra de ninguna de ellas pero en los que no preste su voluntad para participar en una relación sexual.

Otra ventaja al consentimiento es el empoderamiento y toma de decisión en la vida sexual de cada individuo. En contraposición a la actitud pasiva que ofrece el delito de violación vigente, el consentimiento presupone una actitud activa mediante la cual se ejerce un derecho reconocido constitucionalmente.

La libertad e indemnidad sexual de los habitantes no puede ser vista únicamente mediante la no interferencia violenta en contra de sí; sino, debe también brindársele un claro e indudable ejercicio mediante acciones positivas que, en caso contrario, debe tipificar un acto ilícito.

Dicho ejercicio se debe prestar antes de que el acto sexual se cometa e independiente de cualquier clase de vicios. De esta manera, el Estado, en su papel de ente garante de la dignidad humana, puede asegurarse que cualquier acción en contra de la plena libertad e indemnidad sexual de sus habitantes sea perseguible penalmente.

Por último, cabe señalar los casos en los cuales la víctima, en contraposición a sus agresores, desiste de cualquier resistencia por racionalizar que la violación es inevitable.

Es decir, en situaciones que lógicamente presentan una dificultad de tan elevado grado que no le permite a la víctima tomar una postura distinta, lesionando su libertad e indemnidad sexual.

A modo de ejemplo, una persona puede enfrentarse a un grupo de individuos en un contexto que se entienda peligroso. En tal escenario, la víctima no presentaría resistencia ni negativa a las solicitudes de sus victimarios porque el contexto en sí condiciona que la violación es un acto inevitable, en el que no puede expresar su rechazo.

Por lo que, el consentimiento es un elemento indispensable para la correcta aplicación y prevención de la política criminal en materia de libertad e indemnidad sexual, ya que aglomera supuestos y casos que la actual legislación guatemalteca no puede resolver, y que son relevantes para la vida social y para el derecho penal.

4.2. Desventajas del elemento de no consentimiento

Al centrar el estudio de cada caso concreto en el no consentimiento de la víctima y en colocar a la violencia como un aspecto secundario o accesorio, se presenta una dificultad mayor para los órganos jurisdiccionales y competentes en su labor de tipificar las acciones que estén siendo perseguidas penalmente.

Se ha expuesto anteriormente que los contextos intimidatorios difusos o intimidación ambiental son susceptibles de mostrarse en un caso concreto y es tarea del juez o tribunal valorar este punto para encuadrar la acción que esté siendo perseguida por el ente competente.

Sin embargo, los contextos intimidatorios difusos exhiben un grado más elevado de dificultad para el órgano jurisdiccional porque supone un examen y una valoración de las pruebas más exhaustivo y meticuloso.

En contraposición al tipo penal de violación actual, la valoración de los medios de prueba puede ser más directa y requerir menos diligencias por parte del juez o tribunal debido a su naturaleza y a los peritajes que demuestran mediante criterios objetivos y científicos el acceso carnal mediante el uso de la violencia.

Aun así, esta desventaja no demerita en nada a las ventajas que acompañarían el elemento del no consentimiento, porque justamente es la tarea de los órganos jurisdiccionales competentes en el territorio el acceso e impartición de la pronta justicia.

El Código Procesal Penal guatemalteco está revestido de las herramientas y normas

jurídicas aplicables que deben utilizarse en la valoración de los medios de prueba, por lo que el uso de la sana crítica razonada como sistema debe encaminar a que jueces y tribunales fallen en concordancia a los principios del derecho penal y de conformidad a los medios de prueba lícitos debidamente presentados y aportados para cada caso concreto.

Otra desventaja que presentan tanto la violencia como el no consentimiento es el límite de aplicación para casos concretos especializados. El primero únicamente es aplicable en situaciones en las que hubo acceso carnal de cualquier tipo mediante el uso de la violencia física o psicológica, ignorando la voluntad de la víctima; y el segundo, aplicable a los asuntos demostrables de no haber sido consentidos previo a la comisión del acto.

Sin embargo, llama la atención lo comentado por Pérez respecto a lo siguiente: “El problema central consiste en afirmar la dicotomía entre consentimiento y violencia como términos excluyentes. Si admitimos que consentir, en realidad, puede ser producto de relaciones de poder, deberíamos aceptar que la relación entre ambos es más compleja. Mecanismos más o menos sutiles de dominación conducen a que se acepten relaciones sexuales que no se desean”.⁶²

⁶² Pérez, Yolíniztli. (2017). *California define qué es “consentimiento sexual”*. Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, (25), pág. 128.

El argumento de Pérez más importante son las relaciones sexuales consentidas pero que no se desean. En su artículo, la autora fundamenta que el consentimiento se contrapone a la violencia como criterio moderno para salvaguardar la libertad indemnidad sexual de víctimas potenciales.

Sin embargo, la práctica y vida social vislumbran que hay comportamientos, acciones y aptitudes en las que una persona, a favor de su pareja o de otra persona, cede a su voluntad para participar en actos sexuales pese a no desear hacerlo. Sin mediación de violencia, pero con consentimiento, estas personas actúan con el fin de conciliar o satisfacer los placeres de sus parejas.

Esta hipótesis presenta un paradigma porque genera conflictividad y dudas acerca del deseo sexual como un nuevo criterio que pueda incluirse en la protección de la libertad e indemnidad sexual de las personas.

En una primera fase, la violencia presenta una clara evidencia de la vulneración a la libertad de la víctima; y en una segunda fase, el consentimiento media como la voluntad de una persona en participar o no en determinada práctica sexual, con una determinada persona o más, y en un contexto manifiestamente delimitado. Pero el deseo sexual podría presentarse en un nuevo panorama que valore una completa determinación personal del individuo quien, producido por sus propios motivos, permite el acceso carnal



en cualquiera de sus posiciones de actor.

Pérez elabora el siguiente argumento: “El acceso legítimo al cuerpo de las mujeres a través de su propio consentimiento (supuesto o efectivo), legitima jurídica, subjetiva y socioculturalmente la práctica sexual al tiempo que exime de responsabilidad al receptor del mismo y descarga en la emisora el peso de “sus decisiones””.⁶³

Evidentemente, se genera un paradigma que el elemento del no consentimiento desconoce dentro de su examen y análisis. Ceder a un acto sexual o prestar la voluntad para que ocurra desmerita cualquier tipo de responsabilidad que el autor.

Se considera que los actos sexuales no deseados pero consentidos es un tema complejo, poco explorado y que una nueva investigación debería resolver. Pero, con los fines del presente trabajo, se comentará que, de momento, el elemento del no consentimiento es lo suficientemente novedoso, moderno, apto y recomendable para que se modifique la legislación nacional como a continuación se describirá.

4.3. Análisis y recomendaciones para un nuevo tipo penal de violación

⁶³ Pérez, Y. (2017). Op. cit. pág. 129.



El Código Penal guatemalteco regula el delito de violación de la siguiente manera: “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse los a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años [...]”.

De conformidad a todos los argumentos y análisis expuestos, respondiendo a una mayor necesidad por velar plenamente por la libertad e indemnidad sexual de las personas y modernizando el tipo penal a los estándares más avanzados, el delito de violación podría tipificarse de la siguiente manera: Quien, sin el razonable consentimiento de la otra persona, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años [...].

Delimitar que el consentimiento no sea razonable ni voluntario es vital para establecer dos puntos que se ha comentado: Primero, que existen signos, señales y comportamientos que no son explícito y que suponen consentir un acto sexual y; segundo, que para el acceso carnal legítimo y legal, es menester contar con la aprobación de la otra persona.

Adicionalmente, se limita a regular cualquier conducta que se refiera al acceso carnal,



sea mediante el cuerpo humano como también con algún objeto o herramienta. Una reforma de esta naturaleza perfectamente puede adoptarse a más conductas delictivas en las que se pueda sustituir la violencia por el no consentimiento; sin embargo, el presente trabajo se restringe a aplicarlo únicamente al delito de violación.

Por último, llama la atención el siguiente fragmento: “u obligue a la otra persona a introducirse a sí misma”. Ese supuesto fue suprimido en la recomendación del tipo penal de este trabajo porque el hecho de estar obligado por otra persona, sea mediante violencia como sin ella, ya supone una lesión a la voluntad y consentimiento de la persona quien es vulnerada en su libertad e indemnidad sexual. Su inclusión resultaría redundante.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se identificó precisamente la problemática en la legislación penal guatemalteca debido a la inoperancia del elemento de no consentimiento dentro del tipo penal de violación regulado en el Código Penal. De conformidad a todos los beneficios y avances que aportaría su incorporación a la investigación penal, es menester realizar reformas a la ley penal para que se contemple su análisis en cada caso concreto, debido a que es deber del Estado de Guatemala velar por la libertad sexual y la indemnidad sexual de todos sus habitantes.

El nuevo tipo penal demostraría que hay situaciones en las que posibles víctimas no han aceptado o acordado practicar determinadas prácticas sexuales con ciertos individuos en el modo y lugar ocurridos, brindándoles una amplia y sólida seguridad jurídica para restablecer el goce de sus derechos sexuales y reproductivos.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Vladimir. (2004). **El negocio jurídico**. Guatemala: Ed. Serviprensa.

AMUCHATEGUI, Griselda. (2001). **Derecho Penal**. Oxford University Press.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal, Parte General**. Editorial Temis, S. A.

BARRIOS, Ana. (2017). **Historia del derecho penal guatemalteco** [Tesis de licenciatura]. Universidad Rafael Landívar.

BUSTOS, Manuel. (1986). **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**. Editorial Ariel.

COBOS DEL ROSAL, Miguel y VIVES ANTÓN, Tomás. **Derecho Penal**. Tirant lo Blanch.

CONTRERAS, Rubén. (2010). **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar.

CREUS, Carlos. (1990). **Derecho Penal Parte General**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

DE LEÓN, Héctor y DE MATA, José. (2004). **Derecho penal guatemalteco**. Editorial Estudiantil Fénix.



DÍAZ, Robin. (2006). **Análisis del consentimiento en el contrato de tarjeta de crédito** [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala.

DÍEZ-PICAZO, Luis. (1993). **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Madrid: Ed. Civitas.

DUQUE, Zoila. (2011). **La falta de protección de los derechos humanos hacia las víctimas de delitos contra la libertad sexual durante el proceso penal** [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala.

FONTÁN, Carlos. (1995). **Tratado de Derecho Penal Tomo I**. Abeledo-Perrot.

GARCÍA, Silvia. (2014). **Implicaciones sociales que genera la violación al principio de consentimiento en la compraventa de datos personales** [Tesis de licenciatura]. Universidad de San Carlos de Guatemala.

<https://dle.rae.es/consentimiento> (consultado el 12 de diciembre de 2022).

<https://dpej.rae.es/lema/jurisdicción-universal> (consultado el 7 de agosto de 2022).

<https://dpej.rae.es/lema/principio-de-legalidad> (consultado el 7 de agosto de 2022).

<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/274491/retrieve> (consultado el 26 de diciembre de 2022).

<https://rm.coe.int/1680462543> (consultado el 9 de diciembre de 2022).



<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=1#tp>
(consultado el 9 de diciembre de 2022).

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=82671> (consultado el 7 de diciembre de 2022).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf (consultado el 17 de abril de 2022).

<https://www.rainn.org/articles/como-es-el-consentimiento> (consultado el 20 de diciembre de 2022).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1964). **Tratado de Derecho Penal, Tomo I**. Editorial Losada, S. A.

LÓPEZ, Hernán y PÉREZ, Alejandra. (2020). **Derechos sexuales y reproductivos**. Academia Judicial de Chile.

MAURACH, Reinhart. (1994). **Derecho Penal, parte general**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Bibliográfica Argentina.

MIR, Santiago. (1990). **Derecho penal, parte general**. Editorial PPU.



MUÑOZ, Francisco. (1999). **Derecho Penal. Parte Especial.** Tirant lo Blanch.

MUÑOZ, Francisco. (2010). **Derecho Penal. Parte General.** Tirant lo Blanch.

NARES, José. (2019). **Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual.** Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia, 4(12), 113-142. Epub 28 de agosto de 2020.<https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i12.214>.

NÚÑEZ, Ricardo. (1977). **Manual de derecho penal, parte general.** Marcos Lerner Editora Córdoba.

ORTS, Enrique y SUÁREZ-MIRA, Carlos. (2001). **Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.** Editorial Tirant Lo Blanch.

PAVÓN, Francisco. (1982). **Manual de derecho penal mexicano.** Editorial Porrúa, S. A.

PÉREZ, Yolíniztli. (2016). **Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género.** Revista mexicana de sociología, 78(4), 741-767. Recuperado en 19 de junio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741&lng=es&tlng=es.

PÉREZ, Yolíniztli. (2017). **California define qué es “consentimiento sexual”.** Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, (25).

REZZONICO, Luis. **Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil;** volumen I.



ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I.** Civitas.

SAUER, Guillermo. (1956). **Derecho Penal, parte general.** BOSCH Casa Editorial.

TREJO, Miguel. (1992). **Manual de derecho penal, parte general.** Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial.

VERGES, Lara. (2019). **Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales.**

ZAFFARONI, Eugenio. (1987). **Tratado de derecho penal, parte general.** EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

ZECEÑA, Oscar. (1948). **Derecho Penal Moderno.** Unión Tipográfica.

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 Civil, Decreto Ley Número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.



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

https://www.ohchr.org/sites/default/files/cat_SP.pdf (consultado el 7 de agosto de 2022).