

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



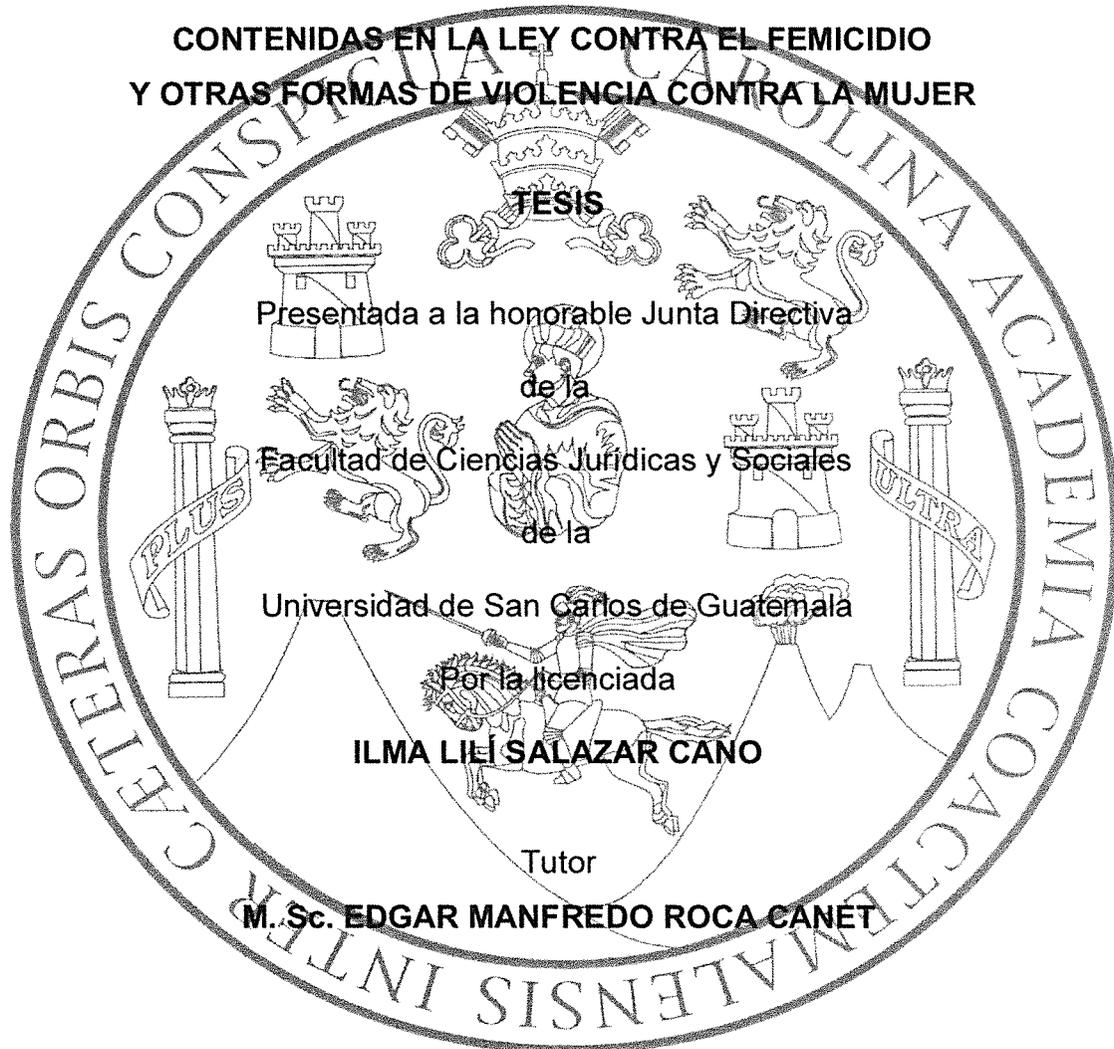
**ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES
CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO
Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

LCDA. ILMA LILÍ SALAZAR CANO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2024

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

**ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES
CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO
Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

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

Guatemala, agosto 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

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

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

PRESIDENTA: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Erick Noe López García
SECRETARIO: M.Sc. Edgar Manfredo Roca Canet

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

Guatemala, 6 de marzo del 2024.

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.
Director de la Escuela de Estudios de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Director:

De manera atenta me dirijo a usted, en atención al nombramiento recaído en mi persona mediante providencia emitida bajo el número: RES. D.E.E.P. D. P. 140 -2023, de fecha, doce de octubre de dos mil veintitrés, mediante la cual se me designa tutor del trabajo de tesis intitulado: **"ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER"**, realizado por la estudiante **ILMA LILÍ SALAZAR CANO**, dentro de la maestría en Derecho Penal y para el efecto informo a usted lo siguiente:

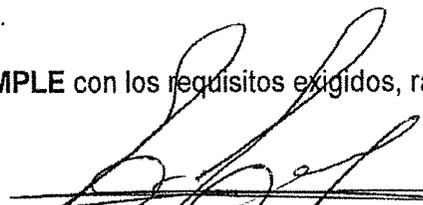
Se realizó una tutoría y revisión profunda y exhaustiva del trabajo de investigación realizado por la estudiante **ILMA LILÍ SALAZAR CANO**, por lo que se establece que en su realización y redacción se utilizó un lenguaje técnico y jurídico acorde al tema abordado y de conformidad con lo estipulado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Del estudio y análisis de su contenido, se establece que el problema trazado responde a una inquietud aún no resuelta en el estado del arte actual, por lo que las hipótesis formuladas responden a esas interrogantes de una manera objetiva y concreta, lográndose probar su contenido y el aporte científico que arroja resulta novedoso para los estudiosos del Derecho Penal, ya que la autora llevó a cabo un análisis crítico de fondo de los factores endógenos y exógenos, que se suscitan en la práctica y Dogmática Penal actual, concluyendo sobre los factores de orden jurídico que deben imperiosamente ser observados por el juez de sentencia penal al aplicar las agravantes específicas reguladas en la Ley de Femicidio y Otras formas de Violencia Contra la Mujer al momento de fijarse las penas respectivas para los ilícitos penales allí contenidos.

Lo cual se logró a través de la formulación de objetivos debidamente establecidos, lo que permite una relación coherente y lógica entre el planteamiento del problema, la formulación de las hipótesis y las conclusiones a que arriba **ILMA LILÍ SALAZAR CANO**, por lo que en su ejecución se observó la metodología científica adecuada y las disposiciones técnicas y doctrinarias aplicadas fueron las correctas.

Por lo que la investigación de mérito, **CUMPLE** con los requisitos exigidos, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente.



Maestro. Edgar Manfredo Roca Canet
Tutor del Trabajo de Tesis



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 5 de agosto de 2024

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintidós de julio de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; asimismo, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la licenciada: **ILMA LILÍ SALAZAR CANO**, de la **Maestría en Derecho Penal**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje, tecnicismos y neologismos de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, la sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología –APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 23 de septiembre del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada Ilma Lili Salazar Cano, aprobó el examen privado de Tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 54-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulada **“ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTACIAS AGRAVANTES CONTENIDAS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

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



DEDICATORIA

A MIS HIJOS:

Oliveri Carlos Manuel, Willy Eduardo y Kathya Lili, quienes me inspiran a cumplir mis sueños y metas. Oro porque a medida que crezcan, cumplan sus metas y que su preparación les lleve a ser mejores personas, con calidad humana y que en su corazón exista siempre la gratitud a nuestro buen Dios, quien nos da la sabiduría y la inteligencia para crecer en todas las áreas de nuestra vida.

A MIS VISIONARIOS PADRES:

Manuel Salazar y María Catalina Cano, por ser los pioneros de mi educación.

A MI ESPOSO:

Oliveri García, por animarme siempre y apoyar mis proyectos.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Por estar siempre.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, a la cual debo mi educación superior.

A:

Mis docentes en este posgrado, por sus valiosos conocimientos y experiencias compartidas.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Tipos penales contemplados en la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer	1
1.1. Teoría del tipo penal	1
1.1.1. El desarrollo de la teoría del tipo	1
1.1.2. La neutralidad valorativa del tipo penal	2
1.2. El feminicidio o femicidio	7
1.2.1. Apreciación doctrinal	7
1.2.2. Concepción básica del femicidio	13
1.2.3. Formas de feminicidios en diferentes escenarios	16
1.2.4. Diferencia entre femicidio y feminicidio	25
1.3. Integralidad del Código Penal	26
1.4. Los delitos de violencia contra la mujer, violencia económica para establecer el sujeto activo	28
1.5. Tipo penal de violencia contra la mujer	33
1.6. La integralidad de la ley contra femicidio y los tipos penales de violencia contra la mujer y violencia económica en el Código Penal y otras leyes	35

CAPÍTULO II

2. Justicia especializada para las mujeres en el marco del sistema interamericano y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos	39
2.1. Normas y estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos, cuando son víctimas de violencia	39
2.2. Obligación de debida diligencia	41
2.3. Debida diligencia y acceso a la protección judicial	55
2.4. Violencia y discriminación	62



2.5. El deber de revisión de normas, prácticas y políticas discriminatorias 69

2.6. Debida diligencia y medidas positivas contra la discriminación 81

CAPÍTULO III

3. La pena 87

3.1. Generalidades de la pena en el derecho..... 87

3.2. Teoría de la pena 99

3.3. Principios que informan a la pena 111

3.4. Legalidad en sentido formal 116

3.5. Legalidad en sentido material 118

3.6. Penología 121

CAPÍTULO IV

4. Análisis de la aplicación de las circunstancias agravantes contenidas en la Ley
contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer 127

4.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal 127

4.2. Circunstancias agravantes contempladas en el Artículo 10 de la Ley contra
el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer 134

4.3. Circunstancias agravantes en la legislación penal sustantiva en el Decreto
17-73 136

4.4. La exclusión de agravantes 139

4.5. Concurso aparente de normas 141

4.6. Antinomia jurídica 145

4.7. Principio de especialidad de la normativa 148

CONCLUSIÓN 155

BIBLIOGRAFÍA 157



INTRODUCCIÓN

Es pertinente resaltar que la presente investigación está revestida de importancia derivado de la garantía constitucional de proteger a la persona y a la familia, de proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas, y alcanzar la justicia. Guatemala es parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mismas que dieron origen a la actual Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto número 22-2008 del Congreso de la República, y de la necesidad de garantizarle a las mujeres, niñas, adolescentes y adultas, el goce y disfrute de sus derechos humanos y asegurar que tengan una vida libre de violencia.

Se ha venido aplicando la referida ley que contiene las figuras penales de femicidio y violencia contra la mujer en sus manifestaciones física, psicológica, sexual y económica, contemplando las sanciones para cada uno de los tipos penales allí descritos; sin embargo, en el Artículo 10 de la referida ley, aparecen reguladas las circunstancias agravantes.

Al referirse a circunstancias agravantes, inmediatamente se piensa en que si las mismas son modificativas de la responsabilidad penal, al momento de la fijación de la pena, y si son de aplicación al momento de dictar el fallo, pues no obstante es una ley especializada, también lo es que la ley penal sustantiva ha contemplado las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 27 del Código Penal, será que



debemos regirnos entonces por el principio de especialidad, que implica la preferente aplicación de la norma especial sobre la general.

De lo anterior, surge la duda en relación con la aplicación de las circunstancias agravantes en una sentencia que provenga del tribunal especializado y, en todo caso, cuáles de las circunstancias agravantes son aplicables cuando se ha establecido que las circunstancias agravantes, en la mayoría de los casos, son incluidas en la plataforma fiscal; aunque pocas veces discutidas en la etapa intermedia, sí pueden llegar a discutirse en el juicio oral y público, y en algunas ocasiones ni se discuten, pero se aprecian al momento de establecer la responsabilidad penal del acusado y pasar inmediatamente al momento de la fijación de la pena, que es donde adquieren vida estas circunstancias agravantes.

Queda la duda si esas circunstancias agravantes contenidas en ese Artículo 10 de la ley especializada, son de aplicabilidad en concurso con las contenidas en el Artículo 27 del Código Penal, por lo tanto, es importante investigar su aplicación y si los tribunales especializados han utilizado estas circunstancias agravantes al momento de emitir el fallo, así como si las mismas no contrarían el Artículo 29 del Código Penal.

Ante esta antonimia, ha existido un razonamiento:

En la justicia especializada en materia de género, las circunstancias que agravan la responsabilidad penal son las contenidas en el Artículo 27 del Código Penal, mientras que el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer constituye únicamente el prisma desde el cual las



primeras deben ser entendidas. (Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 2016, s. p.)

Ante este aparente concurso de leyes, se realizó la presente investigación haciendo un análisis de la razón de ser y de la aplicación de esas circunstancias agravantes que están establecidas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer.

La investigación tiene su enfoque a nivel jurídico y fáctico, pues existe un problema que es necesario investigar, el cual radica en la aplicación de las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, si las mismas deben de tomarse como circunstancias que en determinado momento puedan agravar la pena o, si por el contrario, las que deben aplicarse son las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 27 del Código Penal; asimismo, analizar el contenido de esas circunstancias agravantes contempladas en la ley especializada y si las mismas contravienen el Artículo 29 del Código Penal.

De las consideraciones anteriores surge la pregunta generadora (que será resuelta en la conclusión sobre la verificación de la hipótesis): ¿las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, son aplicables al momento de dictar un fallo por parte del tribunal de sentencia especializado, o por el contrario, son las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 27 del Código Penal, de aplicación general a todos los tipos penales, independientemente de que estén contemplados en leyes especiales?



CAPÍTULO I

1. Tipos penales contemplados en la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer

1.1. Teoría del tipo penal

1.1.1. El desarrollo de la teoría del tipo

Se concentra este apartado, en hacer un análisis sintético de las principales valoraciones que ha hecho el famoso autor penalista Claus Roxin, en su famosa obra *Teoría del tipo penal*. Así, para alcanzar un conocimiento claro de la significación dogmática de las nuevas concepciones que aborda Welzel (s. f.) con respecto del edificio teórico de la parte general y en especial para la teoría del tipo penal:

Es preciso considerarlas en su desarrollo histórico. Naturalmente, no puede constituir una tarea de este trabajo -dedicado a una cuestión específica- la exposición de la historia de la teoría del tipo (...). Tendremos que conformarnos con un panorama restringido y simplificado que se limite a lo esencial. Al distinguir diversas etapas de desarrollo somos conscientes del hecho de que ello es solo un medio auxiliar de la exposición del tema y de que, en realidad, el pasaje de unas concepciones a otras tiene un carácter fluido. (s. p.)

Asimismo, del hecho de que las teorías correspondientes a cada etapa de la evolución a menudo se superponen temporalmente, bajo tales reservas es posible apreciar en la historia de la teoría del tipo penal valorativamente neutro.



Beling elaboró por vez primera el concepto de tipo una exposición de significado claramente independiente frente a la antijuricidad y a la culpabilidad. De esta forma se convirtió en el fundador de la moderna teoría del tipo. A él se conecta todo el desarrollo posterior, según la concepción de Beling -citado por Roxin-, el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito.

El tipo penal es objetivo y valorativamente neutral. Ambas características requieren una breve aclaración, por ejemplo, con respecto de la objetividad del tipo penal, pues significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.

1.1.2. La neutralidad valorativa del tipo penal

En palabras de Roxin (1979), ya citado, el tipo es “puramente descriptivo; las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más (...) En el tipo penal no se da juicio de valor alguno” (p. 57). Estas y otras formulaciones de Beling condujeron en su tiempo a malentendidos.

Precisamente para la teoría de los tipos abiertos resulta aquí de importancia hacer una doble distinción. Con la expresión el tipo es valorativamente neutral, puede afirmarse, en primer lugar, que el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador. Este es el sentido en el cual Beling entendió la neutralidad valorativa. La comprobación de que alguien ha realizado un tipo penal, no constituye todavía un cargo. La investigación de la tipicidad se mantiene en un terreno estrictamente neutral.



En el tipo penal mismo no se reconoce una significación jurídica. El tipo es “puro con respecto a los momentos de antijuricidad, con lo cual se quiere decir que en él no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción. La comprobación de que alguien ha matado a otro no permite deducir consecuencias respecto de la antijuricidad de la acción; por cierto, que la acción pudo ser realizada en defensa necesaria, en guerra, o ser la acción de un verdugo.

Sin duda que también Beling habla de que la realización del tipo podría ser un indicio de la antijuricidad; con tal afirmación solo quiere expresarse que una acción típica en muchos casos puede también ser antijurídica, pero no que la comprobación de la tipicidad contenga ya la valoración del hecho como antijurídico o que la indique.

Beling mantiene esta posición inclusive allí donde a primera vista parecería insostenible. El punto de vista de Beling es aquí especialmente instructivo, ya que Welzel entiende que el tipo importa un “tipo abierto”. Al contrario que opina Welzel, para Beling es obvio que la “adecuación al derecho del ejercicio del cargo” pertenece al tipo penal de mérito.

Sin embargo, opina que la comprobación de que alguien “ha resistido a un funcionario que obraba en legítimo ejercicio de su cargo” no contiene aún una valoración jurídica del hecho, dado que quien se resiste podría haberlo hecho en un estado de necesidad supra legal.

Pero con la “neutralidad valorativa” del tipo no solo se quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez. El tipo es valorativamente neutro, en este sentido, cuando todos los elementos contenidos en el ámbito del ser. El



juez solo debe comprobarlos sin necesidad de valorar. Tal concepto de tipo penal "se designa hoy como descriptivo", mientras que todos los elementos que requieren una valoración judicial para su determinación se caracterizan como "normativos".

Aunque Beling mismo ha llamado a su concepto del tipo penal "puramente descriptivo", no ha entendido estas expresiones en el sentido de neutralidad- respecto de las valoraciones judiciales. Más tarde ha escrito Beling -seguido por Roxin- que "puramente descriptivo" solo quiere decir "que un comportamiento humano no resulta normado como antijurídico por el tipo penal".

Con respecto de la cuestión de si el tipo contiene elementos normativos, es evidente que Beling no pudo tomar posición, ya que la calidad de las circunstancias de hecho en aquel tiempo no había sido todavía descubierta. Beling no tuvo dudas de que los elementos hoy considerados "normativos" forman parte del tipo penal; más tarde lo reconoció expresamente.

Por cierto que en el tratamiento del error de subsunción se acerca a la concepción de que el tipo tiene. Pero de tales afirmaciones no puede deducirse una clave profunda; Beling no pudo ser consciente en ese tiempo de la imprecisión de la expresión; solo quiso decir que no es posible exigir al autor una subsunción jurídicamente exacta, lo cual, por lo demás, es hoy reconocido.

Con respecto del descubrimiento de los elementos normativos, la teoría del tipo penal tuvo un significativo impulso como consecuencia del descubrimiento de los elementos normativos del tipo hecha por Max Ernst Mayer. De todos modos, M. E. Mayer,



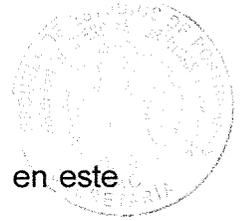
analizado por Roxin, no alcanzó todavía a separarse de la posición de Beling en forma completa.

Por ese motivo, tuvo que pagar sus nuevos conocimientos con la pérdida del carácter unitario de su concepción del tipo, como lo demuestra el panorama siguiente. En la concepción del tipo penal de Mayer hay que distinguir la regla de la excepción. Por lo general el tipo es valorativamente neutro. Aunque Mayer no lo expresa claramente, por oposición a Beling, utiliza la expresión en ambos sentidos arriba comentados. Él cree, aparentemente, seguir las huellas de Beling, sin tomar en cuenta que amplía el concepto de neutralidad valorativa.

El tipo es ante todo neutral desde el punto de vista de la valoración del legislador. Solo la antijuricidad expresa un juicio de valor de parte del legislador. Ella debe separarse claramente del tipo, Mayer subraya con mayor precisión que Beling, el carácter indiciario del tipo penal con "relación a la antijuricidad y su carácter de más importante fundamento para su conocimiento".

El tipo guarda respecto de la antijuricidad la misma relación que el humo con el fuego: El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego. El tipo es, también, sin embargo, básicamente libre de elementos que requieren una valoración judicial.

En el estado alcanzado hoy el tipo es descriptivo, pues contiene solamente "elementos, cuya realización ocurren en el mundo exterior, o sea que sin ser perceptibles por medio de los sentidos" y que pueden, en consecuencia, ser comprobados mediante la



realización de un juicio cognitivo. El tipo penal de M. E. Mayer, podría decirse, en este sentido “más neutral” que el de Bebing.

La gran transformación surge de los elementos normativos del tipo. Ellos hacen vacilar por primera vez la teoría de la neutralidad valorativa del tipo penal. Mayer menciona como ejemplos la “ajenidad de una cosa, la “falsedad de un hecho, la “honestidad” de una joven, el ‘mal trato” y la “peligrosidad”.

Si ahora se expone en una clara sucesión, las argumentaciones de M. E. Mayer y se le agregan las correspondientes conectivas lógicas expresándolas escuetamente, se tendrá el siguiente desarrollo:

- a) Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos.
- b) Esta característica no se da en el caso de los elementos normativos: la ajenidad de una cosa o la honestidad de la joven no se las puede captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración.
- c) Las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuricidad.
- d) Por tanto, los elementos normativos son “auténticos elementos de la antijuricidad”. Ellos no denotan la antijuricidad, sino que la fundamentan; no son *ratio cognoscendi*, sino *ratio esendi* de la antijuricidad. Se trata de aquellos componentes del resultado antijurídico que solo tienen significación determinadora de un valor”.
- e) Estos elementos no solo entran exclusivamente en el campo de la antijuricidad, “pues sin duda la ley los computa entre las circunstancias de hecho que en estos



casos se trata, de todos modos, de elementos de la antijuricidad, resultan ser cuerpos extraños” dentro del tipo penal valorativamente neutro; por ese motivo se los designa como “elementos impropios del tipo penal”. “Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad”.

Claramente, puede verse cómo Mayer ha conectado las dos significaciones de neutralidad positiva, en sentido positivo y en sentido negativo, uno con otro en forma indisoluble: el hecho de que el tipo no sea puramente descriptivo significa que a la vez penetran en él elementos de la antijuricidad tornándose borrosos los límites de ambos conceptos. Se verá que la cuestión de la corrección de la concepción de Mayer tiene gran significación para la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico.

Sin embargo, Mayer permanece en la opinión de que los elementos normativos del tipo solo constituyen casos particulares. Los tipos penales tienen básicamente una función indiciaria. El carácter fundamental de lo injusto que poseen los elementos normativos, representa una excepción. Las opiniones de Mayer pueden ser atacadas en particular; su idea fundamental ha impulsado decididamente la teoría del tipo penal.

1.2. El feminicidio o femicidio

1.2.1. Apreciación doctrinal

La doctrina penal contemporánea, ha instaurado hoy el tipo penal de feminicidio, los fines de su regulación fijarían este acto como el más extremo y deleznable de los delitos, el cual se constituye mediante el asesinato de una mujer



ejecutado por un hombre empoderado, para discriminar la categoría femenina que posee su víctima. (Haro, 2019, s. p.).

Considerando, además, que, la muerte de la mujer ejercida por su agresor, revelaría predominio, sumisión, e impedimento del libre progreso de su personalidad, pues esos alcances del bien jurídico ya lesionados, fueron causa real de graves acciones circunstanciales que, presuponen la ubicación axiomática y básica de diversos modelos de comisión criminal, con el fin de ejercer un poder punitivo de acuerdo a sus agravantes en ella estipuladas.

En tal sentido, el feminicidio debe entenderse como la destrucción total y violenta de la vida de una mujer, solo por conllevar una frágil condición femenina, en mérito al abuso de poder del hombre. Siendo ello así, el feminicida causante de su acto sexista, cuya actitud atávica y libidinosa, residiría en la dominante minusvaloración de la fémina, que atañería a discriminar mujeres por razón de sexo, y la agresividad sañosa revestida de fiereza, para efectos de utilizarse en la acción feminicida.

Siguiendo a Haro (2019) en otro aporte, el exterminio cruel de la mujer a manos de su asesino también guarda simetría con la muerte causada por conductas uxoricidas, revelada bajo frecuentes actos sexuales tendientes de lujuria que, el autor preponderaba con excesivo impulso de agresividad contra la voluntad de su víctima. Sobre todo, si de aquellas acciones machistas dimana el ataque de violencia sexual, solo porque la mujer se oponía a la realización del coito habitual entre ambos. Siendo esencial que, se adjudique a ello, las pasiones con desorden y desenfreno, así como la



fuerte inclinación de voluntad hacia el deleite del sexo con gran vehemencia, que descargaría como un medio suficiente para alcanzar el tipo penal de feminicidio.

En tanto, todo acto de violencia sexual determinaría en el autor, ejercer coacción sobre la mujer, con el propósito de incitar su inclinación anormal en la conquista de su proceder sexual, lo que haría brotar el hecho punible, cuando se persuade a la víctima mediante impetuoso acto de seducción, especialmente si se sirve de añagaza o artimañas para obtener por la fuerza, relaciones sexuales con la mujer. Pudiendo en todo caso encontrar también en la víctima un negocio lucrativo de su acción, para obligar a la mujer al ejercicio sexual indeseable, esto es, coaccionada por un sujeto en calidad de proxeneta, que puede referirse a su pareja, expareja u otro vínculo exclusivo.

En síntesis, diría Haro (2019), los actos coitales sometidos a violencia en grado sumo, pueden ocasionarse como producto del hecho sexual bajo coacción o acoso del autor, donde la fuerza física impera de forma eficaz en el sometimiento de la víctima, para mermar su autoestima y ponerla en estado de indefensión, pues la preferencia de esta condición sería aprovechable en la facilidad del ultraje y la cópula violenta en contra de su voluntad.

Por eso, hoy, la teoría del delito feminicida es la creación de la doctrina jurídico penal, que constituye un tratamiento especial del innovado paradigma jurídico, toda vez que, se sujeta como vinculante de prevención, para evitar riesgos criminales, e insertar una subsunción fáctica en el dogma del derecho penal. Esta tiene como objetivo teórico aquel conocimiento lógico de sus aplicaciones básicas, con fines de elaborar un



elemento esencial en el planteamiento de la teoría del hecho concreto, vinculada a las taxativas figuras del feminicidio.

De allí que sus distintas formas agravadas servirían en la adecuación de diversas escenas feminicidas donde se desarrolla la acción del autor, más cuando estas clases típicas contribuyen como auténticas herramientas propias del derecho penal, y por supuesto de la que dispone nuestro país, de cara a poder alcanzar a esos asesinos que hoy devastan la biografía femenina.

Además, debe proteger el principio de responsabilidad como presupuesto esencial de la pena incriminada, que permita aplicable imputación sobre los reales ejecutores del nuevo tipo penal, castigando sus actos punibles hasta con la condena máxima, sabiendo que, las penalidades aumentan según lo amerite, la grave modalidad ejercida por el autor del hecho.

De ello se advierte precisamente que todas las acciones previsibles son medios de preparación esenciales con fines de soslayar el delito misógino, y que el autor tiene la opción en todo caso de alcanzar su crimen, pero, pese a encontrarse señaladas en la Ley penal, este continúa con la adecuación de su conducta. En esta concepción, el delito de feminicidio puede definirse como violencia criminal ejercida por machismo que prevalece, el sexismo y la misoginia del hombre sobre cualquier mujer, hasta lesionar su vida.

Este acto homicida del autor, incidido sobre su víctima, se condiciona *sine qua non* por la categoría de su femineidad y su vulnerabilidad, pues lo trascendente de su resultado feminicida radica en la actitud del autor frente al hecho, utilizando para ello las figuras



de suma gravedad material, descritas en la Ley penal, con el objetivo concreto de incrementar su grave culpabilidad.

Entonces, tales actos germinados determinan para el autor el fundamento de su causalidad decisiva, en la forma de matar a la mujer bajo machismo y aversión. Lo que, hoy se traduce en la ley, como feminicidio, toda vez que, el *itercriminis* desarrollado por el asesino, procura de cara a su comportamiento criminal, desatar el poder y la ira, en todo momento con extrema crueldad, por el rechazo que reveló la mujer, hasta la consumación violenta de su vida. En esa percepción, validaría este sujeto, la inclusión de un extenso escenario criminal para alcanzar su acción, que encontraría vigencia en el hogar o fuera de él, incluso en su centro de trabajo, lugares desolados, entre otros.

En ese sentido puede, además, derivar de modo preciso, formas de especial envergadura en la muerte que ocasiona el autor, para cada espacio comprendido en su esfera, sobre todo, sí, en la Ley penal se fija al autor “por la forma de ejecución” del hecho, con las siguientes figuras del feminicidio: por violencia familiar, coacción, hostigamiento, por acoso sexual, por abuso de poder, abuso de confianza, por cualquier posición o relación que le confiera autoridad, por discriminación contra la mujer siempre que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia, cuando las víctimas se encuentren comprendidas en las circunstancias agravantes y, si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos/litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.



Así, otras figuras “por la condición de la víctima” alcanzan también al feminicida que causa la muerte bajo clasificación de víctimas sujetas a dominio, para facilitar su acto sobre mujeres que a continuación se detalla: menores de edad, adultas mayores, madres gestantes, las que se encuentren bajo cuidado o responsabilidad del agente, las sometidas previamente a violación sexual, las sometidas a previo acto de mutilación, las que tienen cualquier tipo de discapacidad, las sometidas para fines de trata de personas, las sometidas para cualquier tipo de explotación humana, cuando asesina en presencia de cualquier niña, niño o adolescente, y, por último, cuando concurra dos o más circunstancias agravantes.

En esa regla, la mujer pasible del delito o sujeto pasivo, sería alcanzada en eventos diversos por proyección feminicida de su autor, inclusive su índole o característica particular determinante en el hecho criminal, deberá ser reconocidas en la Ley, como: la cónyuge, acosada, abusada, coaccionada, discriminada, una adulta mayor, una menor de edad, gestante, sometida, protegida, mutilada, explotada, discapacitada, cuidadora, entre otras designaciones que, se insertan en los modelos de agravación y puedan identificar su calidad de víctima en el feminicidio.

Por ello, la prójima, esposa, parienta o mujer desconocida, que sufre el acaecer como causa del feminicidio, supone un esencial ente en la búsqueda del delito, pues su vínculo íntimo, individual o colectivo con el autor de la creación nefaria, sería acto relevante para su comisión, que, solo la dirige sin ponderaciones ni equivalencias privilegiadas, sino que lo imperante de la sustancia criminal se deberá únicamente al deseo por alcanzar a cualquiera de ellas.



El tipo de relación que la víctima sostiene con el autor, es precisado en la específica agravante del feminicidio, pues cada figura perpetrada sería castigada según corresponda su obrar. En ese accionar, el empleo de los modelos criminales o figuras del feminicidio se torna necesario y urgente, ya que ello revelaría sumo desprecio o tirria por alguna decepción sentimental con la mujer, y en tal acto precedente, proseguiría el cauce de su intención homicida, para alcanzar su fijación factual que abarcaría según su acto.

Este polémico juicio del ataque cruel de la mujer, designado feminicidio, puede también dividir a algunos escritores y juristas, debido al desacuerdo por la nueva incorporación del tipo penal, toda vez que se expresaría en dos posturas disimiles: los que están a favor y los que estaban en contra de la regulación del feminicidio.

1.2.2. Concepción básica del femicidio

La dicción femicidio, se aplica al igual que el feminicidio como una concepción clara e inteligible, para identificar únicamente los actos de violencia extrema contra la mujer por motivos de odio a su condición femenina hasta causarle la muerte, puede además vincularse con el término inglés “Gendercide” o “genericidio”, que contiene de forma especial “al género de las mujeres como personas más vulnerables”. (Haro, 2019, p. 34)

Lo cierto es que este término inglés nace del título de la obra literaria *Gendercide: The Implications of Sex Selection* (*Genericidio: las implicaciones de la selección de sexo*), de la autora Mary Anne Warren (1985), la cual publicó solo con el afán de fortalecer las obras de Diana Russel.



En el caso del Comité por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), este usa el término femicidio en los Informes sobre Honduras (2007) y Guatemala (2006), mientras que usa feminicidio para el informe sobre México (2006). El Comité de Expertas (CEVI) del MESECVI decidió transitoriamente utilizar la palabra femicidio hasta que se realice una consulta más amplia, concepción debe entenderse como estilo nuevo de neologismo, representado sin más, a la matanza definida de aquellas personas determinadas por un sexo en concreto.

Así, adosado a este término, fue creada además la expresión “viricidio”, en razón a aquellos asesinatos de hombres de edades distintas pertenecientes a las acciones bélicas, situados en la creencia exterminante de todo ser humano varón, capaz de ser alistado como combatiente de la facción contraria. Pero, en una postura más decisiva, debe admitirse con tal convicción que la expresión femicidio, se origina de la traducción en inglés “*femicide*” que surgió del libro *Femicide. The politics of woman killing (La política de matar mujeres)*, de las autoras Diana Russell y Jill Radford, para referirse al asesinato cruel de mujeres como causas de violencia extrema por su condición femenina, que se presenta sin justificación en algunos sectores del orbe, y en ese contexto, podría distinguirse como argumento de análisis social.

Por lo que se evidenciaría entonces con suma perspicuidad en aquella coyuntura, la clase de atacante, si se conoce que estos perpetradores directos son los cónyuges, excónyuges, sus parejas, exparejas o del entorno familiar, los acosadores, agresores sexuales y violadores, pues, en ese orden puede también encontrarse las víctimas mujeres que intervinieron en el acto para tratar de evitar la muerte de otra mujer, toda vez que, igualmente serían alcanzadas por el delito de feminicidio.



Cabe resaltar que en aquella obra se recoge además los antecedentes de las cacerías de brujas en los siglos XVI y XVII en Inglaterra, hasta nuestros días, pues en ella se revelaba las execrables acciones homicidas perpetradas contra menores de edad, niños, niñas adolescentes y mujeres adultas, ponderadas a título patriarcal dentro de la familia, donde el predominio del sometimiento de la mujer era vejado con suma violencia. Pudiendo a la vez considerar estos delitos de forma análoga con tales denominaciones como: genocidio, terrorismo de género o en todo caso, feminicidio serial, feminicidio lésbico, entre otros.

Posteriormente, después de un largo periodo de tiempo, Lagarde y de los Ríos (2006), propiciaría un examen detallado sobre el término femicidio, con el fin de traducirla como feminicidio, y poder difundirla en toda Latino América, lo cual crearía una crítica controvertida por dicho razonamiento básico que:

(...) en castellano femicidio es una voz análoga a homicidio y solo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, prefería la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones, a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad. (pp. 214-215)

Afirmando, sobre todo, que se trata de un exterminio contra mujeres y niñas, por motivos disímiles y precisaría al tipo penal de feminicidio como el concepto sustancial más acertado para su propuesto criterio.



1.2.3. Formas de feminicidios en diferentes escenarios

La exteriorización de nuevas formas de feminicidios, pone de manifiesto una gran clasificación universal que, se encuentra integrada en disímiles escenarios, situada por el proceder homicida del autor para seleccionar a su víctima y arremeter contra ella. Entendiendo que estos diseños criminales son admitidos por la doctrina penal, que de forma precisa estas se encuentran comprendidas en las modalidades de feminicidio, por el modo de ejecución y por la condición de la víctima, a fin de discurrir prueba suficiente sobre la relación marital formal y actual que mantienen ambos sujetos del delito, o en su defecto, para alcanzar otra conexión familiar o fuera de este contexto.

Se hace imprescindible aclarar que esas formas criminales de asesinato, se refieren a una clasificación especial, para determinar el escenario donde el autor llevaría a cabo la acción feminicida, ya sea en el ámbito familiar o íntimo, no familiar o no íntimo, y por conexión. Lo legítimo es que, aquellas acciones se recogen de la legislación comparada de Latinoamérica, que, se apreciará más adelante.

Sin embargo, conforme a ello impulsaría distinguir, el origen o procedencia concernientes al autor y las características de cada una de ellas, en las siguientes categorías:

a) Feminicidio en escenario familiar o íntimo

El delito de feminicidio por su naturaleza criminal relativo al asesinato de mujeres, condicionadas por su femineidad, puede además recoger en la doctrina, los hechos concretos que se ocasionen dentro del clan familiar, alcanzando fijar el vínculo de su



autor con quien la mujer mantuvo antes, durante o después del acto homicida. En ese razonamiento, sería vital reconocer, el ambiente criminal, la calidad y el linaje de su asesino, a fin de evidenciar de manera decisiva al esposo, ex esposo, conviviente, amante, pareja, novio, o relación afectiva con otro, de una progenie consanguínea, de afinidad con esta o un caso de adopción.

Con respecto del crimen en lo familiar, ello deberá entenderse, la muerte de una mujer bajo circunstancias grave que condicionan una concomitancia parental entre la víctima y su asesino. A este criterio, esta categoría feminicida incumbe un asesinato inhumano que, sufrió la mujer, por su vulnerable género femenino, al haber rechazado de forma precedente y rotunda, a su cónyuge, excónyuge, pareja, expareja, o con quien procreó una familia producto de esa relación, ejercido en escenario de dominio doméstico.

La aversión del autor con lazo intrafamiliar, se orienta en respuesta a la negativa en común de la mujer, para lograr consolidar su acción feminicida. El machismo que, revela el propio consorte u otro autor vinculado, sobre la condición de la mujer, reafirmaría su lado débil, para facilitar confiado, en el daño a la vida de su víctima. Así, este modelo feminicida, que, se inicia en lo más íntimo del hogar, sería el preclaro ejemplo para evidenciar que, los natos asesinos de mujeres, derivan por lo habitual de la misma familia.

b) Feminicidio en escenario no familiar (no íntimo)

Esta forma criminal feminicida corresponde a la muerte de una mujer causada por un desconocido asesino, que no sostiene ningún vínculo marital con la víctima, la esencia



de su naturaleza criminal, no debe darse en el seno de la familia, sino más bien, que el linaje del entorno atribuya consanguinidad o sujeción sentimental sobre la mujer.

Tal apreciación resulta correcta, aunque es posible que, existan otros tipos feminicidas derivados de la cercanía vecinal, vínculo laboral o parroquiano de una meretriz, que, no se precisa proximidad al interior de la agrupación familiar. Pues, en esta misma regla, deberá involucrar, además, a los proxenetas que, prostituyen y lucran con mujeres, incluso, estos sujetos pertenecerían a organizaciones criminales, y proliferan a diario en los países de El Salvador o Guatemala.

En la última década, Guatemala está sufriendo una epidemia de asesinatos de mujeres. Los cuerpos están en todas partes: aparecen en las cunetas de las carreteras, en las aceras de las ciudades, en barrancos boscosos, a menudo con signos de mutilación y violación. Más de 5.000 mujeres han sido asesinadas en el pequeño país en la última década, una de las tasas de mortalidad femenina más altas del mundo, de acuerdo con el Consejo Centroamericano de Defensores de los Derechos Humanos, y ha sido etiquetado como el lugar más peligroso para ser una mujer en toda Latinoamérica. (Shulman, 2010, s. p.)

Resumiendo, el feminicidio no íntimo supone, entonces, un tipo factual fuera del estrato familiar comprendido por sujetos que, no mantienen germinación parental alguna, de esa forma, su asiduo proceder feminicida, debe alcanzar incriminación de abuso sexual o cualquier circunstancia agravada, regulados en la Ley, para conseguir otros actos previos a la perpetración del hecho feminicida.



c) Femicidio en escenario por conexión

Esta consideración feminicida, hace referencia a un tipo de asesinato de mujeres relacionadas con otro delito, dejando en evidencia el accionar comisivo del autor, dirigido a la muerte de su objetivo, pero por circunstancias ajenas a su voluntad tuvo que matar a otra mujer que, observó o intervino en el hecho, y en tanto, culminar con su crimen, quedando la segunda víctima inmersa, además, en el feminicidio, ello teniendo en cuenta que, sin ser el propósito primario de su conducta homicida, este revelaría una conexión criminal con el otro delito, pues el delito por causas imprevistas no acredita una acción específica para este caso, pero sí podría darse en un entorno familiar o no familiar, ya que lo apropiado sería puntualizar cómo debe revelarse el asesinato, para demostrar el feminicidio vinculado a otro delito.

Así, esta conducta anexa, tendría su legítima valoración en el Artículo 108 del Código Penal como circunstancia agravante del delito de asesinato, que se inserta hoy en la obra feminicida del autor, para abarcar notable modo criminal establecido en esta Ley penal. Es de clarificar que la imprevisibilidad del sujeto activo en el segundo hecho típico se debe al atisbar repentino de la víctima, que actuó sin medir sus efectos, toda vez que podría tratarse de una pariente, amiga, niña, u otra mujer, que intervinieron con el fin de repeler al atacante o que sencillamente esta fue alcanzada durante la acción del feminicida mismo escenario homicida.

Lo concreto del hecho es que, en los casos de feminicidio conexo, no podría precisarse la clase de persona que observó y trató de socorrer a la víctima del delito fin, pudiendo adherir a esta conculcación feminicida, un proyecto claro sobre la calidad del sujeto que



auxilia o ayuda, para identificar necesariamente a otra mujer o un hombre, y en ese orden vale decir que, este desconocía el sexo de aquel sujeto, en el innecesario crimen.

Lo más relevante en la descripción típica, sería primar el asesinato de cualquier mujer, basados en su estado vulnerable, como objetivo deseado del autor, y en tanto, cumplir la relación con el otro delito circunstancial fáctico que, exige la norma punitiva. Siendo el caso del parroquiano que asesinaba a una mujer que ejercía la prostitución, al haberla hallado con otro cliente; el acto es divisado por otra meretriz que decidió intervenir, pero fue alcanzada por el mismo autor.

Esta ilustración es tendente al acaecimiento fáctico que se dirige a mujeres de toda categoría social, en ejercicio de la prostitución, como la ocupación más antigua sin distinción alguna, pues lo cierto es que la muerte violenta se revela con gran ímpetu y vulnerabilidad, alcanzando también a mujeres que ofrecen ilegales servicios sexuales, so disfraz de masajistas, bailarinas, de *striptease* (desnudos privados) en clubs nocturnos, y otros oficios ilegales.

d) Femicidio en escenario bélico

Del mismo modo, también se habla del femicidio en tiempos de guerra durante el desarrollo de conflictos bélicos. Ello comprendería, sin embargo, escenarios de pugnas armadas entre países, donde se ejercía así una forma manifiesta de asesinatos brutales y sanguinarios de mujeres, conocidos en el orbe como supuesto de feminicidio pues, antes de la comisión para este delito, el autor desarrollaba actos denigrantes de



violación sexual sobre la mujer, y en tanto, su muerte resultante determinaría su masculinidad.

Durante la Segunda Guerra Mundial se conoció casos de violaciones de muchas mujeres por las tropas alemanas y posteriormente, dos millones de mujeres alemanas fueron violadas por el ejército ruso, de las que una décima parte fue finalmente asesinada.

Con ocasión del genocidio en Ruanda (1994) se utilizó la violación masiva de mujeres y niñas como castigo colectivo contra la población civil. En 1996, el Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU calculó que se habían cometido entre 250,000 y 500,000 violaciones sobre estas víctimas. Durante la guerra de Bosnia, precisamente entre 20 y 44 mil mujeres, fueron violadas de forma sistemática por las fuerzas serbias actos fueron denominados “violaciones en masa”).

Estos hechos fueron realizados en Bosnia oriental, pero también, si bien en menor medida, unidades militares bosnias efectuaron esta práctica con mujeres serbias. En la evolución del conflicto colombiano, la violencia sexual ha sido empleada como arma de guerra por todos los grupos armados tanto contra las mujeres civiles como contra sus propios combatientes.

Sentado este básico principio, quedaría establecida la idea fundamental del femicidio y sus disímiles clasificaciones legales, que, alcanza en el derecho Penal, una sustentada adecuación de su aplicación jurídico penal, respecto de los escenarios criminales encontrados por el autor del hecho, para formalizar la realización de su propósito feminicida.



En este estadio del tratamiento especial, se pretende lograr una reflexión apropiada sobre el comportamiento de los sujetos del delito de feminicidio, ya que la mujer se encuentra considerada en la escala humana absolutamente debilitada, distinguiendo por supuesto, la fortaleza que, el hombre posee, toda vez que ello supone adentrarse en la materia de violencia contra la mujer y los integrantes de la familia vigente, que perduró por siglos en las actitudes masculinas de índole patriarcal, dentro del clan familiar, descritas al inicio del introito jurídico de la obra.

Pero lo cierto es que la conducta feminicida del autor no es fácil identificarla en la sociedad, tampoco aparta que algunas mujeres expongan su vulnerabilidad para facilitar el tipo sin que estas sean alertadas de los feminicidas por algún indicio. Pues, la muerte de mujeres no debe justificarse por la labor indecorosa de la víctima, sino que, este tipo de asesino, discrimina y se sirve de ello, para buscar motivos innecesarios en la mujer, como:

- a) El pertenecer a grupos de mujeres selectivas destinadas al ejercicio de la prostitución.
- b) Dedicarse al negocio sexual poniendo avisos en los periódicos.
- c) Exhibiendo sus cuerpos desnudos en clubes nocturnos y cabarés.
- d) Las mujeres que se prostituyen para alcanzar el éxito.
- e) Las mujeres que mantienen relación de pareja con dos o más hombres al mismo tiempo.



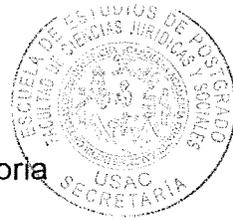
f) Mujeres que brindan servicio de masajes con relaciones sexuales incluidas.

Dicho ello, estas conductas netamente asequibles, prestas a la perpetración feminicida ejercidas por la mujer, sería pues, las que se acercan y captan el interés del asesino de manera precisa. Lo que serviría para convertirse en sujetos pasivos del feminicidio, advirtiendo a propósito, que, estos autores proliferan como clientes sexuales de prostíbulos, salones de masajes, entre otros lugares, que, por su esencia oriente su acción oportuna, en la condición más vulnerable de la mujer.

En este apartado no se ofrece una posición discriminante respecto de sus oficios y beneficios que pueda desempeñar la víctima, sino que es imprescindible que ello acompañe a una profusa prevención. Pues no es solo el ejercicio de vida en la fornicación, además, existen otros cercanos a él que involucra su propensión o proclividad al feminicidio.

Se sabe que, el hábito machista del autor, no nace solo en la familia, sino que se origina y prolifera por distintas clases sociales vigentes, y pueden ser con grado profesional, media y baja, en busca de víctimas que por su vulnerabilidad sean pasibles de asumir el feminicidio.

En esa percepción, algunos personajes discurren y juzgan al respecto, pues, para el escritor y dramaturgo francés Jean-Baptiste Poquelin Molière, por los años 1622 hasta 1673, opinaba de las mujeres con “frases machistas”, diciendo: “Por muchas razones no es bueno que la mujer estudie y sepa tanto”. De modo similar, el escritor francés Honoré de Balzac en los años 1799-1850 decía: “Emancipar a las mujeres es

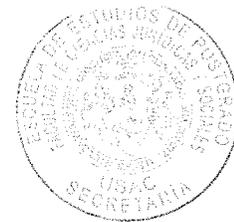


corromperlas”. Prueba de ello es que aún algunas personas conservan esa trayectoria discriminante en estos tiempos.

No obstante, otros opinaban mediante proverbios más apropiados y reflexivos, en contra de la violencia sobre las mujeres, como el caso de Martin Luther King, cuando expresa que: “A través de la violencia puedes matar al que odias, pero no puedes matar el odio”. “La violencia no es el remedio, tenemos que hacer frente al odio con el amor”. “Nada que un hombre haga lo envilece más que el permitirse caer tan bajo como para odiar a alguien”.

Por todo lo anterior, es necesario prevenir este fenómeno cruel con antelado sentido de urgencia, toda vez que es esencial el argumento preferente de dos principios en la sociedad; el primero, sería mantener a la humanidad en alerta sobre la vigencia del feminicidio, que ha rebasado los límites de criminalidad y consecuencias, mientras que el segundo, se basaría en el empleo de herramientas eficaces que, el Estado creó para eliminarla, pues ello no solo debe dirigirse a un sustancial Código Penal y su sanción, sino que, además, se deberá proclamar a viva voz la real forma de utilizar las eficaces herramientas en los sectores, sociedad y Estado.

Esto refiere que, el proyecto discernido en su conjunto será mejor en los criterios, dado que la lacra crece enormemente en cualquier estatus social. Así, cabe señalar que, el día 25 de noviembre de todos los años, se conmemora el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.



1.2.4. Diferencia entre femicidio y feminicidio

Siempre siguiendo a Haro (2019), en un criterio diverso del delito, se puede definir que ambas expresiones, femicidio y feminicidio, mantienen gran similitud en su fundamento legal, estableciendo de forma precisa, la protección jurídica de la mujer perpetrada con violencia extrema por otro sujeto de sexo masculino revestido de machismo y misoginia.

Pero, ciertamente en la escala doctrinal puede reconocerse la sinonimia que existe entre ambos vocablos, “femicidio y feminicidio”, sobre todo, si el preponderante contexto coincide o se fija de manera concomitante en la descarga homicida y violenta de una mujer por hacedera voluntad condicional de ser mujer, como realidad vulnerada actualmente creada.

La materia que aquí se trata corresponde sin más a dos conceptos que, evidencian un mismo objetivo criminal, sin embargo, cada una con realidad disímil en el modo de su acción, pues lo que se pretende discernir es el contenido de sus preceptos, unos tal vez, más abarcadores que otros. No obstante, las denominaciones femicidio y feminicidio debatidas merecen, en suma, no priorizar su terminología, sino su significación, sabiendo que ella, va dirigida a la categoría feminicida más cruel y desenfrenada del autor.

Inclusive, si se sabe que los antecedentes históricos de violencia ejercidos sobre la mujer, hasta hoy no tiene límite alguno, dado que, la causante de ello, se debe al desvalor de su condición femenina, que a nuestro criterio se considera como extremo sentimiento banal y carente de conmiseración.



Es de reconocer que la cruda realidad homicida por la falta de mérito o estimación del género femenino que, conserva el autor en su proceder criminal, es medio decisivo, concreto y efectivo en el asesinato de mujeres, por el simple hecho de serlo. Siendo necesario acentuarse, que la inducción del comportamiento criminal del asesino, responde a un acto inmisericorde, sin importar en lo absoluto matar a otro, entendiendo que la condición femenina de la víctima, sería un enfoque primario de su asesino para exacerbar su deseo homicida.

En el plano internacional, han venido usando de manera indistinta los términos feminicidio y femicidio para poder dar nombre al mismo problema, aunque en el caso del Caribe, no existe esta controversia y solo se usa el término femicide. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recién usa el término feminicidio desde el año 2007 en el caso de Bolivia, con base en lo desarrollado en el estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer del Secretario General de la ONU, que también llama a este problema feminicidio. Acontece también que la CIDH, de forma preparatoria, aludía esta cuestionable disyuntiva como “asesinato de mujeres”, lo que mostraría sumo interés sobre esta problemática, a fin de convocar una “Audiencia Temática” en el 2006.

1.3. Integralidad del Código Penal

De acuerdo con la investigadora Ana Patricia Ispanel (2008) “si la muerte de la mujer no se da en el marco general del tipo de femicidio, puede tipificarse como homicidio simple o calificado o en cualquiera de sus agravantes o atenuados” (p. 33). Independiente de otros hechos cuyas acciones o conducta del sujeto activo encuadren



dentro de otros tipos penales. Las personas responsables de este delito no podrán concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo, y no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

Existen leyes y convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala que contemplan los derechos específicos para las guatemaltecas, como el Decreto 22-2008, contiene delitos y su aplicación se regirá a lo que establece el Código Procesal Penal, en lo que no contradiga el espíritu de la nueva ley. La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar establece las medidas de protección o seguridad que ahora se extenderán a las mujeres denunciantes, aun cuando no exista lazo de parentesco entre ellas y el victimario. También las políticas públicas para afrontar el femicidio y otras formas de violencia contra las mujeres y la violencia económica.

Siguiendo a Ispanel (2008), el Ministerio Público tiene que desarrollar el acompañamiento de la víctima, en forma inmediata al igual que las fiscalías y juzgados especializados. Al contrario, son innumerables los ejemplos de re victimización que proceden de esta institución o de operadores de justicia.

“Un juez no puede decir que no aplicará una ley, es porque tiene los ojos cerrados a otras manifestaciones de violencia y hacen pensar que únicamente se ha regulado acerca del femicidio, cuando la investigación elaborada por la autora, la normativa se refiere también a otras formas de violencia contra las mujeres. Si bien el Código Penal no fue modificado, con el Dto. 22-2008, se han



creado nuevas figuras que habrá que comprender con base en los principios y objetivos de la misma. (Facio, 1992, p. 13)

Desde hace un tiempo, en un proyecto tripartito suscrito con la CONAPREVI y la DEMI, el IDPP ha contratado abogados/as en diferentes puntos del país, pues aún no tiene toda la cobertura, para la asesoría legal en casos de Violencia Intrafamiliar. Es el Ministerio Público el llamado a desarrollar la victimología y desarrollar los principios, intereses y procedimientos específicos para las víctimas del delito.

1.4. Los delitos de violencia contra la mujer, violencia económica para establecer el sujeto activo

En los delitos tipificados de violencia contra la mujer y violencia económica en cuanto a los sujetos procesales, el sujeto activo como persona responsable de la perpetración del delito en una interpretación literal se establece “quien”, se refiere a una persona sin definir el sexo.

Ispanel (2008) indica:

Para su interpretación debe tomarse en cuenta el marco general de la ley cuyo objeto y fin último es garantizar los derechos y la protección en favor de la mujer, y que la desigualdad de las relaciones de poder entre hombres y mujeres se da por el dominio y control que ejerce el hombre en la sociedad. Si bien es cierto las mujeres han hecho historia, al igual que los hombres, las mujeres son y han sido siempre actrices y agentes en la historia. (p. 34)

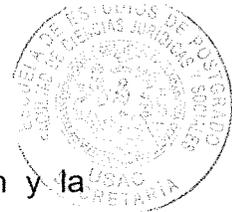


Aunque muchas veces se invisibilice en los documentos históricos y libros de texto en la educación, como el ejemplo de Olimpia de Gouges, este acto heroico nunca fue registrado sino fue ignorado, los precursores de la Revolución francesa y que hoy se tipifica como un femicidio.

El Artículo 1 el Artículo 7 violencia contra la mujer, señala “quién”; el Artículo 8, violencia económica señala, “quien”. Por esta redacción literal de acuerdo con la Real Academia Española de Lenguas, se establece que el sujeto activo es una persona no especifica hombre, como se dijo anteriormente esta no es una interpretación auténtica porque no se analiza en el marco general y los considerandos.

(...) el problema de violencia y discriminación en contra de las mujeres, desde las niñas, adolescentes, que ha imperado en el país se ha agravado con el asesinato y la impunidad debido a las relaciones desiguales de poder existente entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político y cultural y familiar, por lo que se hace necesario una ley de prevención y penalización. (Decreto 22-2008, Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, tercer considerando, parte final)

El considerando tres establece una síntesis de los elementos del marco general: a) Que las mujeres tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de sus derechos humanos, y que el problema de violencia y discriminación en contra de niñas, adolescentes y mujeres se agrava con el femicidio y la impunidad. b) Debido a las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres en el campo social,



económico, jurídico, cultural y familiar. c) Esto hace necesario la prevención y la penalización de estas conductas.

Dentro de este marco legal cuando dice “quien”, se entenderá que el sujeto activo del delito es el hombre: a) Porque el Decreto 22-2008 fue aprobado para las mujeres, para garantizar y proteger sus derechos, ante la adversidad y desventaja social, cultural, en el derecho penal mismo y las limitaciones en las instituciones del Estado para acceder a la justicia, en estas condiciones las mujeres se encuentran en desventaja cuando se les subordina, las discriminan, y que el control y dominio a través de la violencia es utilizado para conducir las a la sumisión, en esas relaciones desiguales de poder con el hombre. b) Por su condición de género femenino, es decir por ser mujeres. c) Por lo tanto cuando en los Artículos 1, 6, 7 y 8 se lee “quien” se define dentro del marco del contexto de la ley que el sujeto activo del delito de violencia contra la mujer y violencia económica es el hombre.

Dentro de la dogmática penal patriarcal durante siglos, ha estado limitada del enfoque de género, porque la visión, valor y el interés de lo femenino había sido inapropiado, porque las mujeres en la dogmática penal podían hacer planteamientos y tomar posturas eminentemente patriarcales, de lo contrario eran rechazadas.

En relación con la ley contra el feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer, de acuerdo a la dogmática penal, cuando la normativa señala “quien” es para que el sujeto activo no tenga ningún tipo de calificación específica, norma exige para cometer dicho acto. *Contrario sensu* de lo que establece esta ley, que dentro de su



considerando señala que es para evitar que se sigan cometiendo actos de violencia contra la mujer exclusivamente.

Desde su finalidad, la igualdad de todas las mujeres ante la ley particularmente en su condición de género, en las relaciones de poder y confianza, esta es otra parte de la dogmática y su relación con la sociología, porque regula conductas humanas.

Ispanel (2008) va aclarando:

De acuerdo a la especialización de la ley, la interpretación la correcta, solo se puede aplicar esta ley en contra de hombres por actos realizados contra la mujer. Prevalecen los principios consagrados en la ley, y se puede aclarar el tema cuando abordamos las definiciones contenidas dentro de la ley. (p. 35)

Estos son delitos que visibilizan el interés de la mujer y los valores femeninos, que anteriormente se minimizaba sin una pena o se le daba la calificación jurídica de falta, o simplemente se protegía el patrimonio del hombre, su apellido y el manejo de la economía familiar y su representación, esta mentalidad patriarcal la encontramos en algunos operadores de justicia.

Los delitos tipificados en la ley contra el femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer, fueron concebidos en las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres. Dentro de la terminología específica que sirve de base para una interpretación auténtica, se explica en qué consisten las relaciones desiguales de poder. Jamás una mujer puede ser sujeto activo de estos delitos, ya que por la condición de género -y esto lo dice cada figura tipo en la ley: “por



el hecho de ser mujer”- los hombres se consideran superiores y ejercen ese “poder de género”, sobre y en contra de las mujeres. (Entrevista a Claudia González. Ispanel, 2008, p. 36)

Como por ejemplo ilustrativo de esta práctica judicial, en la descripción de las medidas de seguridad de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar Artículo 7, literal K) fijar una pensión para alimentos provisional. Los jueces de paz de común acuerdo con las y los jueces de familia y algunos magistrados decidieron no fijar provisionalmente la obligación alimenticia, porque podrían no ser justos al fijarla y que para eso estaba un procedimiento en los juzgados de familia. ¿Quién paga esa pensión provisional?... generalmente es el hombre. Se puede interrogar ¿Para quién buscan la justicia...? para el patrimonio del hombre.

Qué pasa entonces con la mujer y los niños, que durante dos o tres meses y a veces hasta años se tardan para fijar esa pensión de alimentos. En ese momento los niños y la mujer no comen, las mujeres profesionales y comerciantes pueden tener mayores ingresos y que pasa con la mujer que lava, plancha, hace tortillas para mantener a sus hijos. ¿Y la responsabilidad paterna, por qué se la endosan a la mujer?

Ispanel (2008), en su experiencia profesional, dice en el Juzgado de Familia de Mixco después de dos años de haber fijado la pensión alimenticia en la demanda de divorcio, al no hacerla efectiva el hombre, teniendo suficientes bienes, se intentó por todos los medios procesales ejecutarlas y el juez indicó que hasta que estuviera firme el divorcio porque si cambia el monto, era injusto cobrarle al hombre dicha pensión. ¿Y los alimentos de los niños?, quedó en total indiferencia. ¿Por qué protege la justicia al



hombre y el resguardo de su patrimonio, sobre la vida, integridad, seguridad, el derecho a la educación, la salud y libertad de los niños y la mujer? ¿La mujer tiene que cuidar y proveer de alimentos a sus hijos con doble jornada de trabajo? ¿Y cargar con la responsabilidad paterna? Esto tiene que cambiar, se debe fijar la pensión provisional y se debe trabar embargos preventivamente sobre bienes del presunto agresor, y el padre posteriormente en tribunales de familia inicie un proceso para fijar la pensión alimenticia y se establezca el monto de acuerdo a su patrimonio e ingresos.

1.5. Tipo penal de violencia contra la mujer

Es violencia contra la mujer toda acción u omisión que ejerza violencia contra la mujer: violencia física, violencia sexual y violencia psicológica. Así, puede darse violencia en el ámbito público y privado, además de la violencia dentro del marco de las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres.

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

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



Violencia sexual se refiere a las acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, incluyendo la humillación sexual, prostitución forzada y, la denegación del derecho para que la mujer haga uso de los métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial, o adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual. Las acciones violentas son ejercidas valiéndose de circunstancias calificativas específicas:

- a) Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.
- c) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- d) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital.
- e) Por misoginia.

Con respecto del delito de violencia económica Ispanel (2008) se basa en la definición legal: Es la acción y omisión que incurra en la violencia económica contra la mujer, dentro del ámbito público o privado, siendo estos una conducta comprendida en cualquiera de los siguientes supuestos:



- a) Menoscabe, limite o restrinja la libre disposición de sus bienes o derechos patrimoniales o laborales.
- b) Obligue a la mujer a suscribir documentos que afecten, limiten, restrinjan su patrimonio o lo pongan en riesgo; o que lo eximan de responsabilidad económica, penal, civil o de cualquier otra naturaleza.
- c) Destruya u oculte documentos justificativos de dominio o de identificación personal o bienes, objetos personales, instrumentos de trabajo que le sean indispensables para ejecutar sus actividades habituales.
- d) Someta la voluntad de la mujer por medio del abuso económico al no cubrir las necesidades básicas de ella y sus hijas (os).
- e) Ejercer violencia psicológica, sexual, o física sobre la mujer, con el fin de controlar los ingresos o el flujo de recursos monetarios que ingresan al hogar.

1.6. La integralidad de la ley contra femicidio y los tipos penales de violencia contra la mujer y violencia económica en el Código Penal y otras leyes

Ispanel (2008) va haciendo un análisis integral de la ley contra femicidio analizando y particularizando cada forma expresiva de la violencia contra la mujer, los delitos tipificados en la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer son de acción pública, y se les considera como delitos graves.

La violencia contra la mujer, y la violencia económica tienen un dolo y en el elemento objetivo se describe los elementos del tipo, en la tipificación se pueden encontrar otras



conductas que corresponden a otro tipo penal, se calificará por ejemplo la violencia económica y la negación de asistencia económica.

Por ejemplo, el hombre presiona psicológica y físicamente a la mujer para el disponer de los ingresos del fruto del trabajo de ella, y el dinero lo usa para alimentos de él, de sus hijos y para comprar ropa para él y sus hijos, a pesar de que el padre tiene una sentencia firme que lo obliga a proporcionar alimentos a sus hijos y a su esposa. La descripción de este hecho se puede encuadrar dentro del tipo penal de violencia económica y de negación de asistencia económica.

También se le puede otorgar una medida de seguridad para que salga de la casa y no se acerque al lugar de trabajo de la madre, se integra la aplicación de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer. El principio de legalidad exige que la descripción de la conducta haya sido declarada por la ley, por lo que el Decreto 22-2008 establece unos supuestos objetivos para que se dé una conducta determinada y una sanción específica. Este principio de legalidad debe ser respetado por los juzgadores.

Para la correcta delimitación del bien jurídico protegido del delito, debe aplicarse teniendo en cuenta dos elementos esenciales la relación desigual de poder entre la mujer y el hombre y el ámbito privado y ámbito público. Es necesario atender a la figura típica de violencia contra la mujer y violencia económica y especialmente a los elementos del tipo:

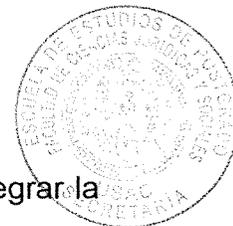


- a) El elemento o parte objetiva: la acción o conductas: Violencia contra la mujer es física, sexual, psíquica, y la violencia económica es el límite los derechos patrimoniales o laborales.
- b) Bien jurídico: libertad sexual, integridad física, psicológica y económica.
- c) Sujetos: activo, el hombre; sujeto pasivo, la mujer, sea esta víctima o sobreviviente de violencia.
- d) El elemento o parte subjetiva: dolo, que es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito “conocer y querer la conducta y el resultado típico”, y el resultado exigido en la descripción típica.

La descripción de la violencia contra la mujer, dentro de un marco, describe qué tipos de violencias ejerce –física, sexual y psicológica- y enumera una serie de circunstancias que describen conductas con la intención de ejercer violencia contra la mujer, de las que se pueden dar en un hecho una o más circunstancias, estas circunstancias son partes calificativas específicas del tipo penal de violencia contra la mujer.

La violencia económica se plantea dentro del ámbito público o privado, describe unos supuestos sobre el límite los derechos patrimoniales o laborales, y describe circunstancias de las conductas las cuales son parte del tipo objetivo del delito. Puede dar la acumulación de delitos y penas.

Así, la persona responsable de este delito dentro de los supuestos de violencia contra la mujer y violencia económica será sancionada con prisión, sin perjuicio de que los



hechos que constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias puedan integrar la calificación jurídica que le corresponda. El operador de justicia no puede recurrir al *indubio pro reo* para solo aplicar un delito de las leyes ordinarias, pues con el Decreto 22-2008 se han creado nuevas figuras que habrá que comprender con base en los principios y objetivos de la misma porque esta descripción del tipo es diferente y si se da la tipificación tienen el deber de aplicarla.

Mucho del problema para su aplicación por los operadores de justicia es la falta de comprensión del problema de la violencia contra las mujeres, en el manejo de estereotipos sexistas, sesgos de género, la formación jurídica tradicional, la cultura de formación en un Código Penal neutral, no se visibilizan los derechos, intereses y visión del género femenino, en donde el parámetro ha sido el hombre.

El problema de la retroactividad o irretroactividad, se refiere a la función garantizadora del proceso penal. “Nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al proceso”. Existe una relación del principio de legalidad con respecto a la tipificación de los delitos de femicidio, violencia contra la mujer y violencia económica y la estructuración del proceso, y su vigencia de esta ley en Guatemala, la cual está vigente a partir del 16 de mayo del año 2008.

El supuesto del tipo objetivo del delito describe la conducta penal y cuando existan estos motivos para tipificar alguno de los tres delitos contemplados en el Decreto 22-2008, se aplicará, y el funcionario en este caso el juez o fiscal deben velar por que también lo hagan sus subalternos porque de lo contrario los funcionarios pueden ser sancionados.



CAPÍTULO II

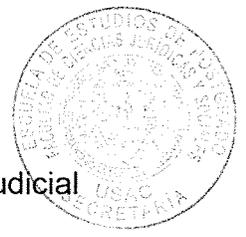
2. Justicia especializada para las mujeres en el marco del sistema interamericano y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos

2.1. Normas y estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos, cuando son víctimas de violencia

En este apartado se aprovechará el Informe realizado sobre “El acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas” de la Relatoría de los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En esta línea la CIDH (s. f.) ha indicado que:

El sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos, que incluye los derechos de las mujeres en casos de violencia. En las Américas, los principios vinculantes de igualdad y no discriminación representan el eje central del sistema interamericano de derechos humanos y de los instrumentos vinculantes y aplicables al presente análisis, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la “Declaración Americana”) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en adelante la “Convención de Belém do Pará”). (párr. 23)



Estos instrumentos afirman el derecho de las mujeres a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz que cuente con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos.

En el párrafo 24 del Informe se lee:

La Declaración Americana y la Convención Americana han consagrado una serie de principios básicos y obligaciones relacionados con el derecho de acceder a una adecuada protección judicial. Los Artículos XVIII de la Declaración Americana y los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados.

La protección de estos derechos se ve reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el Artículo 1.1 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte Interamericana”) ha establecido que:

El Artículo 25 en relación con el Artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido (...) El Artículo 25



“constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática (...)”. Dicho Artículo guarda relación directa con el Artículo 8.1 (...) que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías (...) para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza.

El acceso a una tutela judicial efectiva, que constituye un núcleo duro de los derechos fundamentales hoy consagrados en el Sistema Interamericano, debe ser otorgado de manera no discriminatoria bajo la Convención Americana, en concordancia con el Artículo 1.1. En este sentido, el Artículo 24 de la Convención Americana establece el derecho a la igualdad ante la ley. Dentro de las normas y principios protegidos por el Sistema Interamericano y los estándares internacionales en Derechos Humanos podemos encontrar:

2.2. Obligación de debida diligencia

En el párrafo 26 del Informe analizado, se indica que dentro de los objetivos principales del sistema regional de derechos humanos y el principio de eficacia requieren la implementación de dichas garantías. En consecuencia, cuando el ejercicio de cualquiera de estos derechos aún no está garantizado *de jure* y *de facto* por los Estados en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con el Artículo 2 de la Convención Americana, tienen el compromiso de adoptar medidas legislativas y de otro tipo necesarias para llevarlos a la práctica. Por lo tanto, el deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas,

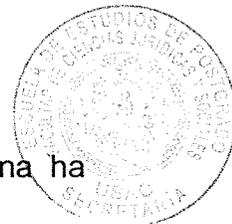


sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas.

La Corte Interamericana ha afirmado que:

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla (Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 235 citando Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 121; Corte I.D.H. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 185; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). (Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9).

En dicho marco, los Estados tienen el deber de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos. Este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los

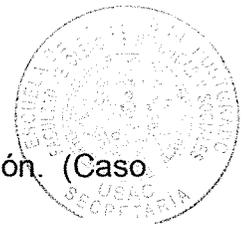


derechos humanos y evitar la impunidad. Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166)

En su párrafo 28, la CIDH, deja entrever un problema grave en el caso de violaciones a derechos humanos contra la mujer y la violencia contra ella:

La impunidad ante las violaciones de los derechos humanos existe cuando hay "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares". Para prevenir la impunidad, el Estado tiene la obligación, en virtud del Artículo 1 de la Convención Americana,



de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. (Caso Loayza Tamayo Reparaciones, Sentencia 27 de noviembre 1998)

Para la CIDH, el Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención.

El sistema interamericano de derechos humanos ha afirmado que la responsabilidad de los Estados de actuar con la debida diligencia frente a actos violentos se extiende a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares. Al respecto, la Corte Interamericana ha enfatizado que:

Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de

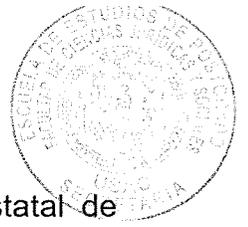


particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los Artículos 1.1 y 2 de la Convención. (*Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005).

Complementando dicho parámetro de imputación de responsabilidad, la Corte ha señalado recientemente en su sentencia sobre el caso de la *Masacre de Pueblo Bello* que:

Un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.

Para establecer dicha imputabilidad internacional de actos de terceros como violaciones atribuibles al Estado, la Corte se ha basado en la doctrina de la Corte



Europea. Dicha doctrina sugiere que puede aplicarse la responsabilidad estatal de violaciones cometidas por terceros cuando se demuestra que el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y no adoptó medidas razonables para evitarlo. La Corte Interamericana ha citado la jurisprudencia europea, la cual establece que:

Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo. (Sentencia de Osman [...], p. 3159, párr. 116)

La CIDH, sigue dando líneas de alcance normativo:

La Convención de Belém do Pará afirma que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia



contra las mujeres. Esta Convención refleja una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida, y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla. (sic)

Algunos ejemplos de la discriminación padecida por las mujeres en las Américas, tanto en tiempos de paz como de conflicto, y en la presencia de avances legislativos y de políticas públicas, han sido una desigual participación en asuntos civiles y políticos; un acceso limitado a los beneficios del desarrollo económico y social de sus sociedades; un tratamiento desigual dentro de la familia; y el ser víctimas y estar expuestas a diferentes formas de violencia psicológica, física y sexual (Véase: *Informe de la Comisión Interamericana sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/SER.L/V/II.98, doc. 17, 13 de octubre de 1998).

La CIDH ha manifestado en el pasado que a pesar de que las mujeres constituyen aproximadamente la mitad de la población del hemisferio, todavía este factor no se refleja en los niveles de toma de decisiones en las esferas políticas, sociales, económicas y culturales. El acceso limitado de las mujeres, especialmente cuando han sido víctimas de violencia y discriminación, es el resultado de este patrón de discriminación y tratamiento inferior.

La Convención de Belém do Pará reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, la eliminación del problema de la violencia y la discriminación que la perpetúa. El Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece las obligaciones inmediatas del Estado



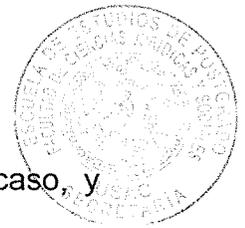
en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación para evitar la impunidad:

- En la esfera de la administración de la justicia, establece explícitamente que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” y “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (...)”
- En cuanto al marco normativo, dispone que los Estados deben incluir en su legislación interna “normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”, así como adoptar “las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.
- Igualmente, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas de protección judicial “para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”. (sic)



La Convención de Belém do Pará también establece que los Estados se comprometen a adoptar progresivamente un conjunto de medidas pertinentes que garanticen el derecho de las mujeres a un acceso adecuado, efectivo y oportuno a la justicia en casos de violencia, que incluyen:

- El desarrollo de programas de capacitación para el “personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”.
- La implementación de acciones educativas orientadas al público en general “sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda” y la adopción de acciones públicas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”.
- El ofrecimiento de servicios de apoyo para las víctimas de violencia “especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive

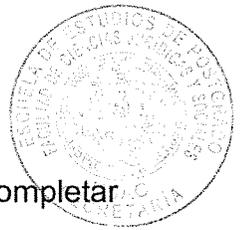


refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados”; y

- Asegurar “la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios (...)”.

En el párrafo 35 del Informe inicialmente ya citado, la CIDH examinó los principios consagrados en la Convención de Belém do Pará en su informe de fondo sobre el caso de *Maria da Penha Maia Fernandes*, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil al convertirse trágicamente en parapléjica como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado. En la resolución de este caso, la Comisión aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años.

En dicho caso, al encontrar violaciones de los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como del Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la CIDH estableció entre los principios más importantes, que la obligación de los Estados frente a casos de violencia contra las mujeres, incluye los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de “prevenir estas prácticas degradantes”. En la



presencia de “procesos claros y determinantes elementos de prueba” para completar un juzgamiento, no deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones y se debe completar rápida y efectivamente el proceso penal”. La CIDH estableció que la inefectividad judicial antes casos de violencia contra mujeres crea un ambiente de impunidad que facilita la violencia “al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”.

En el contexto de este informe, la Comisión emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas a la reparación del daño sufrido por la víctima y la eliminación de la tolerancia estatal frente a la violencia. Entre los principios incorporados en las recomendaciones se encuentran: la necesidad de adoptar medidas de capacitación y sensibilización destinadas a funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia contra las mujeres y programas educativos para la población en general; la necesidad de simplificar los procedimientos judiciales penales para poder reducir los tiempos procesales sin afectar los derechos y garantías de debido proceso; e incrementar el número de instancias en las que las víctimas de violencia pueden interponer denuncias.

Igualmente, la CIDH ha establecido que en relación a casos de violencia contra las mujeres, el derecho a un recurso judicial efectivo contenido en el Artículo 25 de la Convención Americana, interpretado junto con las obligaciones contenidas en los Artículos 1.1 y 8.1, debe entenderse como:



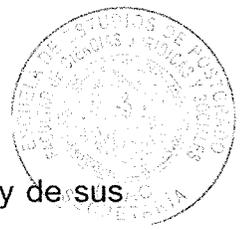
el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado --sea este un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado-- de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada.

La CIDH ha identificado la investigación como una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres, y ha afirmado que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”.

Las obligaciones comprendidas en los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana y 7 de la Convención de Belém do Pará pertinentes a los procesos de investigación, juzgamiento y reparación de violaciones a los derechos humanos, pueden analizarse a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano destinada a proteger los derechos humanos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado.

En concordancia, cuando la Corte Interamericana y la CIDH evalúan la efectividad de procesos judiciales internos para remediar violaciones a los derechos humanos, su examen considera los procesos en su totalidad, incluyendo decisiones tomadas a diferentes niveles, para determinar si todos los procedimientos y la manera en que la evidencia fue producida fueron justos.

La jurisprudencia del sistema interamericano ha reiterado que la ausencia de una investigación y sanción constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de



garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares, y respecto de la sociedad para conocer lo ocurrido. El precedente interamericano ha destacado la importancia de realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial ante violaciones de derechos humanos.

La Corte ha establecido que la investigación se debe efectuar:

Con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. (*Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988)

La CIDH ha establecido que la investigación debe llevarse a cabo de manera inmediata, exhaustiva, seria e imparcial y debe estar orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción. El Estado puede ser responsable por no “ordenar, practicar o valorar pruebas” que pueden ser fundamentales para el debido esclarecimiento de los hechos.

El deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística

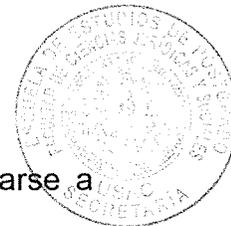


adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil.

En tal sentido, la obligación del Artículo 7 inciso B de la Convención de Belém do Pará debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el Artículo 8 inciso H de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios.

Dado el relevante interés público de la información estadística vinculada al problema de la violencia contra las mujeres, los Estados deben contar con mecanismos legales y administrativos apropiados para garantizar un amplio acceso a esa información, estableciendo vías de difusión de la misma y promoviendo el debate y el escrutinio público de las políticas que se implementen en este ámbito.

Asimismo, las expertas y los expertos internacionales han identificado una serie de principios que pueden guiar y ser incorporados en cualquier sistema de recopilación de información diseñado a nivel nacional en las Américas para reunir estadísticas sobre incidentes de violencia contra las mujeres. Los organismos estatales encargados de recopilar estadísticas a nivel nacional y los ministerios como los de Justicia y Salud, desempeñan un papel clave en la identificación de estándares y metodologías sobre la forma de recopilar información, y de asegurar que esta se obtenga de manera consistente y con la debida frecuencia y que se difunda efectiva y prontamente.



Las actividades de recopilar información por parte de los Estados deben llevarse a cabo en colaboración y consulta con diversos sectores que cuentan con información clave, incluidas las víctimas, sus comunidades, centros y entidades estatales que se encargan del tema, el sector académico, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Es imprescindible institucionalizar la colaboración entre los productores de estadísticas y los usuarios.

Existen una serie de organizaciones internacionales y regionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante “CEPAL”) y otros organismos de las Naciones Unidas que han formulado una serie de indicadores sobre violencia y discriminación contra las mujeres y han preparado valiosos estudios sobre estos fenómenos, que constituyen herramientas útiles para los Estados en esta esfera. Los esfuerzos deben ser transparentes y la seguridad y la privacidad de las víctimas debe constituir una prioridad. La información recabada debe ser accesible a las víctimas, a la sociedad civil y al público en general, en un formato sensible a una diversidad de audiencias.

2.3. Debida diligencia y acceso a la protección judicial

Tanto la Corte Interamericana como la CIDH han afirmado reiteradamente que la investigación de casos de violaciones de los derechos humanos, que incluye los casos de violencia contra las mujeres, debe llevarse a cabo por autoridades competentes e imparciales. Cuando tales investigaciones no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género o estas autoridades no colaboran

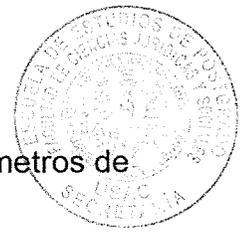


entre sí, se registran retrasos y vacíos clave en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso.

En cuanto a las evidencias que deben examinarse en casos de violencia, los principios internacionales afirman que como mínimo se deben recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales y las declaraciones de los testigos. Ello ha sido afirmado por la CIDH en casos de muertes sospechosas. Asimismo, las personas a cargo de la investigación deben tener acceso a la escena del crimen. En el caso de homicidios, se deben efectuar las autopsias adecuadas y se deben preservar evidencias específicas en caso de sospecha de violencia sexual.

También es relevante del análisis de este informe las obligaciones contraídas por los Estados en el ámbito internacional, que detallan las obligaciones frente a las víctimas de violencia contra las mujeres en materia judicial. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Todas las Formas de Violencia contra la Mujer consagra en su Artículo 4 que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar todo acto de violencia contra las mujeres que sea perpetrado tanto por el Estado como por particulares.

Asimismo, establece que deben incorporarse en la legislación nacional “sanciones penales, civiles, laborales y administrativas” para sancionar y reparar los actos infligido. Igualmente, la Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995, estipula en su párrafo 124 (d) que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres víctimas de violencia puedan acceder a recursos efectivos y justos, que incluyan compensación e indemnización. Por su



parte, la Relatoría de las Naciones Unidas ha descrito recientemente los parámetros de la obligación de debida diligencia como sigue:

Hay determinados principios básicos subyacentes en el concepto de la debida diligencia. El Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia, ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal. El Estado territorial, o el Estado que ejerza jurisdicción o control efectivo en el territorio, es en último término responsable de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la debida diligencia. Este tema está relacionado con el concepto de que la debida diligencia puede implicar obligaciones extraterritoriales para los Estados que ejercen jurisdicción y control efectivo en otros territorios” (Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; La Norma de la Debida Diligencia como Instrumento para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Comisión de Derechos Humanos, 62° Período de Sesiones, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, párr. 34).

De estos instrumentos, la CEDAW es particularmente importante, ya que fue diseñada con el objeto de promover la igualdad *de jure* y *de facto* entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. La CEDAW define la discriminación contra las mujeres de manera amplia en su Artículo 1:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del



hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera.

Esta definición comprende toda diferencia de tratamiento basada en el sexo que intencionalmente o en la práctica coloque a las mujeres en una situación de desventaja, e impida el pleno reconocimiento de sus derechos humanos en las esferas públicas y privadas. Como se ha mencionado anteriormente, el Comité que vigila el cumplimiento de la CEDAW ha establecido que la definición de la discriminación comprendida en la Convención incluye la violencia contra las mujeres.

Al respecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que la recopilación de evidencias físicas en los casos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando, y preferiblemente deben ser del mismo sexo de la víctima. En todo momento, la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración y de ser necesario un intérprete, este debe hacerse disponible y no ser un funcionario público.

En torno a las actuaciones de los funcionarios judiciales, se ha destacado internacionalmente la importancia de un poder judicial que emita decisiones de manera imparcial e independiente de interferencias de cualquier naturaleza, tanto directas como indirectas. Sobre el comportamiento de los fiscales, se estipula que deben evadir cualquier tipo de discriminación en su trabajo en base a consideraciones políticas, sociales, religiosas, raciales, culturales y sexuales. Igualmente, se afirma el deber de los gobiernos de poner a disposición de todas las personas a lo largo del territorio



nacional y sujetos bajo su jurisdicción, sin distinción alguna, abogados y servicios legales destinados a personas en situación de desventaja económica y social.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben ejercer sus deberes sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, respetando así los derechos humanos de todas las personas. Igualmente, se ha afirmado el deber de la policía de tener como consideración prioritaria la seguridad de la víctima y sus familiares en las decisiones relacionadas con el arresto y detención del agresor. Por su parte, el Estado debe determinar responsabilidades y sancionar, cuando la policía no actúa en concordancia con el marco normativo.

Igualmente, los instrumentos internacionales destacan una serie de principios que deben guiar las actuaciones de la administración de la justicia en el tratamiento de las víctimas de violencia contra las mujeres. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establecen que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas de violencia sexual, para facilitar su participación y testimonio en el proceso penal, y deben tener un acceso completo a la información sobre el proceso.

Por otra parte, una serie de instrumentos internacionales de protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, destacan la importancia de proteger la salud mental y física de las víctimas durante la duración del proceso penal, incluyendo la etapa de investigación, un principio que puede ser aplicado por la CIDH a casos de violencia contra las mujeres para evitar la revictimización de la agraviada.



En general, durante el proceso penal, deben adoptarse medidas de protección para proteger la seguridad, la privacidad y la intimidad de las víctimas^[80]. Igualmente debe proporcionarse a las víctimas información sobre sus derechos y la forma de ejercerlos dentro del proceso penal, en todas las fases de este.

En su *Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, la CIDH estableció algunos principios generales que deben regir las acciones de tutela cautelar en los Estados. La Comisión manifestó entonces:

1. Así, el derecho a la protección judicial crea en los Estados la obligación de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos, entre ellos, la vida y la integridad física en el ámbito local. Varias legislaciones nacionales han adoptado estos recursos a través de figuras tales como *habeas corpus*, amparos, acción de tutela, *writ of injunction*, *mandados de segurança* o medidas de protección de personas, etc.

2. Dada la naturaleza especial de estos recursos, en virtud de la urgencia y la necesidad en la que éstos deben actuar, algunas características básicas son necesarias para que éstos puedan considerarse idóneos en el sentido en que lo han establecido la Comisión y la Corte. Entre estas características se encuentran, por ejemplo, que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes. Asimismo, es necesario que las personas cuenten con la posibilidad de acceder a las instancias judiciales federales o nacionales cuando se sospecha parcialidad en la actuación de los órganos estatales o locales. Igualmente, es necesaria una amplia



legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos como fiscales o defensores públicos, o defensores del pueblo en representación de las personas amenazadas, sin requerir su firma. También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas, esto es, para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente. Además, debe preverse la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados y con cuerpos de seguridad especiales distintos de aquellos de los que se sospecha, entre otras previsiones.

3. En este sentido, por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados. Por ejemplo, mientras que en derecho penal una amenaza contra la vida solo se configura con la iniciación de la etapa ejecutiva del delito, en materia cautelar la protección del derecho a la vida debería incluir la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta.

Asimismo se ha afirmado internacionalmente el derecho de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos a obtener una reparación “adecuada, efectiva y rápida” ante los actos perpetrados, proporcional al daño sufrido. Esta



debe ser integral y debe incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición. (sic)

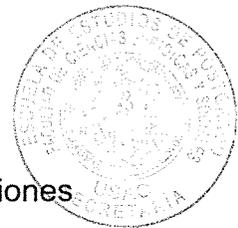
2.4. Violencia y discriminación

El Artículo 6 de la Convención de Belém do Pará establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La CIDH ha establecido en sus precedentes que la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación, está íntimamente vinculada con la prevención de la violencia contra las mujeres. Por ello, ha procurado examinar el contexto social que determina la violación de los derechos de las víctimas, considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una sociedad determinada.

En sus precedentes *Maria Eugenia Morales de Sierra* y *María Da Penha Fernandes*, la CIDH hizo mención expresa a la relación de poder históricamente desigual entre los sexos, que determinó y determina que las mujeres tengan un papel inferior al hombre en las sociedades.

Asimismo, la Comisión sugirió una revisión de la dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público, en función de la cual los asuntos privados, domésticos, particulares o íntimos, están al margen de la intervención estatal. Este esquema ubica



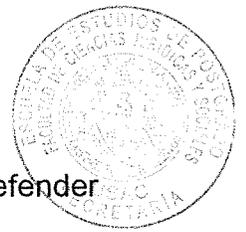
a la familia como el ámbito geográfico de lo doméstico, como un espacio de relaciones que exige la no injerencia estatal.

En dicha esfera, se predica erróneamente que el Estado debería abstenerse de cualquier intromisión en resguardo de la autonomía personal. Los casos mencionados reconocen la falencia del concepto tradicional sobre el papel del Estado en el ámbito familiar, al reconocer las jerarquías sexuales y la existencia de la opresión de las mujeres que existen de hecho en ese ámbito, en gran medida generadas por la supuesta neutralidad de las normas y de las políticas públicas y la inacción del Estado.

Así, en el caso de *Maria Eugenia Morales de Sierra*, la CIDH encontró violaciones de los Artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana cuando las disposiciones del Código Civil de Guatemala referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al esposo, en virtud de su papel como proveedor de ingresos y, en el caso de la madre, por su papel como esposa, madre y ama de casa.

La Comisión halló que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Al respecto, en el presente caso Morales de Sierra, la Comisión sostuvo que los Artículos del código civil cuestionados:

Tienen un efecto continuo y directo en la víctima en este caso, al contravenir su derecho a igual protección y a estar libre de toda discriminación, al no brindar protección para garantizar que sus derechos y responsabilidades en el

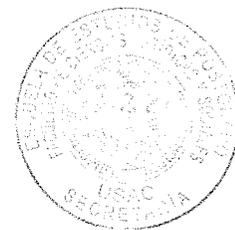


matrimonio sean iguales y equilibrados con los de su esposo, y al no defender su derecho al respeto de su dignidad y su vida privada.

También, la CIDH expresó su preocupación sobre las consecuencias graves de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, incluido el potencial de violencia contra las mujeres. Destacó fundamentalmente el grave impacto que las disposiciones cuestionadas tienen dentro del ámbito familiar. Consideró que las disposiciones del Código Civil aplicaban nociones estereotipadas del papel que desempeñan las mujeres y los hombres, que perpetúan la discriminación *de facto* contra las mujeres en la esfera familiar.

En consecuencia, sostuvo que la aplicación de “nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres” no constituye un criterio apropiado para asegurar la igualdad y el adecuado equilibrio de los derechos y responsabilidades entre los hombres y las mujeres en la esfera familiar.

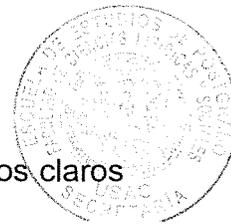
En su decisión, la CIDH reconoció la relación entre las desigualdades de género y la prevalencia de la violencia contra las mujeres ya esgrimida en el Artículo 6 de la Convención de Belém do Pará. Para ello, hizo propio lo afirmado por instrumentos del sistema interamericano e internacional de derechos humanos que versan sobre el tema. En aquel precedente, la CIDH consideró especialmente su *Informe sobre la condición de las mujeres en las Américas*, que, además de determinar la falta de igualdad formal de las mujeres de la región, específicamente señala a la violencia contra las mujeres como un desafío prioritario.



Según este informe:

Las mujeres aún no alcanzan igualdad jurídica plena en todos los países de la región (...) aunque la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho (...) Varios países poseen, en mayor o menor medida, normas discriminatorias y/o restricciones a los derechos civiles de la mujer dentro del matrimonio (...) En numerosos códigos penales valores tales como la honra, el pudor social, la doncella, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o sometiéndolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización (...) todavía persisten las mencionadas situaciones de desprotección hacia las mujeres víctimas de violencia, por falta de legislación adecuada, o porque la legislación vigente no se cumple.

En su precedente *Maria Eugenia Morales de Sierra*, la CIDH considera como fundamento de su decisión entre otras fuentes de derecho, la Recomendación General No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la parte en la que afirma que “la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas”.



La CIDH observa en consecuencia que el sistema interamericano, en base a los claros términos de la Convención de Belém do Pará, ha reconocido que la violencia por razones de género es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

En este mismo orden de ideas, agrega que las actitudes tradicionales conforme a las cuales la mujer es considerada subordinada del hombre o conformes a las que se considera que tiene funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que comportan violencia o coerción, como la violencia y el abuso familiares. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente que las mujeres puedan disfrutar de derechos y libertades en un pie de igualdad con los hombres.

Durante el procesamiento del caso y como consecuencia directa del mismo, el Código Civil guatemalteco fue objeto de importantes reformas, entre ellas el derecho de las mujeres guatemaltecas de trabajar sin el permiso explícito de su esposo.

Otro caso en que la CIDH establece el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres, es el caso anteriormente mencionado de *Maria da Penha Fernandes*. Como parte de su resolución, la CIDH estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en casos de violencia doméstica. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia va más allá que la de procesar y condenar; y también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”.

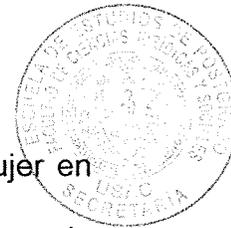


En ese caso, la CIDH afirmó la relación que existe entre la violencia, la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales y la discriminación. Para ello, hace referencia a su Informe Especial sobre Brasil de 1997 donde sostuvo que “existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales”. En este caso, la Comisión agregó además que la tolerancia sistemática por los órganos del Estado no hace sino “perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”.

La relación entre violencia y discriminación también se ha reflejado en otros informes especiales elaborados por la Relatoría sobre derechos de las mujeres de la CIDH. En particular, corresponde hacer referencia al informe sobre la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, dado que es el que más ahonda en el estudio de la relación entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En dicho informe se considera que la discriminación basada en el género constituye un obstáculo para la sanción y prevención de asesinatos de mujeres.

El informe destaca el vínculo entre la subordinación de las mujeres y la violencia:

En este sentido debe subrayarse que, como lo deja en claro la (...) “Convención de Belém do Pará”, la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia “es uno de los



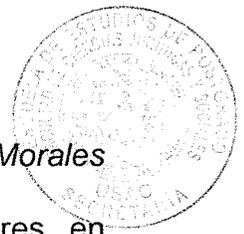
mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”. La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación.

En el párrafo 69 del Informe analizado, la CIDH enfatiza que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos, obedece a la discriminación que afecta a las mujeres que, como lo sostuvo en el párrafo anteriormente transcrito, se encuentra en una posición de subordinación frente al hombre.

El informe expresa:

(...) no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficacia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra las mujeres en todas sus principales manifestaciones.

En las decisiones e informes comentados, la CIDH ha recalcado la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia y discriminación contra las mujeres, utilizando como base instrumentos como la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.



En informes de fondo como el de *Maria da Penha Fernandes y Maria Eugenia Morales de Sierra*, se han afirmado aspectos cruciales de los derechos de las mujeres, en especial de su derecho a vivir libres de violencia. También se han fijado principios vinculantes que deben regir las obligaciones de los Estados y plasmarse en sus leyes y políticas.

Entre ellos se encuentran el deber del Estado de erradicar efectiva y prontamente actos de diferentes formas de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por agentes estatales como no estatales; el deber de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para las víctimas de violencia; y la obligación de implementar acciones destinadas a erradicar la discriminación contra las mujeres así como patrones estereotipados de comportamiento que promuevan un trato desigual en sus sociedades, que han implicado para las mujeres un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales.

2.5. El deber de revisión de normas, prácticas y políticas discriminatorias

El inciso E del Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará impone a los Estados, como parte del deber de debida diligencia, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres.

Debido a la relación evidente que existe entre discriminación y violencia, este precepto debe interpretarse en el sentido de imponer a los Estados el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar



discriminatorio en perjuicio de las mujeres. En la sección II.B de este Informe se examinan normas de estas características.

El principio de no discriminación aplicado a los problemas de género puede tener diferentes significados que denotan distinto alcance en su protección. Una primera formulación de este principio, más restringido en términos de su protección, condena las normas, las prácticas y políticas por las cuales un hombre, por el solo hecho de ser hombre o por supuestos rasgos o condiciones que serían inherentes al hombre, es elegido para un trabajo o un cargo. Por ejemplo, son discriminatorias aquellas normas que postulan que solo los hombres podrán estudiar una carrera profesional, ejercer determinado trabajo o ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal.

En consecuencia, en este sentido, el principio de no discriminación postula que las personas no deben ser tratadas desigualmente en base a su sexo, ya que está comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos independientemente de su sexo. Este enfoque presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres.

Asimismo, dicha postura, en el caso de las mujeres, identifica la igualdad sexual con la igualdad de trato, negando que el derecho deba tolerar o reconocer diferencias intrínsecas entre hombres y mujeres. Desconoce que los hombres y mujeres están corriendo distintas carreras y que la competencia empieza en puntos de partida diferentes.



Lo que más preocupa a esta posición es que el derecho cumpla con las pretensiones liberales de objetividad y neutralidad. Por ello, las expertas en género que se enrolan en este pensamiento han focalizado sus esfuerzos en reformar las normas para eliminar las barreras jurídicas que obstaculizan que las mujeres sean tratadas igual que los hombres en la esfera pública. Aquí se presupone que el requisito de igualdad de trato es suficiente para compensar las desventajas experimentadas por las mujeres.

El concepto restringido del principio de no discriminación, asociado con una concepción liberal clásica, no es suficiente para justificar medidas de acción afirmativas -el hombre que es rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres puede reclamar haber recibido un trato injusto-, ni permite cuestionar adecuadamente aquellos criterios que en principio parecen neutrales -como la meritocracia-, pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas.

Su formulación no es utilizada tampoco para cuestionar concepciones sociales arraigadas en la sociedad acerca del determinado papel de las mujeres que les hace responsables en primer grado del cuidado de los niños y del ámbito doméstico y que las excluye de ámbitos públicos tales como el trabajo, la educación y la política.

Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres.



En esta concepción la discriminación de las mujeres no solo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide.

La interpretación amplia del principio de no discriminación, promueve el cuestionamiento de arreglos normativos que en la superficie parecen neutrales –por ejemplo, la utilización de criterios tales como la meritocracia, la estatura o la antigüedad en el cargo-, prácticas sociales -como es la tan sutil y extendida práctica que pone los deberes de cuidado en cabeza de las mujeres-, como así también sirve para justificar acciones afirmativas.

Cabe tener presente que, de acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo. De ahí la naturaleza eminentemente grupal o colectiva de este principio. Es decir, la discriminación se configura si, por ejemplo, una mujer no es contratada por lo que significa social y laboralmente pertenecer al grupo de mujeres.

El trato discriminador se manifiesta en forma individual, sin embargo, la fuente del mismo es presumiblemente grupal. El tipo de intervención que se requiere para erradicar la institución social de la jerarquía de género tan arraigada y resistente es de



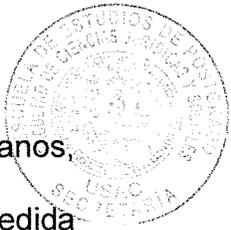
tipo estructural, es decir, dirigida a cambiar espacios e instituciones sociales básicos, como la justicia, la política, la familia y el mercado.

En el plano normativo, la Recomendación General No. 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece que:

La Convención va más allá del concepto de discriminación utilizado en muchas disposiciones y normas legales, nacionales e internacionales. Si bien dichas disposiciones y normas prohíben la discriminación por razones de sexo y protegen al hombre y la mujer de tratos basados en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables, la Convención se centra en la discriminación contra la mujer, insistiendo en que la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer.

A su vez, el principio de no discriminación puede tener múltiples manifestaciones. Una de ellas, se refiere a la discriminación producto de un trato desigual, basado en una categoría prohibida o sospechosa que excluye, restringe o menoscaba el ejercicio de un derecho. Este tipo de discriminación puede expresarse, por un lado, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión (por ejemplo, cuando se prohíbe a las mujeres ejercer una profesión o administrar bienes sin consentimiento del marido). Otra forma de discriminación legal puede darse por el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas positivas fijadas por el derecho nacional o internacional.

En relación con el primer supuesto, es decir, la utilización del género como motivo para tratar en forma desigual a las personas, el sistema interamericano de derechos

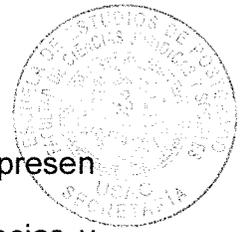


humanos y la jurisprudencia de los tribunales supremos de varios países americanos, han establecido como principio la presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios.

El alcance de los Artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 4/84. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que:

(...) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, esta resultará incompatible con toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

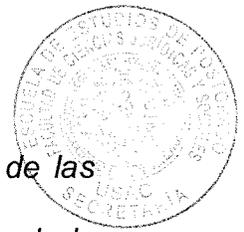
Si bien la Corte indica que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio en los términos de la norma examinada, agregó que la validez de la distinción dependía de que aquella



(...) partiera de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón; vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Además, en otra opinión la Corte agregó que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”. La jurisprudencia de la Corte establece, en consecuencia, que debe mediar un fundado grado de razonabilidad o proporcionalidad en la aplicación de ese criterio de distinción para fundar la restricción al derecho fundamental y que siempre se debe optar por la alternativa que cause menor afectación del derecho.

La CIDH, por su parte, ha sostenido reiteradamente que debe analizarse de manera concienzuda y pormenorizada la restricción fundada en alguna de las categorías del Artículo 1.1 de la Convención Americana, que funcionan de tal modo como una suerte de “categorías sospechadas”. En este caso, se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que este no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asiente exclusivamente en el prejuicio.

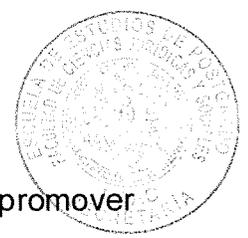


En este sentido, en el *Informe sobre Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, la Comisión indica que, “para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables”. Sin embargo, luego aclara que no toda diferencia en el trato en circunstancias similares es necesariamente discriminatoria.

Al respecto indica que una distinción basada en “criterios razonables y objetivos” puede servir un interés legítimo del Estado de conformidad con los términos del Artículo 24.

Puede, de hecho, ser necesaria para que se haga justicia o para proteger a las personas que requieren la aplicación de medidas especiales (...) Una distinción basada en criterios razonables y objetivos: (1) tiene un objetivo legítimo y (2) emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue. (CIDH, Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI, III. B)

Cuando se utiliza un criterio como el sexo para distinguir, una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres puede estar justificada solo si el motivo aducido para dicho trato desigual es imperioso o de gran importancia o peso. Así la Comisión sostiene que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento” (CIDH, Informe Anual 1999, Consideraciones



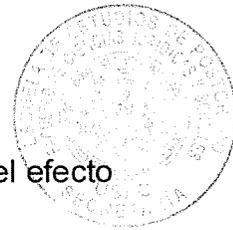
sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI, III. B).

Luego, la CIDH introduce la idea acerca del examen minucioso que debe efectuarse ante distinciones basadas por ejemplo en el sexo de la persona: “Las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso” donde “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”.

Esta misma formulación del estándar de razonabilidad estricto es desarrollada en el caso *Maria Eugenia Morales de Sierra*, caso extremadamente relevante para este informe. Aquí la Comisión aplicó la doctrina de no discriminación ante la utilización por parte del legislador del sexo como criterio diferenciador.

En este caso la CIDH indicó que el Artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, por ejemplo, las que se basan en el sexo, resultan fuertemente sospechosas de ilegalidad, y el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechadas, la norma o la política que lo utiliza será observada con un criterio de escrutinio intenso o estricto.

El examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación, abarca el estudio del *impacto* discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general



y no diferenciado. Aquí se busca privilegiar los factores objetivos —entre ellos, el efecto o resultado discriminatorio- por sobre la *intención* declarada de discriminar.

Esta postura ha sido recogida además en una larga tradición de jurisprudencia en los Estados americanos. La Corte Suprema de Canadá en el caso *Andrews c/ Law Society of British Columbia*, afirmó que el objetivo de las normas de igualdad de la Carta canadiense de Derechos y Libertades consiste en proteger contra la discriminación a todos aquellos grupos desaventajados de la sociedad.

La discriminación se presenta cuando una ley, tanto por su fin como por su efecto (*impact*), impone una desventaja a los miembros de dichos grupos en comparación con otros miembros de la sociedad. Para alcanzar el ideal de la completa igualdad ante la ley, la principal consideración que debe efectuarse consiste en evaluar el impacto de la ley sobre el individuo o grupo. Así como no todos los tratamientos diferenciados entre individuos resultan necesariamente en desigualdades, muchas veces el tratamiento idéntico produce graves desigualdades.

Por ello el tribunal ha rechazado de manera firme “el mismo o idéntico tratamiento” como estándar de igualdad. La discriminación, sostuvo la Corte canadiense, no es simplemente una distinción entre el tratamiento de grupos e individuos, sino que además impone una desventaja sobre determinados grupos.

En sentido similar argumentó la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C-673, C-507 y C-534/05. En estos casos expresó que la protección jurídica de los intereses de las personas está integrada por dos criterios principales. El primero



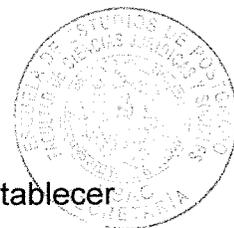
consiste en el principio general de igualdad, el cual contempla tres dimensiones y obligaciones.

La primera es la igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe aplicarse de la misma forma a todas las personas. Sin embargo, esta dimensión de la igualdad no garantiza que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello, afirma la Corte Constitucional colombiana, se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato, que garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferentes. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables.

Ahora bien, sostiene la Corte colombiana, una ley que no imponga diferencias en el trato y se aplique a todos por igual, puede, sin embargo, proteger de forma diferente a las personas. Por consiguiente, es necesaria la igualdad de protección, la cual asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Esta dimensión del principio de igualdad es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte medidas para garantizar la igual protección.

La Corte Constitucional indica que para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada, es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a

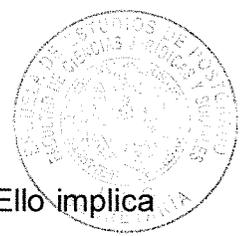


los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas.

El segundo criterio de protección jurídica elaborado por la Corte Constitucional de Colombia consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas, en el sentido de determinar que en ellos se establece un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente/una protección especial a grupos discriminados o marginados. Siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional colombiana, la igualdad se protege cuando la legislación y las políticas públicas toman en consideración las específicas circunstancias y características de aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja social, política, económica o legal.

La CIDH ha reconocido que para alcanzar la igualdad de género, no es suficiente con la igualdad *de jure*. Además, hace falta eliminar las prácticas y conductas que generan y perpetúan la posición de inferioridad que tienen las mujeres en la sociedad. No obstante, la Comisión no subestima la importancia de la igualdad formal y destaca la importancia del derecho para alcanzar el cambio social: “aunque la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho”.

El sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de



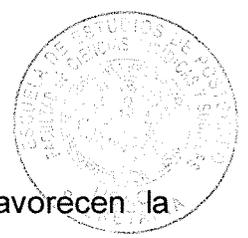
la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho” (Véase: *Igualdad y Discriminación Positiva: un esbozo de análisis conceptual*; Fiss, Owen, *Another Equality*, y *Grupos y la Cláusula de Igual Protección*, en Gargarella; Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, 1999, pp. 137-167).

2.6. Debida diligencia y medidas positivas contra la discriminación

Ya para ir cerrando todo lo relatado en este Informe de la CIDH, en su párrafo 100, indica que:

En ocasiones, la implementación de medidas especiales de protección y promoción de la igualdad -entre las que se encuentran las denominadas medidas de acción afirmativa- son el tipo de acción de garantía indicada para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión. La idea de la utilización de medidas especiales de protección contra la discriminación ha sido ampliamente aceptada por el sistema internacional y regional de derechos humanos.

La CIDH observa que entre los deberes del Estado de actuar con debida diligencia, en los términos del Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en particular para prevenir o transformar situaciones estructurales o extendidas de violencia contra las mujeres, deben considerarse comprendidas las medidas especiales de promoción de



la igualdad y la erradicación de patrones sociales y culturales que favorecen la discriminación de las mujeres en la sociedad. En el punto III de este Informe se examinan diversas políticas que se encuentran en implementación en algunos Estados americanos, y lineamientos de políticas públicas que podrían emplearse con este objetivo.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que "en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los Artículos 2 y 3, los Estados Partes deben 'adoptar todas las medidas necesarias' para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos". Tales medidas comprenden (i) eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, (ii) dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y (iii) ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto, además de las medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a las mujeres en forma efectiva e igualitaria. Respecto de este último punto, el Comité indicó que "el Estado Parte no solo debe adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a las mujeres en forma efectiva e igualitaria". (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 2000, párr. 3).

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido que respecto de grupos que resultan vulnerables o

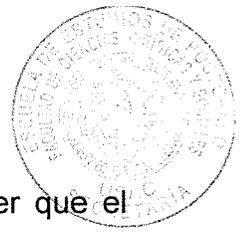


susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluyan políticas activas de protección.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el Artículo 2 que los Estados deben promover medidas que permitan el goce de los derechos humanos: "(...) los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

A fin de cumplir con la protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación, la Corte Interamericana en el caso de *Yean y Bosico* expresó que respecto de los mecanismos que regulan el otorgamiento de la nacionalidad, el Estado debe, en primer lugar, abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan un impacto discriminatorio sobre un grupo. En segundo lugar, el Estado debe combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, particularmente en los órganos públicos. Por último, debe adoptar las medidas afirmativas que sean necesarias para asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

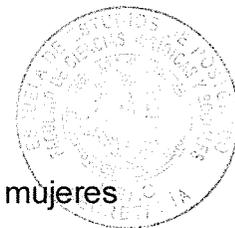
Esta última obligación ya había sido reconocida por la Corte en su Opinión Consultiva No. 18. Además, en esta opinión la Corte hace referencia al deber especial de protección que tiene el Estado respecto de las prácticas discriminatorias que lleven a cabo terceros bajo su tolerancia y aquiescencia.



En igual sentido se expresó la Corte en el caso *Yean y Bosico* al establecer que el Artículo 24 de la Convención Americana no solo exige la no implementación de políticas y medidas discriminatorias, sino que además exige proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales.

Este tipo de protección extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aun cuando provengan de particulares. Específicamente sobre este último deber, la CIDH se pronunció en el caso *María Da Penha* que se ha examinado anteriormente.

Respecto concretamente de la cuestión de género, la CIDH, a través de la Relatoría sobre derechos de las mujeres, ha sostenido que los Estados, en sus esfuerzos por reducir la desigualdad de género, deben utilizar medidas especiales para este fin. Conforme a ello y de acuerdo con los Artículos 20 y 24 de la Declaración Americana, y el Artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión ha instado a los Estados a que continúen y amplíen las medidas para promover la participación de mujeres en los distintos niveles de decisión política, incluidas las medidas positivas (CIDH, Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, cap. V, C. 1).

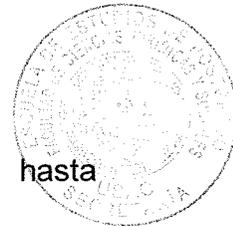


En este sentido, la CIDH ha indicado que los Estados deben asegurar que las mujeres tengan una representación apropiada en todos los niveles de gobierno, en el orden local, provincial o estatal y nacional; desarrollen estrategias para incrementar la integración de las mujeres en los partidos políticos; y adopten medidas adicionales para incorporar plenamente a los sectores de la sociedad civil, incluyendo aquéllos que representen los intereses de las mujeres, en los procesos de desarrollo e implementación de políticas y programas.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos denominan "*medidas especiales*" a las acciones de carácter temporal que tienen por objeto asegurar el progreso de ciertos grupos. Los Comités de supervisión de los tratados internacionales, como así también los Estados Partes, se han referido a ellas a través de las acepciones "acción afirmativa", "acción positiva", "medidas positivas", "discriminación inversa" y "discriminación positiva". Además, han justificado este tipo de medidas por su carácter correctivo, compensatorio y promocional.

La Recomendación General No. 25 de la CEDAW, al establecer el alcance y significado de las medidas especiales del párrafo 1 del Artículo 4, entiende que las mismas:

Deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de facto entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de las mujeres y asegurar



el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de jure como de facto respecto del hombre.



CAPÍTULO III

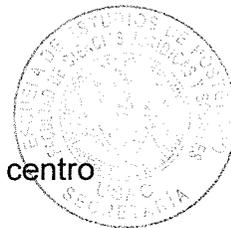
3. La pena

3.1. Generalidades de la pena en el derecho

La pena, en derecho, se refiere a la sanción o castigo impuesto por el Estado, a una persona que ha cometido un delito. Es una parte fundamental del sistema legal y de justicia que busca mantener el orden social, proteger a la sociedad y, en algunos casos, rehabilitar al infractor. Las penas pueden variar en su naturaleza y gravedad dependiendo del sistema legal y la jurisdicción específica.

A continuación, se presentan algunos conceptos clave relacionados con la pena en derecho:

- Objetivos de la pena
 - a) Prevención general: busca disuadir a la sociedad en general de cometer delitos al ejercer un efecto intimidatorio.
 - b) Prevención especial: se centra en el individuo infractor, buscando su rehabilitación y reeducación para prevenir la reincidencia.
 - c) Reparación: algunas penas buscan compensar a la víctima o restaurar el equilibrio afectado por el delito.
- Tipos de penas



- a) Penas privativas de libertad: como la prisión o la reclusión en un centro penitenciario.
 - b) Penas pecuniarias: multas impuestas al infractor.
 - c) Penas restrictivas de derechos: restricciones en los derechos del condenado, como la pérdida de ciertos privilegios o la libertad condicional.
 - d) Trabajos comunitarios o servicios a la comunidad: contribuciones no remuneradas a la sociedad como parte de la pena.
 - e) Código penal: define los delitos y establece las penas correspondientes.
 - f) Judicatura: impone las penas según la legislación y las circunstancias específicas de cada caso.
- Proporcionalidad y humanización de las penas
 - a) La proporcionalidad implica que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito.
 - b) La humanización busca garantizar que las penas sean justas, respeten los derechos humanos y consideren factores individuales del infractor.

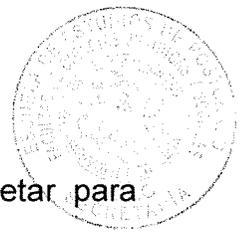
Es importante destacar que los sistemas legales varían entre países y regiones, y las leyes pueden evolucionar con el tiempo. Además, en algunos lugares, se exploran enfoques alternativos a las penas tradicionales, como la justicia restaurativa, que busca la reconciliación y la reparación en lugar de simplemente castigar al infractor.



La pena, en el ámbito del derecho, se refiere a las consecuencias o sanciones impuestas por el Estado como respuesta a la comisión de un delito. La imposición de penas tiene varios propósitos y desempeña un papel crucial en el sistema legal.

Aquí se destacan algunas de las razones fundamentales que explican la importancia de la pena en el derecho:

- a) Prevención general: la pena tiene un componente preventivo dirigido a la sociedad en su conjunto. La idea es disuadir a otros posibles infractores al demostrar las consecuencias negativas de cometer un delito. Al castigar a quienes violan la ley, se envía un mensaje claro de que el Estado no tolerará conductas delictivas.
- b) Prevención especial: la pena también busca prevenir que el individuo condenado cometa nuevos delitos. A través de la privación de libertad, multas u otras sanciones, se busca modificar el comportamiento del infractor y reintegrarlo de manera positiva a la sociedad. Esto puede incluir programas de rehabilitación y medidas de corrección.
- c) Justicia y equidad: la imposición de penas busca establecer un equilibrio entre el acto delictivo y la sanción correspondiente. Busca asegurar que la respuesta legal sea proporcionada al daño causado y que se haga justicia. La pena también puede ser vista como una forma de reparación simbólica para las víctimas y la sociedad en general.
- d) Restauración del orden social: la imposición de penas contribuye a mantener la estabilidad y el orden en la sociedad. Al castigar las conductas delictivas, se



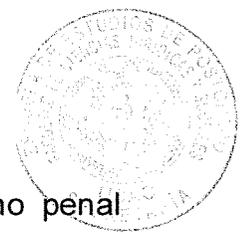
refuerza la idea de que existe un marco legal que todos deben respetar para garantizar la convivencia pacífica y segura.

- e) Expresión de la voluntad del Estado: la imposición de penas refleja la autoridad y la soberanía del Estado para mantener el control y el orden en la sociedad. Sirve como un medio para hacer cumplir la ley y proteger los derechos de los ciudadanos.

Es importante señalar que, a lo largo del tiempo, ha habido debates y evoluciones en torno a la teoría de la pena y cómo se deben abordar los aspectos de retribución, prevención y rehabilitación. En muchos sistemas legales se busca encontrar un equilibrio entre estos diferentes objetivos, para lograr un sistema de justicia penal más efectivo y justo.

Para cualquiera que inicia el estudio de la justicia penal, uno de los primeros temas que aborda es la discusión de los criterios detrás del castigo, erróneamente llamados “teorías del castigo” porque no son modelos explicativos. Más bien, son criterios desarrollados que intentan responder a la pregunta “¿para qué sirve el castigo?” en la medida en que la sanción penal representa la mayor penetración del poder punitivo del Estado en la zona más íntima de una persona. Estas declaraciones constituyen en última instancia un discurso que legitima el poder del castigo.

Entre las diversas discusiones que explican este fenómeno, *Manuales de Derecho Penal: Parte General* aborda el objetivo de Immanuel Kant del castigo como fundamento moral, catalogándolo entre las teorías absolutas, constituyéndose así la venganza pura. En cierto sentido, la base absoluta del castigo por excelencia. El hecho de que los motivos absolutos de la pena no se utilicen en el dogma jurídico-penal



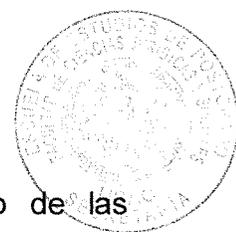
alemán desde los años 60, junto con posiciones que defienden un derecho penal puramente preventivo.

Cristalizado en el “Proyecto de Código Penal Alternativo” (1968), provocó un desinterés por investigar la finalidad de la pena sin contenido disuasorio. El despertar del interés por el estudio de la teoría desarrollada por Kant en el campo de la filosofía del derecho y del derecho penal va de la mano con el redescubrimiento de la teoría de la imputación (“Zurechnungslehre”), que Kant difundió.

Escritores alemanes como Hruschka, Neumann o Joerden y Sánchez-Ostiz en el mundo hispanohablante. En diversas partes de su *Metaphysik der Sitten* (MdS, la metafísica de las leyes), Kant desarrolla conceptos aplicables al proceso penal, de modo que quien quiera sistematizar estas ideas debe apoyarse tanto en la “introducción”.

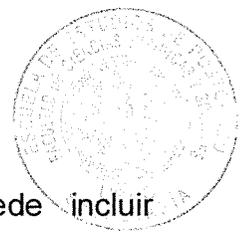
El concepto más importante desarrollado en la introducción en los casos penales es el concepto relativo a la imputación (“Zurechnung”). Aunque esto se aplica en principio tanto a las acciones morales como a las jurídicas, los dos sistemas difieren en sus consecuencias. El significado de esta expresión es que se utiliza en el derecho penal para determinar cuándo un hecho es punible. En principio, se pueden encontrar otras declaraciones sobre el derecho penal y las penas en especialmente bajo el título “Ley de castigos e indultos” (“Vom Straf- und Begnadigungsrecht”).

La pena, en el ámbito del derecho, se refiere a la sanción o castigo impuesto por el Estado como consecuencia de la comisión de un delito. Es un componente esencial del sistema penal y tiene diversos propósitos, que van más allá de la simple retribución por



la conducta delictiva. A continuación, se proporciona un análisis amplio de las definiciones y dimensiones de la pena en el derecho.

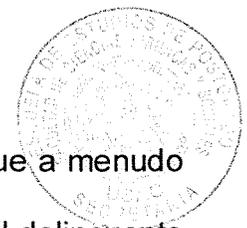
- a) **Retribución:** la pena tiene una función retributiva al buscar proporcionar un castigo proporcional al daño causado por el delito. Este enfoque se basa en la idea de que el infractor merece sufrir una consecuencia proporcional a la gravedad de su conducta.
- b) **Prevención general:** la pena busca disuadir a la sociedad en su conjunto de cometer delitos. Al imponer castigos, se envía un mensaje claro de que la violación de las normas legales resultará en consecuencias negativas, lo que debería disuadir a otros de cometer actos similares.
- c) **Prevención especial:** se orienta a la rehabilitación y readaptación del infractor. La pena busca reformar al delincuente, proporcionándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad como un miembro productivo y respetuoso de la ley.
- d) **Protección social:** la pena busca proteger a la sociedad al privar temporal o permanentemente de la libertad a aquellos individuos cuya conducta delictiva representa una amenaza para otros. Esto se logra a través de la prisión u otras medidas de seguridad.
- e) **Culminación del proceso penal:** la imposición de la pena marca el final del proceso penal, cerrando el ciclo iniciado con la comisión del delito. Sirve como la culminación de la búsqueda de justicia por parte del Estado.



- f) Reparación del daño: en algunos sistemas legales, la pena puede incluir componentes destinados a reparar o compensar de alguna manera el daño causado por el delito. Esto puede involucrar el pago de indemnizaciones a las víctimas.
- g) Humanización de la pena: en sociedades modernas, se busca humanizar las penas, evitando castigos crueles o inhumanos. Los derechos humanos y principios éticos guían la imposición de sanciones, buscando un equilibrio entre la necesidad de castigar y el respeto a la dignidad humana.
- h) Proporcionalidad y legalidad: las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito y establecidas por la ley. Este principio de legalidad impide la imposición arbitraria de castigos y garantiza que los ciudadanos conozcan de antemano las consecuencias de sus acciones.
- i) Revisión y reinserción: en muchos sistemas penales, se incorporan mecanismos de revisión de penas para evaluar la evolución del infractor y, en casos apropiados, facilitar su reinserción en la sociedad antes de cumplir la totalidad de la pena.

En resumen, la pena en el derecho implica una compleja interacción de principios y objetivos, buscando no solo castigar a los infractores, sino también prevenir futuros delitos, proteger a la sociedad, rehabilitar a los delincuentes y garantizar la proporcionalidad y legalidad en el sistema penal.

Entre los pueblos primitivos, el Código Penal siempre fue corto. El deseo de propiedad no había tomado posesión de sus emociones. Sus vidas fueron simples, sus ajustes pocos, y no había necesidad de un elaborado código de actos prohibidos. Sus castigos



eran generalmente simples, directos, y graves: la muerte o el destierro, que a menudo significaba la muerte, a veces la mutilación y la marcación, de modo que el delincuente pueda servir como una advertencia constante a los demás.

Los pueblos primitivos se preguntaron al principio sobre su origen y destino. Lo desconocido llenó la mayoría de las experiencias de sus vidas. El reino de lo conocido era muy pequeño. No tenían idea de la ley y el sistema, de la causa y el efecto. Comenzaron temprano a desarrollar ideas religiosas. Las manifestaciones de la naturaleza, el misterio del nacimiento, el miedo a la muerte, los fenómenos de los sueños, el crecimiento y la cosecha de las cosechas, todos estos estaban más allá de su comprensión. Ellos poblaron la tierra con dioses para ser propiciado y apaciguado.

Todo fue el acto de una especial providencia. Desde los primeros tiempos la religión y la brujería amueblaron los sujetos principales del Código Penal. Las sanciones por la violación del código siempre fueron severas, por las formas más aterradoras. Ningún otro delito podría ser tan grande como para despertar la ira de los dioses, y naturalmente ninguna otra conducta debe exigir una pena tan severa como llamar a la ira de los dioses.

Esto caería no solo sobre el hombre ofensor, sino sobre la comunidad de la que formaba parte. Así como el hombre se desarrolló en el conocimiento, civilización, este tipo de crímenes continuaron proveyendo la mayor proporción de víctimas y los castigos más crueles. Tortura para atrapar delincuentes y extorsionar confesiones. La diferencia de opiniones religiosas fue el peor crimen. La inquisición se convirtió en algo establecido.



A veces una nación estaba a punto de desaparecer. Los herejes debían ser asesinados y las herejías destruidas. El hereje era el que no aceptaba la fe prevaleciente. La lista de víctimas de castigos por motivos de religión, brujería, hechicería y leyes afines ha sido mayor que por cualquier otro cargo. Este tipo de leyes siempre llamaban al mayor celo. Para los entusiastas religiosos, nada más era más importante. Involucró no solo la vida del hombre en la tierra, sino también su vida, durante toda la eternidad.

Los estatutos hoy en día están repletos de tales crímenes, pero los castigos han sido disminuidos y, como regla general, las comunidades no los hacen cumplir. Pero las leyes contra la blasfemia, trabajando los domingos, y las diversiones dominicales de todo tipo, todavía están en los libros y se aplican en algunos lugares. Una gran organización y una parte influyente y agresiva de la Iglesia Cristiana insiste en que estas leyes deben ser aplicadas hasta el límite y que aun así se colocarán otras entre los estatutos de los varios estados.

Los métodos de imposición de la pena de muerte han sido diversos, como las siguientes formas favoritas de quemar, hervir en aceite, hervir en agua, romper en el estante, asfixiando, decapitando, crucificando, apedreando, estrangulando y electrocutando. Hasta mediados del siglo pasado fueron transportados en presencia de la multitud para que todos puedan ser advertidos.

El número de crímenes por los cuales la muerte y la tortura corporal han sido el castigo apenas puede ser registrado, y si pudieran no sería de ningún tipo de valor. Se toparán con cientos y probablemente con miles. Gran parte de estos crímenes están obsoletos. Sin duda, más hombres han sido ejecutados por delitos que no cometieron y no podían



cometer, más que por cualquier error real del que fueran culpables. Las prisiones se pusieron de moda más tarde que la pena de muerte, y como una forma de castigo ha llegado gradualmente a tomar el lugar de la mayoría de las sanciones. Las cárceles en el pasado han sido lugares aborrecibles y no mucho mejores que la muerte.

Los prisioneros han sido agrupados tan estrechamente que la vida era casi imposible. Encarcelar a las víctimas en las cárceles implica no solo a los prisioneros y a sus familiares, sino también a los presos, pero indirectamente en el Estado. Sin duda, a través de los años se han mejorado gradualmente. Muchos de sus terrores han sido desterrados. La gente ha llegado a creer que incluso un prisionero debería tener algo de consideración del estado.

Las penas también se han vuelto menos severas y los términos se han acortado, pero este curso no ha sido regular o constante; el público se relaja fácilmente en el odio y la venganza, y es fácil despertar estos sentimientos en los hombres, ya que ellos están muy cerca de la superficie. Siempre se ha librado una lucha constante por el humano para hacer al hombre más bondadoso, y sin embargo probablemente su naturaleza le hace realmente no cambiar.

Unos meses de frenesí pueden fácilmente deshacer el trabajo de años. Mientras que los hombres castiguen por el bien del castigo, habrá un desacuerdo entre los defensores del castigo largo y el corto plazo, castigos duros y castigos leves. En la naturaleza no hay ninguna base sobre la que se pueda determinar esto. Lo único que arroja alguna luz sobre la pregunta es la experiencia, y los hombres siempre difieren en cuanto a las lecciones de la experiencia. Ni siquiera recuerdan la experiencia cuando



se trata de sentimientos. El castigo solo puede disuadir en el terreno del miedo que fluye de él. El miedo proviene de cosas que son más o menos inusuales.

El hombre tiene poco miedo abstracto a una muerte natural; es tan inevitable que no puede ser evitado en los asuntos ordinarios de la vida. Los castigos extremos pueden ser tan comunes que pocos les otorgan ninguna preocupación, probablemente son tan comunes ahora que la impresión que producen no es muy grande. Castigos más ligeros y fáciles tendrían el mismo efecto psicológico. En muchos casos, un castigo indulgente también eliminaría gran parte del odio y amargura contra el mundo que es común a todos los reclusos de las cárceles.

Las penas corporales son las que se caracterizan por causar un daño físico en el propio cuerpo del delincuente, sin tener como fin ocasionarle la muerte. Se obvia aquí el daño ocasionado con la tortura, por constituir esta un medio para inquirir la verdad en el proceso y no una pena propiamente dicha.

Del mismo modo, no entramos en las modalidades ejecutivas de la pena de muerte (aunque impliquen daños corporales), ni en la pena de galeras por entender que conjuga la privación de libertad junto con la condena a trabajos forzados. Tampoco se analizan las marcas (salvo contadas excepciones), porque se cree que se incluyen en las penas infamantes, ya que, pese a infligir daño corporal en el delincuente, su finalidad, más que represiva, es afectar a su estima de cara a la sociedad e identificarlo (excepto las que se aplican en una parte del cuerpo oculta).

En la mentalidad del hombre más primitivo, cuando todavía no existía el derecho, se desconocía toda relación causal y se creía, por ejemplo, que nadie moría como



consecuencia de una enfermedad, sino por culpa de un hechicero. Es en una etapa posterior cuando aparece el tabú, que se considera el más antiguo de los Códigos no escritos de la humanidad.

Entonces, se distingue lo permitido de lo prohibido y se sanciona lo ilícito con penas que pueden presentarse o bien misteriosamente en forma automática (maná) o ejercida, esa misma fuerza misteriosa, por un rey, sacerdote o jefe. Predomina una concepción religiosa en la que el crimen se concibe como un atentado contra los dioses y la pena un intento de aplacar la cólera divina. Es indudable que la pena es contemporánea del hombre como exigencia ética impresa en su conciencia moral que impone reaccionar con un mal, ante el mal causado por el delito. Todo delito implicaba un pecado.

En consecuencia, la sanción tenía por objeto reintegrar al pecador en el sistema natural y restablecer su comunicación con el mundo sagrado de los dioses. Los primeros castigos reproducían el ritual que aparecía también en las “pruebas iniciáticas”, tales como “las ordalías” o combates rituales. Se pretendía recuperar “por medio de la fuerza y a través del ritual la sacralidad perdida a causa del pecado o mancha”.

En los pueblos del remoto Oriente aparecen claros ejemplos del referido carácter religioso de las primeras reacciones punitivas. El castigo consistía en inmolar a los dioses para aplacar su ira. Por este motivo, a excepción del Código de Hammurabi, las normas penales se contenían en los libros sagrados.

Así, se pueden señalar tres características básicas de las penas primitivas:



- a) Su fin es principalmente reconstitutivo, al permitir afirmar la identidad social de la comunidad, restaurando el equilibrio social, devolviendo la cohesión al grupo y reconciliándolo con la naturaleza.
- b) Al no existir conciencia del yo, las penas primitivas tenían un carácter social y colectivo. De este modo, por ejemplo, la lapidación era una de las formas más antiguas de reacción frente al delito y se ejercía de manera colectiva. Luego será usada por los cartagineses, pero como una modalidad de ejecutar la pena de muerte.
- c) A su vez, esta reacción colectiva tenía un sentido religioso, ya que al concebirse el crimen como atentado contra los dioses la pena sería "la expulsión de los que atentan al orden social existente, pero como sacrificio a la divinidad". Es decir, partiendo de la consideración del delito como pecado, la pena tiene, en su origen, un carácter expiatorio.

3.2. Teoría de la pena

En el ámbito del derecho penal, las teorías de la pena son enfoques filosóficos que buscan justificar el castigo impuesto por el sistema legal a quienes han cometido delitos. Estas teorías ofrecen diferentes perspectivas sobre el propósito y la justificación ética de imponer penas a los infractores. A continuación, se describen algunas de las principales teorías de la pena.



- Teoría de la prevención

a) Prevención general: busca disuadir a la sociedad en general de cometer delitos al imponer castigos ejemplares a los infractores.

b) Prevención especial: se centra en la rehabilitación del delincuente individual para evitar la reincidencia.

- Teoría de la retribución

La pena se impone como una respuesta proporcional al delito cometido. Se basa en el principio de “ojo por ojo”, buscando equilibrar la balanza moral.

- Teoría de la prevención integral

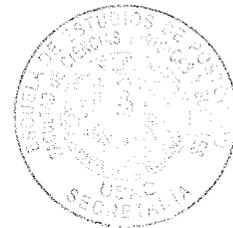
Combina elementos de prevención general y especial. Busca prevenir el delito a través de la disuasión y, al mismo tiempo, rehabilitar al delincuente.

- Teoría de la reinserción social

Enfocada en la rehabilitación del delincuente, busca su reintegración a la sociedad como un individuo productivo y no peligroso.

- Teoría de la justicia restaurativa:

Se centra en reparar el daño causado por el delito, involucrando a todas las partes afectadas (infractor, víctima y comunidad) en un proceso de reconciliación.



- Teoría de la limitación del poder punitivo del Estado:

Argumenta que el Estado debe limitar su capacidad para infligir sufrimiento a los ciudadanos y que la pena debe ser mínima y proporcionada al delito.

- Teoría de la pena como comunicación:

Considera que la pena tiene un propósito comunicativo, enviando un mensaje claro a la sociedad sobre la inaceptabilidad de ciertos comportamientos.

Es importante destacar que estas teorías no son mutuamente excluyentes y que los sistemas legales a menudo incorporan elementos de varias teorías. Además, las opiniones sobre la pena pueden variar según la cultura, la época y las creencias filosóficas y éticas de una sociedad.

El factor común de estas teorías está en que parten de la base que la pena, el poder coercitivo penal del estado es un bien, es algo positivo, sea para la sociedad o para el individuo penado. De esta forma legitiman el ejercicio del poder punitivo del estado que mediante la aplicación de la pena privativa de la libertad tendería a alcanzar metas altruistas.

Dentro de este grupo se pueden realizar una subdivisión entre teorías absolutas (retributivas y reparatoras), relativas (prevención general y especial -positivas y negativas-) y mixtas (retributiva y preventiva especial, retributiva y preventiva general, preventiva general y especial).



- Teorías absolutas

Marcelo Riquert dice que aquí se encuentran aquellas teorías que consideran a la pena como un fin en sí mismo, vale decir, que no es un medio para ningún fin extrínseco, solo constituye la mera sanción del delito. La pena es un mal (quita de bienes) que sigue necesariamente al delito sin importar su influencia futura: los efectos de intimidación o corrección son, en todo caso, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

Son absolutas, del latín *absolutus*, *ab* (privación, separación), *solutus* (de *solvere*: soltar), que primero significó “liberar a alguien de algo” evolucionando semánticamente hasta significar “libre e independiente de toda sujeción o limitación”.

Beloff (s. f.) sostiene que el sustento ideológico de esta posición se encuentra en concebir al estado como el guardián de la justicia terrenal, cuya misión frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual, y al hombre como alguien libre, capaz de auto-determinarse.

En un análisis crítico, Bustos Ramírez resalta que el aspecto positivo de estas teorías es su interés por una pena justa tanto desde el punto de vista del hecho como del sujeto por lo realizado, lo que importó el desarrollo del principio de culpabilidad: solo se responde por el hecho y en la medida en que el sujeto sea culpable. Ello permite considerarla una postura garantista que pone un freno a eventuales intervenciones abusivas del Estado.

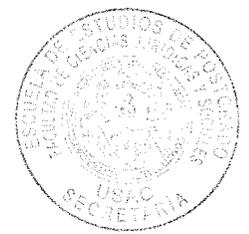


Lo negativo es la consideración del derecho penal como un problema puramente ético en el que se hallan en juego valores absolutos, lo que choca con la realidad social. Atenta contra la esencia de un estado democrático, contra la dignidad humana, pensar en que la pena solo consista en retribuir un mal, ya que por más garantías que se establezcan, como antes refiriera, ello se conecta con las ideas del talión y la venganza.

- Teorías retributivas

Como ya se adelantará, la pena no tiene una finalidad socialmente útil, sino que la culpabilidad que el autor tiene como correlato de su actuación le es retribuida, compensada o expiada en forma justa.

Estas teorías surgen de una visión contractualista de la sociedad, en la que todos somos iguales y se encuentran bajo las mismas condiciones, es por ello que Zaffaroni (s. f.) critica que esta concepción no responde a la realidad, sería obvio si se viviese en una sociedad justa en la que la pena alcanzase a todos los que violan el derecho y en la que todos tuvieran idénticas posibilidades de desarrollo y ocupen un mismo espacio social, pero la sociedad real no funciona así y esto deslegitima la pena retributiva. Asimismo, el autor precitado sostiene que respecto de estas teorías no hay datos empíricos que las puedan neutralizar porque se basan en deducciones, en otras palabras, son afirmaciones que no pueden responderse con ninguna evidencia fáctica.



a) Teoría de la retribución moral (Immanuel Kant 1724-1804)

Kant partió de la regla de que el humano debía ser considerado como un fin en sí mismo y que su utilización como medio es contraria a la moral (imperativo categórico: máxima obtenida a través de la razón que a priori es buena en sí misma, es esencialmente justa), pero cuando abordó la cuestión de la pena se halló frente a un problema: la pena, en la medida en que quiera tener algún fin que la trascienda, es inmoral, porque usa a un humano como medio, incluso en el caso en que sea para su propio mejoramiento. Kant creyó resolver esta contradicción asignándole a la pena el carácter de un medio que garantiza el propio imperativo categórico: dedujo que sin la pena cae directamente la garantía del humano como fin en sí mismo.

Kant no solo se enfrentaba al problema de legitimar la pena sin usar al ser humano como medio, sino también a la necesidad de poner un límite o medida a la pena. Este límite lo establecía con el talión (la misma cantidad de dolor). Es decir, el estado debía retribuir talionalmente (ojo por ojo y diente por diente) para no quebrar el contrato social y volver al estado de naturaleza (guerra).

Por esto último, Zaffaroni (s. f.) sostiene que es falso que la teoría de la pena de Kant sea absoluta porque no persigue ninguna finalidad, para Kant la ley penal no es menos defensora social que para los restantes contractualistas: la pena es un deber del estado civil, al punto que debe imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo debería imponerse la pena al último de los delincuentes, porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento.

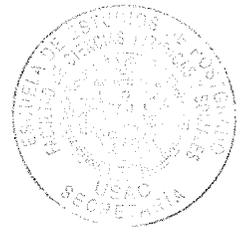


b) Teoría de la retribución jurídica (G. W. F. Hegel 1770-1831):

Para Hegel la humanidad progresa, es decir, avanza su Geist (espíritu) en la historia empujado por la razón. La idea del espíritu de la humanidad es orgánica, o sea, que toda la especie es una unidad cuyo espíritu avanza. Este avance es dialéctico, o sea que la razón va contraponiendo a cada tesis una antítesis, lo que da por resultado una síntesis (en que ambas están destruidas y conservadas al mismo tiempo) que, a su vez, será una nueva tesis. El avance triádico (dialéctico) del espíritu de la humanidad en la historia, va dejando al margen del camino a todas las civilizaciones consideradas inferiores.

El espíritu avanzaba también a través de tres estadios: el subjetivo (tesis), en que el humano logra la libertad porque alcanza la conciencia de sí mismo (autoconciencia); el objetivo (antítesis), en que el humano ya libre se relaciona con otros humanos también libres; y el del espíritu absoluto (síntesis), en que el espíritu de la humanidad se eleva por sobre el mundo.

La eticidad se concreta en Hegel en el estado racional, que es el único que le quita al castigo el carácter de venganza. Solo con la confiscación de la víctima para él la pena pierde su irracionalidad y pasa a ser ética y el poder del señor (del estado racional) es el único que puede llevar la pena a la condición de cancelación del injusto y de consiguiente reafirmación del derecho. El delito, como negación del derecho, es cancelado con la pena como negación del delito (negación de la negación es la afirmación) y, por ende, como afirmación del derecho, solo en el estado racional.



- Teorías reparatoras

Son posiciones que vinculan a la pena con la idea de que resulta el único medio que permite reparar el daño que el delito ha producido, han tenido menor trascendencia que las anteriores teorías. Según esta postura el mal del delito no está en el hecho exterior, sino en la voluntad que lo produjo, la que ha sido determinada por móviles inmorales. Así, la pena resulta ser una necesidad que guiará a la moralidad por intermedio del sufrimiento o aflicción que ella importa.

- Teorías relativas

La pena se legitima por finalidades que le son trascendentes, el hecho punible es solo una condición de la pena y no su fundamento. La preocupación se traslada de indagar sobre los fundamentos de la pena a tratar de determinar para qué sirve o cuál es la utilidad de la pena. Terminan asignando funciones prácticas y verificables. La pena es una medida práctica para impedir la comisión de delitos.

- Teorías de la prevención general

Son aquellas posturas que mediante la punición estatal pretenden accionar sobre los que no han delinquido para que no lo hagan en un futuro, sea mediante la disuasión o el miedo (prevención general negativa), sea por el reforzamiento del ordenamiento o la confianza en el sistema (prevención general positiva). En fin, se trata de prevención general porque todas simpatizan con la idea de que la pena previene delitos del resto de la comunidad.



El castigo y la disuasión son dos fundamentos del propósito judicial nacional que históricamente han estado en constante conflicto. En este contexto, y debido al aparente fracaso del llamado ideal general positivo de disuasión y resocialización, recientemente ha surgido la necesidad de reexaminar las teorías absolutas o retributivas del castigo para reevaluarlo. Aplicabilidad. Aunque se atribuye a Ernst-Amadeus Wolff y Michael Köhler y sus discípulos como los creadores de esta tendencia, el profesor Günther Jakobs es sin duda quien creó el neorretributivismo con su transformación radical de Luhmann a Hegel.

En esencia, se destaca que estos diversos autores, que pueden incluirse en esta contracorriente neoclásica, que quedó expuesta por el deseo de buscar mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de los juicios, son contra quienes estamos luchando. La idea estructural de prevención, según la cual la cantidad de castigo puede aumentarse de acuerdo con predicciones sobre eventos y desarrollos futuros.

Los autores neoclásicos o neorelativistas propugnaban centrarse en las características del acto a la hora de dictar sentencia, porque advertían que las especiales tendencias de prevención que prevalecieron hasta los años 1970 y 1980 en países como Estados Unidos, Suecia o Finlandia daban paso a la misma. Sistema judicial discrecionalidad excesiva que ha llevado a una aplicación desigual del sistema de justicia penal y a un trato discriminatorio de determinadas personas o tipos de personas.

Por tanto, estas teorías son una reacción pendular crítica ante las consecuencias prácticas que las órdenes preventivas especiales han provocado en determinados



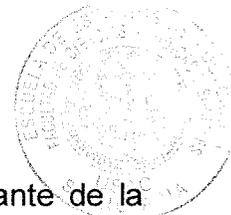
países (con castigos severos para los reincidentes) y la búsqueda de un castigo adecuado a la conducta reprobable del delincuente.

Precisamente en este contexto, es de recalcar, para mitigar las tentaciones del retributivismo es necesario volver a hacer un análisis crítico de las teorías del castigo retributivo, teniendo en cuenta sus principales fundamentos.

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo- y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración.

En este sentido, con razón se señala que tanto La metafísica de las costumbres de Kant como la filosofía del derecho de Hegel, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que precisamente reprochaba Hegel que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad. Y a la que también Kant criticaba el hecho de que el condenado pudiera ser "utilizado como un simple medio de las intenciones de otro y mezclado con los objetos del derecho patrimonial", tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro.

Así, el contenido esencial de las teorías retributivas -que, en su conjunto, responden acerca del contenido, de los fines y de la justificación de la pena- viene dado por los planteamientos centrales de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea:

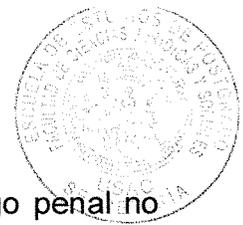


Kant y Hegel, máximos representantes del idealismo alemán, y en su variante de la retribución divina, por distintos autores católicos, entre los que destacan Althaus y Trillaas.

Respecto de esta última variante, la denominada retribución divina, no se hará hincapié, sino solo diremos que, con Jescheck, que en ella se unen, de un lado, la concepción del orden universal como creación divina, y de otro, la idea de la correspondencia entre el ser divino y el humano. Por ello, la vigencia que esta doctrina ha tenido para la Iglesia Católica queda de manifiesto en el mensaje que el papa Pío XII envió al 6º Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma en el año 1953, en el cual se expresa: “Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”.

Para el pensamiento retribucionista, en todas sus versiones, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es solo y únicamente la realización de la justicia como valor ideal.

La pena, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma. La pena tiene que ser porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es el



fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.

Asimismo, las teorías absolutas de la pena se basan en premisas que implican “la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre”, en virtud de los cuales se busca hacer justicia con la pena y establecer, como fines a alcanzar, la justicia o la afirmación de la vigencia del derecho. Por lo que el derecho penal se legitima, para estas teorías, como el instrumento eficaz para el logro de esos fines.

En este sentido, resulta claro que la idea del libre albedrío o el concepto de libertad de voluntad del ser humano -y desde ella, el principio de culpabilidad- resultan claves para la justificación de estas teorías, por cuanto solo el hombre libre, dotado de discernimiento y libertad para decidir entre el bien y el mal, puede ser castigado por el delito cometido.

Así, con razón se señala que las notas comunes de las teorías absolutas se encuentran en dos ideas fundamentales: la primera de ellas está constituida por la tesis de que la pena, el castigo penal, no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito.

Tal idea se basa en el concepto de “dignidad humana” sustentado por los partidarios de la teoría de la retribución, concepto que se vería conculcado en el caso de que el hombre fuese utilizado -como un animal- para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Sea con la amenaza de esta, para que se abstuviera de realizar ciertas conductas, o con la aplicación directa de la sanción penal con la cual se le



amenazó, si efectivamente realiza las conductas prohibidas, con el fin de evitar que en el futuro vuelva a cometer dichas conductas prohibidas.

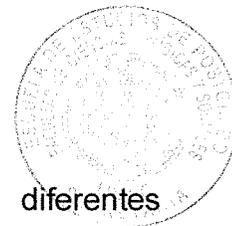
La segunda idea o nota común de las distintas teorías de la retribución consiste en entender, como una exigencia de valores absolutos, que la pena que corresponde al delito tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad. Por ello, para los partidarios de las teorías absolutas, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial son actos inconcebibles y totalmente contrarios a su teoría de la pena, ya que, por principio, dichos hechos se enfrentan con las exigencias irrenunciables de la justicia y el derecho.

Por otra parte, se plantea que la idea de la retribución descansa sobre tres presupuestos inmanentes: el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, solo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo consiste en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad.

En este último orden de ideas se expresa una concepción de la retribución que refleja un leve pero importantísimo matiz, consistente en sustituir la idea de la retribución por un concepto de expiación.

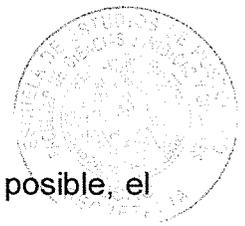
3.3. Principios que informan a la pena

Los principios que informan a la pena son conceptos y valores que guían la aplicación



de sanciones penales en un sistema legal. Estos principios varían en diferentes sistemas jurídicos y culturas, pero algunos de los más comunes incluyen:

- a) Principio de legalidad: establece que nadie puede ser sancionado por acciones que no estén previamente definidas como delitos por la ley. La pena debe estar claramente establecida en la legislación.
- b) Principio de proporcionalidad: la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido. Este principio busca evitar penas excesivas o demasiado leves en relación con la ofensa.
- c) Principio de humanidad: busca que las penas y tratamientos penitenciarios sean humanos y respetuosos de la dignidad humana. Esto incluye la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- d) Principio de individualización de la pena: reconoce que cada individuo es único y que la pena debe ser individualizada según las circunstancias específicas del delincuente y el delito.
- e) Principio de resocialización: busca la reintegración del delincuente a la sociedad mediante programas de rehabilitación y reinserción social, reconociendo que la pena no solo debe castigar sino también ofrecer la oportunidad de cambio.
- f) Principio de prevención: busca prevenir la comisión de delitos a través de la imposición de penas que disuadan a otros de cometer actos delictivos (prevención general) y que también disuadan al delincuente específico de reincidir (prevención especial).



- g) Principio de reparación: busca que el infractor repare, en la medida de lo posible, el daño causado a la víctima o a la sociedad. Puede incluir compensación económica, servicios a la comunidad u otras formas de restitución.
- h) Principio de igualdad: busca asegurar que la aplicación de la ley y las penas sean aplicadas de manera justa y sin discriminación, garantizando la igualdad ante la ley.

Estos principios forman la base de los sistemas penales y buscan equilibrar la necesidad de castigar el delito con la protección de los derechos humanos y la rehabilitación del delincuente. Es importante destacar que la interpretación y aplicación de estos principios pueden variar en diferentes jurisdicciones y sistemas legales.

Son consecuencias de las garantías al Estado de derecho y se basa en cualquier forma de pena, en ley. Tienen que ser aplicadas con base a la ley y además en jurisdicción previamente establecida por esta.

Debido a que no puede aplicarse penas distintas a las que establece la ley, también el principio de legalidad informa la institucionalidad de la pena. Dicho principio como se mencionó este contenido y regulado por el Código Procesal Penal en su Artículo 1.

Concretamente se señalan tres como los principios de mayor relevancia jurídico y social, para la legitimación de la pena, los cuales son: el principio de necesidad de la intervención, el principio de la protección de los bienes jurídicos y el principio de la dignidad de la persona.

Es conveniente dejar claro que principios informan a la rama del derecho penal, los cuales le brindan legitimidad a lo establecido por este en cuanto qué conductas se

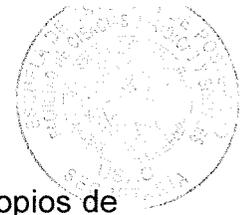


deben penalizar y qué bienes tutelares. El derecho penal subjetivo o derecho de castigar, se encuentra limitado por ciertos principios los que ofrecen, al ser estudiados en conjunto, una útil perspectiva de la forma en que cada Estado entiende, establece y aplica el derecho penal en general, en el presente apartado, únicamente se puede analizar la legislación penal guatemalteca.

Si se trata del derecho penal sustantivo, existen determinados principios aceptados para dicha parte, así como el derecho procesal penal aporta los suyos también y, adicional a esto, se debe considerar que existen principios en cada tema de los abordados por ambos. Hay principios para el delito, principios para la pena y para el proceso penal.

Como una descripción general de estos principios, se puede mencionar entre otros el principio de legalidad, (que atañe tanto a la pena como al delito), el principio de exclusión del juzgamiento por analogía, que pese a ser un tema de competencia procesal, puesto que se habla del “juzgamiento”, lo que implica un verbo práctico y de connotación más bien adjetivo y no sustantiva, sin embargo, se ubica en la sede última, puesto que el mismo Código Penal (materia), en forma acertada según criterio del autor del presente trabajo, lo regula en su parte general, concretamente en el Artículo séptimo, con el epígrafe “exclusión por analogía”.

También el principio de taxatividad, que consiste en que exclusivamente el legislador puede penalizar o despenalizar una conducta. Por otra parte, el principio de retroactividad de la ley penal, que en Guatemala además tiene categoría constitucional puesto que es regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala.



El enfoque más preciso, se pueden mencionar principios más particulares o propios de cada tema del derecho penal sustantivo, tales como; en cuanto a la pena: “principio de la necesidad de la intervención”; “principio de protección de los bienes jurídicos”; “principio de la dignidad de la persona” y otros. Un tema más específico para ilustrar lo que se trata, lo constituye la participación en el delito, siendo el “principio de accesoriadad” el que establece la forma en que se debe comunicar ciertas y determinadas circunstancias entre autor y cómplice, así como cómplice en diferente nivel de participación.

Los operadores de justicia en un sistema como el procesal oral que impera en Guatemala desde 1994, debe ceñir su actuar a los mismos. De tal manera que se pueda mencionar; el debido proceso, el principio de legalidad, publicidad, inmediación procesal, *non bis in ídem* y otros propios del debate, conteniéndose además otros para cada etapa del proceso como el de ejecución legal. No obstante, resultan demasiados para enumerarse.

En resumen existen una serie de principios que limitan el derecho subjetivo o *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado que no es otra cosa que “el derecho que le corresponde (al Estado) a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo”. A continuación se amplían los que interesan al análisis de la presente investigación, siendo de todos los mencionados, aquellos en los que el Estado fundamenta su actuación jurídico penal y su potestad punitiva, dejándose para el siguiente apartado el tratamiento de todos los principios que informan a la pena.



Dichos principios, como se enfatiza, importan para establecer el perfil del Estado de Guatemala influenciado claro está por las corrientes que históricamente se imponen en los últimos años del siglo XX en el derecho penal, sustentándose que el Estado de Guatemala protege a la persona y en cuanto se refiere a la letra de la ley se perfila como un Estado protector de la dignidad del ser humano sometido a una acusación y también la del condenado. De tal manera que en el plano teórico cuando menos es un estado protector, rehabilitado y no represivo.

3.4. Legalidad en sentido formal

El concepto de “legalidad”, en un sentido, amplio se refiere al cumplimiento de las leyes y normas establecidas en una sociedad. Puede abordarse desde diferentes perspectivas, pero aquí se proporciona un análisis general en términos formales.

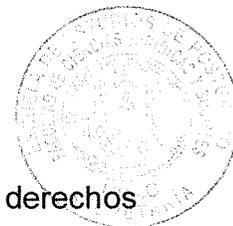
- Marco jurídico

- a) Constitución: en muchos países, la Constitución es la ley suprema que establece la estructura del gobierno y los derechos fundamentales. La legalidad implica la conformidad con la Constitución.

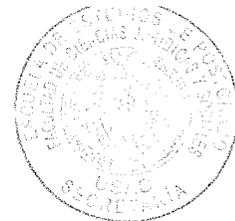
- b) Legislación: las leyes y regulaciones promulgadas por el legislativo también son fundamentales. Cumplir con estas leyes es esencial para la legalidad.

- Procedimientos legales

- a) Debido proceso: la legalidad incluye el respeto al debido proceso legal, asegurando que las personas tengan acceso a un juicio justo, con oportunidades para ser escuchadas y presentar pruebas.



- b) Protección de derechos: implica el respeto y la protección de los derechos individuales y colectivos reconocidos por la ley.
- Órganos judiciales
 - a) Independencia judicial: la legalidad implica la independencia del poder judicial para garantizar que las decisiones judiciales sean imparciales y basadas en la ley.
 - b) Ejecución de sentencias: el cumplimiento de las sentencias judiciales contribuye a la legalidad, asegurando que las resoluciones se implementen efectivamente.
 - Administración pública
 - a) Actos administrativos: las acciones de las autoridades administrativas deben estar respaldadas por la ley y ajustarse a los procedimientos establecidos.
 - b) Transparencia: la legalidad se ve reforzada por la transparencia en la toma de decisiones y la rendición de cuentas.
 - Derecho internacional
 - a) Tratados y acuerdos: en un contexto internacional, la legalidad implica el cumplimiento de tratados y acuerdos internacionales.
 - b) Respeto a normas internacionales: respetar las normas y principios del derecho internacional contribuye a la legalidad en el ámbito global.



- Ética y moral
 - a) Ética legal: además de cumplir con la letra de la ley, la legalidad puede relacionarse con principios éticos. Algunas acciones, aunque legales, pueden considerarse éticamente cuestionables.

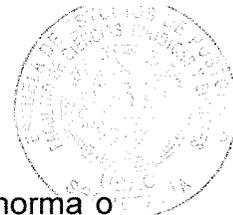
- Participación ciudadana
 - a) Legitimidad democrática: la legalidad también puede vincularse a la participación ciudadana y la legitimidad democrática. Las leyes deben reflejar la voluntad general de la sociedad.

- Adaptabilidad y cambio legal
 - a) Adaptación a cambios sociales: la legalidad debe ser capaz de adaptarse a los cambios en la sociedad, revisando y actualizando las leyes según sea necesario.

En resumen, la legalidad en sentido formal implica la conformidad con las leyes y normas establecidas, abarcando aspectos constitucionales, legislativos, judiciales, administrativos, éticos y democráticos. Además, la legalidad no debe considerarse estática, ya que puede evolucionar para reflejar cambios en la sociedad y las necesidades jurídicas.

3.5. Legalidad en sentido material

La legalidad, en términos generales, se refiere al principio de que todas las acciones y decisiones deben estar de acuerdo con la ley. Sin embargo, el concepto de legalidad puede abordarse desde diferentes perspectivas, incluido un enfoque material.



En el contexto legal, la legalidad material se refiere a la conformidad de una norma o acción con principios y valores fundamentales que subyacen en el sistema jurídico. En otras palabras, no solo se trata de cumplir con las formas y procedimientos establecidos por la ley, sino también de garantizar que las normas y acciones estén en consonancia con los principios de justicia, equidad y otros valores fundamentales del sistema jurídico en cuestión.

El análisis de la legalidad material implica evaluar no solo la letra de la ley, sino también su espíritu y propósito. Se busca determinar si una norma o acción respeta los principios fundamentales de justicia y derechos humanos. Este enfoque reconoce que la legalidad no es simplemente un cumplimiento técnico de normas escritas, sino también una cuestión de justicia y valores fundamentales.

En resumen, la legalidad en sentido material implica un análisis más profundo y sustantivo de la conformidad de una norma o acción con los principios y valores fundamentales del sistema jurídico. Este enfoque busca asegurar que las leyes y acciones no solo cumplan con formalidades, sino que también promuevan la justicia y el respeto de los derechos fundamentales.

En el derecho penal rige respecto de los delitos y las penas, postura originariamente defendida por Cesare Beccaria. Por su parte, Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de derecho penal basándose en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado de manera previa por la ley.



La legalidad penal es, entonces, un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que solo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

Contenido son los elementos que integran el principio de legalidad. Puede estudiarse por un lado atendiendo al tenor literal de la legalidad desde el punto de vista formal y en su significado material:

a) La legalidad en sentido formal: implica, en primer término, la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular delitos y penas mediante una ley, no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial pueden crearse normas penales tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes que han de ser orgánicas, en los casos en que se desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas.

b) La legalidad en sentido material: implica una serie de exigencias, que son:

Taxatividad de la ley: las leyes han de ser precisas, esta exigencia comporta cuatro consecuencias:

La prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sean más favorables para el reo.

La prohibición de que el Poder Ejecutivo o la administración dicten normas penales. La prohibición de la analogía en materia penal, es decir, generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida)



reserva legal. Los delitos y sus penas deben ser creados por ley y solo puedan ser creados por esta, descartándose otros medios de formación de legislación penal, como podrían ser la costumbre o las resoluciones judiciales.

3.6. Penología

La penología es un campo muy importante en la criminología. Según el Código Penal, el tratamiento de las personas que realizaron una actividad considerada delito y cambiaron su comportamiento depende del tipo. El objeto de estudio de la penología son las relaciones sociales que surgen del comportamiento de objetos que la comunidad percibe como nocivos o peligrosos.

En el contexto del objeto de investigación, se menciona que las conexiones investigadas son hechos reales como realidades sociológicas, psicológicas, biológicas que ocurren en el entorno político y económico y se explican en el desarrollo histórico. El método de la penología utiliza un método científico que está especialmente adaptado a la categoría de investigación y observación y experimentación, porque la observación se pone en contacto con el objeto de investigación con los órganos y sentidos para comprender y comprender el comportamiento y la forma de hacerlo.

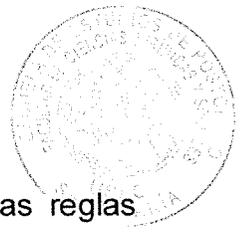
Durante el experimento, se analiza cambiando voluntariamente para producir los cambios observados y experimentando los cambios derivados, aunque se dice que tiene límites éticos, legales, sociales y prácticos. Así, la penología se sitúa como un campo muy importante de la criminología.



Según el Código Penal, el tratamiento de las personas que realizaron una actividad considerada delito y cambiaron su comportamiento depende del tipo. Así como el derecho penal sustantivo se divide en una parte específica y una parte general, la teoría del derecho penal o penal ejecutivo también debe dividirse en dos áreas: la pena como tal y la pena impuesta al culpable. Mientras cumple dicha pena; el Código Penal también debe estar reglamentado. Doctrinas relacionadas con la pena privativa de libertad y su interpretación, ignorando otras penas no privativas de libertad, consideraciones filosóficas y análisis que no son científicos.

El derecho penal coercitivo es un término que formaba parte de lo que se conoce como derecho penal, que es una rama del derecho penal encargada de hacer cumplir penas y medidas de seguridad que privan a las personas de sus derechos o libertades. Ocupa su lugar como jurisprudencia autónoma a principios del siglo XX. Cuyas atribuciones corresponden a los jueces encargados de la ejecución de penas, a quienes corresponde la supervisión y ejecución de las penas impuestas como resultado de un juicio o de una sesión plenaria celebrada para determinar la culpabilidad del imputado. Así, el objeto de investigación del derecho ejecutivo está directamente relacionado con el derecho, porque estudia las normas (sociales) y utiliza un método lógico abstracto.

En el caso de un método lógico abstracto, el punto de partida es un principio. De esto se extraen conclusiones lógicas generales y relevantes, porque al formular una oración dada, necesariamente debe aceptar a priori, es decir. El supuesto en el que se basan las propuestas posteriores. Cuando se habla del Código Penal, se hace referencia a la parte del derecho penal ejecutivo. La penología surgió como disciplina jurídica



independiente a principios del siglo XX. Este es un campo que examina las reglas aplicables a las sanciones alimenticias relacionadas con asuntos relacionados.

También se explica como la ejecución de una pena de prisión y todas las medidas alternativas de influencia que se prescriben en las diversas legislaciones como consecuencia jurídico-penal de la comisión de un acto calificado como delito o falta. Otra forma de dar sentido o definición al derecho penal es, según Banacloche Palao y Cubillo López (2018): “Normas que regulan las actividades penales encaminadas a la ejecución de las penas y las medidas carcelarias encaminadas a lograr la reeducación y adaptación de los penados. Y la relación jurídica resultante del internamiento de prisioneros y cautivos” (s. p.). (sic)

La penología surge como disciplina jurídica autónoma a principios del siglo XX. Es la rama que estudia las normas aplicables a las penas privativas de libertad dedicada a los temas relativos a la ejecución de la pena privativa de libertad, así como de todas aquellas sanciones alternativas que las distintas legislaciones imponen como consecuencia jurídica-punitiva por la comisión de un hecho tipificado como delito o falta. Otra forma de dar un significado o definición al derecho penitenciario de acuerdo con Banacloche Palao y Cubillo López (2018) es:

El conjunto de normas reguladoras de la actividad penitenciaria dirigida a la ejecución de penas y medidas privativas de libertad con la finalidad de conseguir la reeducación y reinserción social de los sentenciados, así como de la relación jurídica que surge como consecuencia del internamiento de detenidos y presos.
(s. p.)



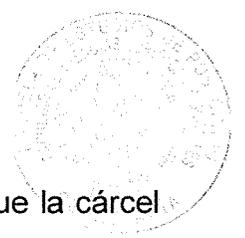
La política penológica se encarga de diseñar las estrategias, pautas, líneas a seguir con base a las condiciones históricas de cada tiempo, en torno a la respuesta y consecuencia ante el delito. El tipo de sanción y la manera en que esta se ejecuta determinan en un sistema dado, su significado o proyección político-criminal.

Silva Sánchez (1997) expresa:

La manifestación de la entidad político-criminal de la efectiva ejecución de las sanciones pretende poner de relieve que nos hallamos ante una cuestión que, frente a lo que pudiera parecer, dista sustancialmente de ser mecánica (...). Por el contrario, la ejecución, tanto en lo que se refiere al sí, como en lo relativo al cómo, debe ser objeto de una cuidadosa reflexión político-criminal presidida exclusivamente por consideraciones de necesidad (...) (p. 24)

Cuando se habla respecto de la valoración político-criminal, es relacionado con la necesidad de imponer alguna pena, la cual va a depender directamente de las áreas sociales, culturales económicas y políticas que se encuentren rigiendo en el momento y zona geográfica de lo considerado delito. Por lo cual la política penitenciaria está sujeta a la necesidad y trabajar con la prevención de delitos. Un ejemplo es el aborto. En México, anteriormente en todo el país era considerado un delito y en la actualidad ya no lo es.

Ahora bien, refiriendo a un punto muy importante que Neuman (2008) mencionó, la tendencia político-criminal predominante es aquella que se impulsa a un aumento desmesurado de las políticas penitenciarias, en donde la pena privativa de libertad está presente casi sin distinción en relación a la gravedad de los delitos, obstaculizando en

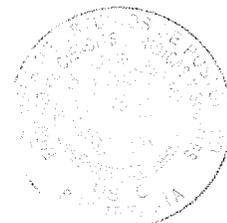


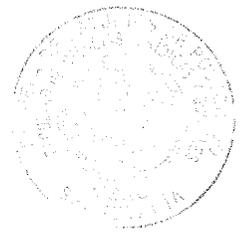
gran medida la reinserción social del sujeto que delinque, pues es sabido que la cárcel constituye un factor criminógeno por excelencia.

Carranza (1992) asegura que establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privativas de libertad y proactivas, tales como trabajo en la comunidad, reparación a la víctima, reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, entre otras, de manera que se destine la pena de prisión solo para los delitos de mayor gravedad, con el objeto de reducir en lo posible la respuesta violenta del sistema penal.

Esto se interpreta en que la medida de privación de la libertad que es la cárcel no siempre es la cura o la solución a los problemas de delincuencia, ya que existe contacto entre presos, de tal manera que si alguien llegó por algún robo menor, por ejemplo, puede tener contacto con alguien que llegó por algún delito considerado mayor y aprenderá de este.

Por lo cual implica un mayor riesgo a la sociedad porque el que robaba ahora puede dedicarse a secuestro, robos a mayor escala, tráfico de armas, drogas, personas o secuestro ya que el contacto, la socialización podría implicar una admiración hacia estas personas y un aprendizaje el cual podría implicar un mayor riesgo por aprendizaje de las técnicas de estos nuevos delitos para el sujeto.





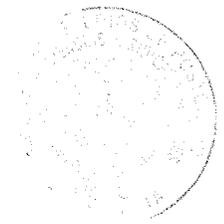
CAPÍTULO IV

4. Análisis de la aplicación de las circunstancias agravantes contenidas en la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer

4.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son elementos que, al estar presentes en un caso, pueden influir en la determinación de la pena que se impone a una persona declarada culpable de un delito. Estas circunstancias pueden agravar o atenuar la responsabilidad penal del acusado. Las leyes y sistemas legales varían en diferentes jurisdicciones, pero algunas de las circunstancias modificativas comunes incluyen:

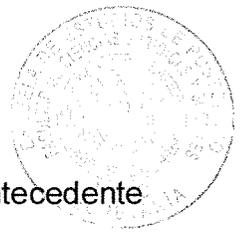
- Circunstancias agravantes:
 - a) Violencia o crueldad extrema: cuando un delito se comete con un nivel significativo de violencia o crueldad.
 - b) Reincidencia: si el acusado tiene antecedentes penales anteriores.
 - c) Abuso de confianza: cuando el delito se comete aprovechándose de una posición de confianza.
 - d) Motivación racista, sexista u otro prejuicio: si el delito se comete debido a prejuicios basados en la raza, género u otros factores similares.



- Circunstancias atenuantes
 - a) Arrepentimiento y cooperación: si el acusado muestra arrepentimiento genuino y coopera con las autoridades.
 - b) Circunstancias personales del acusado: factores como la edad, la salud mental, la presión social, entre otros, que puedan haber contribuido al delito.
 - c) Colaboración con la investigación: ayudar a las autoridades a esclarecer el delito puede considerarse una circunstancia atenuante.
 - d) Provocación: si el acusado actuó bajo provocación y esta se considera una razón válida para reducir la culpabilidad.
 - e) Circunstancias objetivas: factores objetivos, como la gravedad del daño causado, pueden considerarse tanto como circunstancias agravantes como atenuantes, dependiendo del caso.

Es importante tener en cuenta que estas circunstancias varían según la legislación de cada país o estado, y las cortes tienen el poder discrecional de considerarlas al determinar la pena. Además, la presencia de ciertas circunstancias puede depender de la naturaleza específica del delito cometido.

Como acertadamente señala Rivacob (s. f.), es tan escasa la atención que ha merecido el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que prácticamente no existe una definición que logre expresar su verdadero sentido. Si bien la doctrina registra un número importante de definiciones, la mayor parte de ellas no



consigue distinguir con claridad el plano material, representado por el antecedente fáctico en que se funda cada una de las circunstancias, y el plano jurídico, es decir, el relativo al papel que ellas desempeñan y a los efectos que producen, los cuales generalmente aparecen confundidos.

Desde el punto de vista material, las circunstancias, según explica Cerezo (s. f.), consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal. El componente fáctico de esta clase de circunstancias, en efecto, no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal.

Como claramente se desprende de los Artículos 63 y 64 C. P., las circunstancias modificatorias pueden consistir tanto en hechos materiales, como en situaciones de carácter personal; siendo, precisamente, estos hechos o situaciones los que en esencia constituyen cada circunstancia modificatoria, según se deduce también de esas mismas disposiciones y, en especial, de la segunda, en tanto que identifica el concepto de circunstancia con el objeto sobre el cual ha de recaer el conocimiento allí exigido. El elemento esencial o constitutivo de una circunstancia modificatoria, en consecuencia, posee mayor amplitud que aquel que sirve de base al delito, el cual, por expreso mandato constitucional, debe circunscribirse a un comportamiento humano.



Desde un punto de vista jurídico, ahora, es efectivo que estas circunstancias no se proyectan sobre el ámbito de la infracción delictiva, sino sobre el de sus consecuencias. Así lo reconoce el propio texto del Código Penal cuando las designa modificatorias de responsabilidad criminal, denominación esta última que indudablemente alude a su condición de instrumento cuantificador de los efectos jurídicos del delito. De ahí, que el papel que estas circunstancias están llamadas a cumplir, nada tenga que ver con la configuración del hecho punible y que, en el plano sistemático, solo proyecten su influencia a nivel de la pena, único instrumento de concreción de la responsabilidad criminal.

Puede decirse, en consecuencia, que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.

En lo que atañe a su denominación, es común que en idioma castellano se utilicen indistintamente las expresiones circunstancias modificativas o modificatorias de responsabilidad penal, siendo la primera de uso más frecuente en España y la segunda, prácticamente unánime en la dogmática chilena.

En los últimos años, tiende a imponerse en aquel país el empleo del vocablo circunstancias sin otro calificativo, lo cual es expresión de la costumbre, en verdad muy arraigada, de relacionar el tema exclusivamente con el delito -del cual se dice que aquéllas constituyen elementos accidentales-, en lugar de vincularlo con la responsabilidad penal, como lo impone el propio texto de la ley.



No obstante, la doctrina por lo general destaca que es adecuado el uso del término “circunstancia” para designar estas figuras, porque -a diferencia de las eximentes, respecto de las cuales indudablemente su empleo no resulta apropiado- dicha expresión, aun en su sentido gramatical expresa correctamente lo que ellas son en esencia.

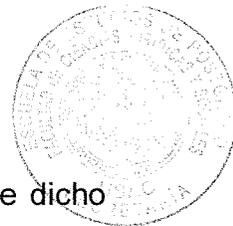
En lo que atañe a sus características, se dice que las circunstancias modificatorias aparecen definidas por tres rasgos fundamentales: el de ser ocasionales o extraordinarias; el de ser accidentales y el de ser accesorias o secundarias.

El carácter ocasional o extraordinario de esta clase de elementos deriva del hecho de que ellos pueden o no concurrir en cada caso concreto, de suerte que, si tal cosa no sucede, la responsabilidad que deriva de la comisión del delito no se ve afectada o alterada en cuanto a su magnitud o intensidad.

El carácter accidental, por su parte, implica que tales circunstancias no son constitutivas de lo injusto del hecho, ni de la culpabilidad del individuo, sino que están dirigidas a una mejor consideración de la intensidad de las valoraciones que componen lo injusto o que determinan la reprochabilidad.

Finalmente, el carácter accesorio o secundario deriva de que ellas presuponen un tipo penal que ha de servirles de base y cuya configuración no se ve afectada por la concurrencia de alguna de estas circunstancias.

Al pronunciarse sobre los efectos de las circunstancias modificatorias, la doctrina suele orientar sus opiniones en tres sentidos: algunos postulan que el efecto propio de



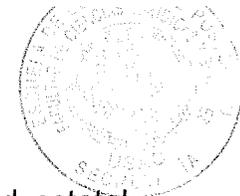
aquéllas es el de agravar o atenuar la punibilidad del hecho; otros afirman que dicho efecto consiste en disminuir o aumentar la gravedad de la pena y una tercera posición sostiene que el efecto se traduce en aumentar o disminuir la gravedad de la infracción.

Desde luego, no es posible aceptar, al menos sobre la base del ordenamiento jurídico chileno, que el efecto pudiera ser el de modificar la punibilidad del hecho. Esta categoría sistemática, como ya tuvimos ocasión de explicar, opera en un sentido restrictivo de la punición, de modo que aunque pudiera sostenerse aquello respecto de las atenuantes -lo cual de todos modos sería discutible-, en ningún caso podríamos aplicar el mismo criterio en relación con las agravantes.

Tampoco parece correcto sostener que el efecto de estas circunstancias sea el de aumentar o disminuir la gravedad de la infracción, porque si, como es lógico, se parte de una concepción unitaria de esta, tal explicación carecería de sentido en aquellos casos en que un mismo hecho sea ejecutado por dos o más personas, de las cuales una sola se vea afectada por la concurrencia de una determinada agravante.

Además, es preciso distinguir lo que constituye fundamento, de lo que son los efectos propios de las circunstancias: que estas se funden en algún componente del delito, no quiere decir que necesariamente aumenten su gravedad intrínseca, porque la producción del efecto supone la configuración previa del delito. Así, efectivamente, lo ponen de manifiesto aquellas circunstancias que consisten en hechos ocurridos con posterioridad a la consumación del delito.

Lo que las circunstancias realmente alteran, y como la propia letra del Código Penal lo dice, es la responsabilidad del autor del hecho. Sin embargo, tal modificación opera de



un modo indirecto, porque, obviamente, el estado de sujeción a la autoridad estatal, para los efectos de la aplicación de una pena, no es susceptible de modificarse en orden a su gravedad -no se está más o menos sujeto a la potestad sancionatoria estatal-, pero un individuo sí puede encontrarse sujeto a más o menos responsabilidad, si se atiende a la magnitud de la pena en que ella se concreta. Y como es esta, en definitiva, la que puede ser objeto de aumento o disminución, es sobre ella, precisamente, que se proyectan los efectos de las circunstancias modificatorias.

Si bien en este medio hay autores que tratan las circunstancias modificatorias dentro del lugar destinado a examinar la pena, es costumbre en la doctrina española e iberoamericana, el explicar dicho tema dentro de la teoría del delito. Siguiendo este último camino, la mayor parte de los tratadistas desarrolla el tema en su conjunto, es decir, formulando primero unas consideraciones generales en torno a las circunstancias y examinando, enseguida, cada una de las atenuantes y agravantes en particular.

Las circunstancias modificatorias aparecen configuradas sobre la base de un hecho, situación o dato, antecedente este último de índole objetiva y que, como tal, se proyecta en el mundo real. Siguiendo, entonces, el esquema tradicional aplicable a los elementos del delito, y, en general, de los presupuestos requeridos para la imposición de una pena, en principio debiéramos afirmar que para la configuración de las circunstancias modificatorias se requiere que el sujeto conozca la base fáctica sobre la cual se estructura la respectiva causal de agravación o atenuación de la pena. Sin embargo, aunque tal afirmación en principio puede estimarse correcta, el punto requiere de algunas precisiones, como veremos a continuación.



En primer término, hay que recordar que el Artículo 64 CP., aunque no está destinado específicamente a tratar el tema del error, se refiere indirectamente a él, al disponer, en el inciso segundo, que las circunstancias de índole material “servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”. Tal redacción, como es obvio, sugiere que los hechos constitutivos de cualquier circunstancia, sea atenuante o agravante, deben estar cubiertos por el conocimiento exigible al condenado: la disposición, en efecto, alude en forma expresa a dicho componente subjetivo, y lo hace en relación con ambas clases de elementos circunstanciales. Sin embargo, ella no se refiere a toda clase de circunstancias, sino exclusivamente a las de índole material, que son las expresamente reguladas en el inciso segundo.

En relación con estas, en efecto, puede afirmarse que el error sobre sus presupuestos fácticos excluye la configuración de la respectiva causal de agravación o atenuación. Respecto de las circunstancias personales, en cambio, el inciso primero nada dice sobre la exigibilidad de tal conocimiento, siendo este un problema que necesariamente ha de resolverse a nivel interpretativo.

4.2. Circunstancias agravantes contempladas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer

La Constitución Política de la República afirma que el Estado de Guatemala está organizado para la protección de las personas y familias, su fin máximo es, además de la protección de las vidas humanas, con base en su concepto, la realización del bien común, así como la integridad y seguridad de las personas.

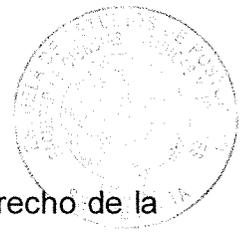


Como Estado parte, Guatemala adoptó el Decreto No. 49-82 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Decreto No. 69-94 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Eliminar la Violencia contra la Mujer tuvo que tomar todas las medidas necesarias para cambiar o abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas discriminatorias contra la mujer y promulgar todas las leyes necesarias para lograr ese objetivo.

Que las mujeres guatemaltecas tienen derecho a reconocer, disfrutar, ejercer y proteger todos los derechos humanos y libertades contenidos en la constitución política de la República y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y que la violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y jóvenes es un problema.

La situación del país se ha agravado debido a los asesinatos y la impunidad a causa de las desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres en los ámbitos social, económico, jurídico, político, cultural y familiar. Por tanto, es necesaria una ley de prevención y sanción. Esta Ley tiene por objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley y la ley, especialmente por razón de su condición de género, relaciones de poder o de confianza, públicas o privadas. El agresor comete actos discriminatorios, violencia física, psicológica, económica o desprecio de sus derechos.

El objetivo es promover e implementar normas encaminadas a eliminar la violencia física, mental, sexual, económica o cualquier forma de coerción contra las mujeres, de conformidad con la constitución política de la República y los documentos internacionales, garantizándoles una vida libre de violencia. Guatemala ratificó los



derechos humanos de las mujeres. Esta ley se aplica cuando se viola el derecho de la mujer a una vida libre de violencia en sus diversas manifestaciones tanto en el sector público como en el privado.

4.3. Circunstancias agravantes en la legislación penal sustantiva en el Decreto 17-73

- Legítima defensa

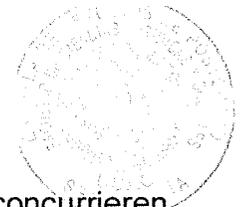
Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

- Estado de necesidad

Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.



Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes: realidad del mal que se trate de evitar, que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo, además, no puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

- Legítimo ejercicio de un derecho

Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

ARTÍCULO 26.- Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

1. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

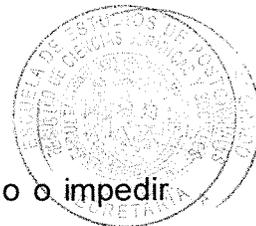
Exceso de las causas de justificación

2. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo

3. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación.

Arrepentimiento eficaz



4. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación del perjuicio

5. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad

6. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo

Presentación a la autoridad

7. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea

8. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia

9. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuando haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever



10. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensas

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta

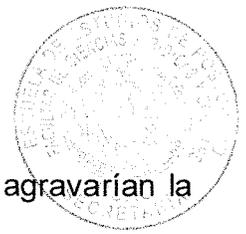
13. Las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía

14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores.

4.4. La exclusión de agravantes

En el ámbito legal, el término “agravantes” se refiere a circunstancias o factores que aumentan la gravedad de un delito o falta. Por otro lado, la exclusión de agravantes



podría referirse a la eliminación o no aplicación de estos elementos que agravarían la situación legal de una persona.

La exclusión de agravantes puede ocurrir en diversos contextos legales, y es importante tener en cuenta las leyes y regulaciones específicas de cada jurisdicción. A continuación, se presentan algunas situaciones generales en las que se podría hablar de la exclusión de agravantes:

- a) Negociación de penas: en algunos sistemas legales, se permite la negociación de penas entre el fiscal y el acusado. En este proceso, puede discutirse la exclusión de ciertos agravantes a cambio de una declaración de culpabilidad o de otros acuerdos.
- b) Atenuantes: la presencia de circunstancias atenuantes puede llevar a la exclusión de agravantes. Las circunstancias atenuantes son elementos que disminuyen la gravedad de un delito y pueden influir en la sentencia.
- c) Evaluación de pruebas: durante un juicio, la defensa puede presentar pruebas o argumentos que lleven a la exclusión de agravantes. Esto podría deberse a la falta de pruebas concluyentes o a la demostración de que las alegaciones no son válidas.
- d) Error o falta de pruebas suficientes: si se demuestra que las alegaciones de agravantes se basan en información incorrecta o insuficiente, el tribunal podría excluir esos elementos de la consideración legal.



e) Circunstancias especiales: en algunos casos, las circunstancias específicas de un delito pueden llevar a la exclusión de ciertos agravantes. Por ejemplo, si se puede demostrar que el acusado actuó en defensa propia o que las circunstancias eran excepcionales, el tribunal podría excluir ciertos factores agravantes.

Es fundamental tener en cuenta que la exclusión de agravantes puede variar según la legislación y las normativas específicas de cada país o jurisdicción. Además, la decisión final recae en los tribunales y en la interpretación de las leyes por parte de los jueces. En casos específicos, es recomendable consultar a un abogado especializado para obtener asesoramiento legal adaptado a la situación concreta.

4.5. Concurso aparente de normas

El concurso aparente de normas, también conocido como concurso de leyes o concurrencia de normas, se refiere a una situación en la que dos o más normas parecen aplicarse a un mismo caso, y es necesario determinar cuál de ellas debe prevalecer. Este fenómeno puede surgir por diversas razones, como la superposición de normas o la existencia de disposiciones conflictivas.

A continuación, se presenta un análisis más detallado de algunos aspectos relevantes del concurso aparente de normas:

- **Diversos tipos de concurso aparente de normas**

a) Concurso real: se da cuando dos normas válidas y aplicables regulan la misma situación de manera efectiva y directa.



b) Concurso aparente o ficto: existe una aparente superposición de normas, pero en realidad, una de ellas es inaplicable o debe considerarse excluida.

- Principios para resolver el concurso:

a) Jerarquía de normas: se debe analizar la jerarquía de las normas para determinar cuál prevalece. En muchos sistemas legales, la constitución es la norma suprema.

b) Especialidad: si una norma es más específica para un caso particular, puede prevalecer sobre una norma más general.

c) Temporalidad: en algunos casos, la norma más reciente puede tener precedencia sobre la anterior.

Lex superior derogat legi inferiori: Una ley superior deroga a una inferior.

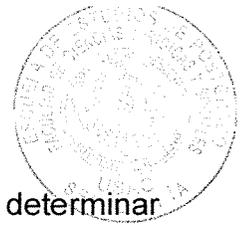
- Clasificación de normas:

a) Normas de *iure condendo*: son aquellas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Pueden ser constitucionales, legales o reglamentarias.

b) Normas de *iure condito*: son normas que simplemente reconocen situaciones preexistentes. Ejemplos son las normas interpretativas o declarativas.

- Interpretación y aplicación

a) Análisis sistemático: considerar el sistema jurídico en su conjunto para entender la relación entre las normas en conflicto.



b) Intención del legislador: buscar la intención detrás de la norma para determinar cómo debería aplicarse en un caso específico.

- Efectos del concurso aparente

a) Supresión: una norma puede suprimir o derogar implícitamente a otra.

b) Concurrencia: ambas normas pueden aplicarse en la medida en que sean compatibles.

- Jurisprudencia y doctrina

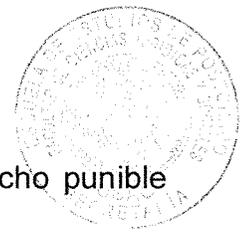
a) Precedentes: analizar decisiones judiciales anteriores en casos similares.

b) Doctrina: considerar la opinión de expertos y juristas respecto a la interpretación y aplicación de las normas en cuestión.

- Contexto internacional

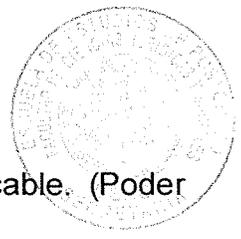
a) Tratados y convenciones: en casos de concurso aparente, también se puede considerar el marco normativo internacional, como tratados y convenciones.

En resumen, el concurso aparente de normas es un fenómeno complejo que requiere un análisis detallado de diversas consideraciones legales, contextuales y jerárquicas para determinar cuál norma debe aplicarse en un caso específico. La interpretación, la jerarquía normativa y los principios legales son esenciales para resolver este tipo de situaciones.



En derecho penal, situación que se presenta cuando un mismo hecho punible está descrito en varias normas legales que parecen aplicables; pero que al ser disposiciones excluyentes entre sí, se aplica solamente una de ellas. El concurso aparente de [normas] se da cuando de un mismo supuesto de hecho, constitutivo de una sola infracción, se ocupan dos o más preceptos y, aparentemente, ambos le son aplicables, aunque solo uno lo es. Para saber cuál es el precepto cuya aplicación desplaza la de los otros, están previstas las siguientes reglas [...]:

- a) Especialidad: [...] el precepto especial se aplicará con preferencia al general;
- b) Subsidiariedad: [...] el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible;
- c) Expresa: cuando en un precepto expresamente se dice que su aplicación queda condicionada a la no aplicación de otro. [...];
- d) Tácita: cuando de un precepto se desprende tácitamente que su aplicación queda condicionada a la no aplicación de otro.
- E) Consunción: [...] el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel. [...];
- f) Subsidiariedad impropia o alternatividad: [...] en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con



pena menor. Funciona cuando ninguno de los otros tres es aplicable. (Poder Judicial de Costa Rica, s. f., s. p.)

4.6. Antinomia jurídica

La antinomia jurídica, se refiere a una situación en la que dos normas o principios legales entran en conflicto y resultan mutuamente excluyentes, es decir, no pueden coexistir pacíficamente. Este fenómeno plantea desafíos para la interpretación y aplicación del derecho, ya que puede generar incertidumbre sobre cuál norma debe prevalecer en una situación específica. A continuación, se presenta un análisis amplio de la antinomia jurídica.

- Tipos de antinomias:

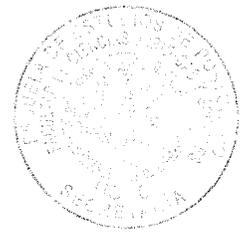
a) Antinomia aparente: la contradicción surge solo cuando se analizan superficialmente las normas. Un análisis más profundo puede revelar una solución armonizadora.

b) Antinomia real o total: existe un conflicto irreconciliable entre las normas, y no es posible una solución que permita aplicar ambas simultáneamente.

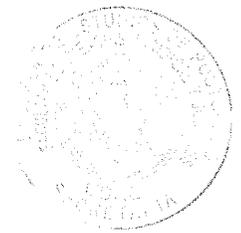
- Causas de la antinomia:

a) Lagunas legislativas: cuando la legislación es incompleta o ambigua, pueden surgir conflictos entre normas al intentar llenar esos vacíos.

b) Cambios legislativos: nuevas leyes pueden entrar en conflicto con leyes existentes, creando situaciones de antinomia.



- Métodos de solución
 - a) Jerarquía de normas: se aplica la norma de rango superior sobre la de rango inferior.
 - b) Especialidad: se privilegia la norma específica sobre la general.
 - c) Temporalidad: se aplica la norma más reciente sobre la más antigua.
 - d) Concordancia práctica: se busca una interpretación que permita la coexistencia de ambas normas en la medida de lo posible.
- Teorías de la antinomia:
 - a) Teoría de Kelsen: propone la supremacía de la norma de rango superior y la invalidación de la norma de rango inferior en caso de conflicto.
 - b) Teoría de Radbruch: introduce la dimensión axiológica, argumentando que en casos extremos, la justicia debe prevalecer sobre la legalidad.
- Consecuencias prácticas
 - a) Inseguridad jurídica: la existencia de antinomias puede generar dudas sobre la aplicabilidad y eficacia del derecho.
 - b) Necesidad de interpretación judicial: los tribunales desempeñan un papel crucial en la resolución de antinomias a través de la interpretación y aplicación del derecho.



- Ejemplos prácticos
 - a) Conflicto entre derechos fundamentales: por ejemplo, la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad.
 - b) Contradicciones normativas: cuando dos leyes dictan reglas opuestas sobre el mismo tema.
- Desafíos contemporáneos:
 - a) Globalización: la diversidad normativa entre diferentes jurisdicciones puede dar lugar a conflictos normativos.
 - b) Tecnología: desafíos legales asociados con avances tecnológicos que pueden no estar contemplados en la legislación existente.
- Importancia del análisis contextual

Es crucial considerar el contexto social, económico y político al abordar antinomias, ya que la interpretación legal puede variar según las circunstancias.

En resumen, la antinomia jurídica es un fenómeno complejo que requiere un análisis detallado y cuidadoso para llegar a soluciones coherentes y justas. La aplicación de métodos de solución y la consideración de teorías jurídicas contribuyen a abordar estos conflictos de manera efectiva en el sistema legal.

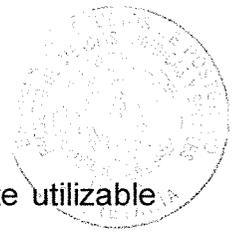


4.7. Principio de especialidad de la normativa

El principio de departamento normativo (*lex specialis derogat legi generali*), que la jurisprudencia ha clasificado como principio general del derecho -como se verá a continuación- junto con el principio de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el principio de temporalidad. Es decir, se considera como un criterio tradicional para la resolución de antinomias la cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), entendida como contradicciones normativas que aparecen cuando, ante las mismas circunstancias fácticas, se calculan consecuencias jurídicas que no pueden ser observados simultáneamente. (Prieto Sanchís, 2000, p. 10)

Aunque en algunos casos también entra en tensión con los otros dos principios mencionados, en aquellos casos en los que se encuentra con las llamadas “antinomias de segundo orden”, definidas como “conflictos normativos que en principio”, pueden resolverse aplicando dos o más principios “criterios con diferentes resultados” y plantea la cuestión de cuál utilizar.

Nuestro objetivo en este trabajo es analizar cuáles son las principales características de la configuración del principio de distintividad normativa; su compatibilidad con el principio de igualdad; su relación con los otros dos principios de separación de antinomias dentro de las mencionadas antinomias de segundo orden; y sobre todo, cómo funciona en nuestro ordenamiento jurídico según la práctica del Tribunal Supremo e incluso de nuestro Tribunal Constitucional, con el objetivo de mostrar cómo el citado principio no solo es importante desde una perspectiva teórica.



Se dan representaciones de la teoría jurídica general, pero es perfectamente utilizable para resolver problemas jurídicos cotidianos a partir de las normas o jurisprudencia contenidas en ella. Como hemos tenido ocasión de utilizar tal principio para determinar su aplicabilidad a casos controvertidos, hemos encontrado que su tratamiento doctrinal es escaso en nuestro país, si se excluye primero aquellos que J. L. Villar Palasí. Esto también facilita su uso por parte de operadores legítimos.

Además, aquí se ofrecen asuntos jurídicos pertenecientes a todas las ramas del derecho, especialmente de derecho público (incluido el llamado derecho público europeo), no solo asuntos jurídicos privados, que son los únicos. Estos suelen aparecer en presentaciones generales cuando se explica la llamada parte general del derecho civil.

El principio de especialidad es un concepto fundamental en el ámbito jurídico y se refiere a la idea de que una norma o ley debe ser interpretada y aplicada dentro de los límites específicos de su ámbito de aplicación. En otras palabras, una norma especial debe prevalecer sobre una norma general cuando existe un conflicto entre ambas.

El análisis amplio de este principio implica considerar su aplicación en diversos contextos legales. A continuación, se presentan algunos aspectos clave a tener en cuenta al analizar el principio de especialidad:

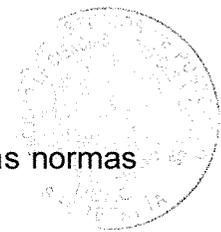
a) Jerarquía normativa: en muchos sistemas jurídicos, las normas se organizan en una jerarquía. Por lo general, las normas constitucionales ocupan el nivel más alto, seguidas de leyes, reglamentos y otras disposiciones legales. El principio de especialidad sugiere que, en caso de conflicto, una norma especial de rango inferior



puede prevalecer sobre una norma general de rango superior en su ámbito específico.

- b) **Ámbito de aplicación:** cada norma tiene un ámbito de aplicación específico que determina su alcance y limitaciones. El análisis amplio del principio de especialidad implica examinar cuidadosamente el texto de la norma para comprender su propósito y aplicación exactos. Cuando dos normas entran en conflicto, se debe considerar cuál tiene una aplicabilidad más directa al caso en cuestión.
- c) **Interpretación restrictiva:** la interpretación de las normas bajo el principio de especialidad tiende a ser restrictiva. Esto significa que se debe interpretar una norma de manera que se ajuste estrechamente a su texto y propósito específicos, evitando ampliaciones innecesarias que puedan entrar en conflicto con normas más especializadas.
- d) **Normas especiales y generales:** cuando coexisten normas generales y especiales, el principio de especialidad dicta que la norma especial prevalece en su ámbito particular, incluso si es posterior en el tiempo a la norma general. Esto se basa en la idea de que cuando el legislador establece una norma específica para ciertos casos, se presume que esa norma debe regir en esos casos particulares.

En resumen, el análisis amplio del principio de especialidad implica examinar cómo se aplica este principio en el contexto específico de las normas legales, considerando su jerarquía, ámbito de aplicación, interpretación restrictiva y la relación entre normas generales y especiales. Este principio busca garantizar que las normas sean aplicadas



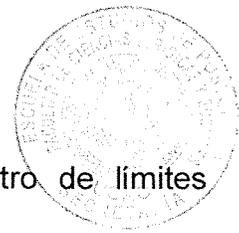
de manera coherente y que las normas más específicas prevalezcan sobre las normas generales en situaciones particulares.

El principio del especialista es un principio del derecho público francés. A diferencia del derecho privado, donde prevalece la calificación de las personas jurídicas, a nivel estatal, según la terminología de la teoría clásica, su ámbito de aplicación es competencia de los órganos estatales. El principio de particularidad apareció en el derecho francés relacionado con una "institución pública": una persona jurídica pública, también sujeta a un sistema similar, con derechos irrazonables y cuyo objetivo es realizar un servicio público. Este principio de especificidad se extiende a todos los órganos administrativos, y su significado preciso es que deben respetar el ámbito de actividad que les ha sido asignado: los límites de la actividad administrativa están limitados por un objetivo específico, que es la base para la creación de la institución.

Como dijo Chevallier (s. f.):

Este campo de actividad se define de manera más o menos amplia y diferente: a veces se asigna una tarea limitada a las instituciones públicas porque el principio de libertad de comercio e industria reduce la importancia de la intervención pública en un campo particular... o porque las fuerzas públicas quisieron, comparten tareas para varios organismos públicos; en ocasiones tienen que realizar actividades extensas, aunque respetando el contenido territorial que las limita.

En ocasiones tienen la oportunidad de satisfacer muy diferentes tareas alrededor del mismo objeto. La especialización de las instituciones públicas es, por tanto,



más o menos fuerte y sus actividades especiales están dentro de límites ampliables. (s. p.)

Como ha establecido a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado, las instituciones públicas están sujetas al principio de distintividad, que es un principio jurídico general según el cual la actividad de una institución se limita al ámbito de sus funciones. Sin embargo, desde los años 60 del siglo pasado, la jurisprudencia francesa ha mantenido una perspectiva flexible del principio:

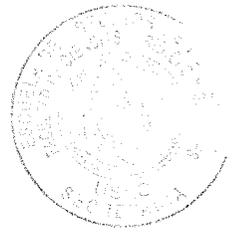
(...) especialmente en lo que respecta a las instituciones públicas que realizan actividades económicas (...). Según este concepto, el principio de especialización prohíbe la institución de realizar actividades fuera de su misión, a menos que las actividades pertinentes complementen las actividades normales y sean directamente útiles para mejorar las condiciones de su actividad (...).

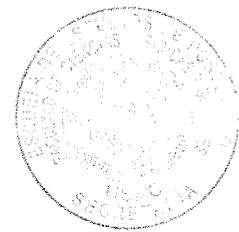
Una comprensión flexible del principio especial requiere el ejercicio del permiso para actividades auxiliares que amplíen el funcionamiento del servicio público, lo que se aplica especialmente a las empresas estatales. En relación con las empresas públicas y las instituciones públicas de carácter industrial y comercial, el derecho francés reconoce una variación del principio de separación, porque su creación implica un interés público especial. Este principio de especialización económica se caracteriza por la flexibilidad, lo que permite a estas entidades incluso reducir costos para lograr sus objetivos.

Con base en lo anterior, se puede resumir que la estructura original francesa del principio profesional tiene al menos tres características: (i) define el campo de actividad



del organismo público correspondiente; (ii) entiende que el propósito u objetivo de la institución puede ser más o menos limitado según los valores apreciados por el parlamento, y (iii) en cuestiones relacionadas con los negocios del estado, acepta una mayor flexibilidad en su implementación, permitiendo funciones auxiliares que suelen complementar el propósito principal, o permite cambiar la estructura de costos comunitarios.





CONCLUSIÓN

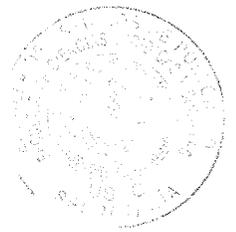
La naturaleza de toda investigación está determinada por la necesidad de resolver un problema, en este caso en particular, fue el conocer la aplicación del Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer que regula circunstancias agravantes. Por esta razón, como supuestos, se arribó a las siguientes conclusiones:

- a) Conociendo el espíritu o razón de ser de las circunstancias agravantes contempladas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, se haría una mejor aplicación de estas en la práctica forense lo que lograría la aplicación objetiva en todo caso de una sentencia condenatoria que incluya tales circunstancias agravantes.
- b) Analizando las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 10 de La Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, su aplicación, riñe con el Artículo 29 del Código penal. Por lo que en razón de esta antinomia jurídica se tendría que evaluar la aplicación del principio *lex especial derogat lex generalis*; en conclusión, se debe apostar a la aplicación de la ley especial, la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Por último, es importante concluir que se ha verificado la hipótesis de la investigación en el sentido que, en la práctica judicial, las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 10 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, se aplican para la fijación de la pena, independientemente de las circunstancias agravantes contenidas en el Artículo 27 del código Penal, no obstante que forman parte

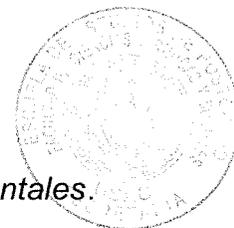


del tipo penal, lo que conlleva a vulnerar el principio de legalidad y proporcionalidad de la pena.



BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Abularach, L. (1999). *Módulo instruccional, derecho constitucional y derechos humanos para jueces*. Escuela de estudios judiciales, organismo judicial,
- Bacigalupo, Enrique. (1990). *Técnica de resolución de casos penales*. Ed. Hammurabi, S. R. L.
- Barrientos Pellecer, C. (1993). *Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco*. Imprenta y fotograbado Llerena, S. A.
- Barrientos Pellecer, R. (1994). La desjudicialización en el nuevo proceso penal guatemalteco. Justicia penal y sociedad. *Revista guatemalteca de ciencias penales*, 3. Editorial Universitaria.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Had Os, S. R. L.
- Binder, A. (1994). *Justicia penal y estado de derecho*. Editorial Had Os, S. R. L.
- Borja Osorno, G. (1985). *Derecho procesal*. Ed. Cajica S. A.
- Bustos, C. (1971). *Criminología crítica y derecho penal latinoamericano*. Ed. Heliasta, S. R. L.
- Cabanellas, G. (1971). *Diccionario de derecho usual*. (11.^a ed.). Editorial Heliasta. S. R. L.
- Cafferata Nores, J. (1986). *La prueba en el proceso penal*. Editorial De palma.
- Cafferata Nores, J., Maier, J., Ibáñez, P., Arango Escobar, J. y Guariglia, F. (Comps.). (1996). *Valoración de la prueba*. Fundación Myrna Mack.
- Castillo Barrantes, J. (1977). *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*. Colegio de Abogados de Costa Rica.



Clariá Olmedo, J. (1960). *Tratado de derecho procesal penal. Nociones fundamentales.*

Editorial Ediar, S. A.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia.*

<http://www.cidh.org/countryrep/bolivia2007sp/bolivia07cap5.sp.htm#ftn260>

Couture, E. (1951). *Fundamentos del derecho procesal civil.* (2.^a ed.). Editorial De Palma.

Cruz, F. (1989). *La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho.*

Editorial ILANUD.

De la Rúa, F. (1968). *El recurso de casación en el derecho positivo argentino.* Víctor P. de Zavañía Editor.

Facio, A. (1992). *El derecho como producto del patriarcado.* (s. e.)

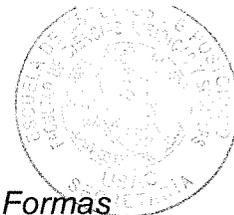
Fenech, M. (1973). *Derecho procesal penal. Tomo 1.* Editorial labor, S. A.

Garita Vilchez, A., Saborio, J. y Quezada, S. (1991). *La defensa pública en América latina desde la perspectiva del derecho procesal penal.* Editorial ILANUD.

Gilmeno Sendra, V. (1990). *Derecho procesal penal.* (3.^a ed.). Editorial Tirant lo Blanch.

Gonzalez Alvarez, D. (1996). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de ciencias penales*, 8(11). Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Haro, G. (2019). *El delito de feminicidio. Violencia contra la mujer por machismo y misoginia.* Editorial Hala Editores.



Ispanel, A. (2008). *Análisis jurídico-doctrinario. Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer. Decreto 22-2008 Congreso de la República de Guatemala*. Universidad De San Carlos De Guatemala, Dirección General de Investigación -DIGI-, Instituto Universitario de la Mujer -IUMUSAC-.

Lagarde y de los Ríos, M. (2006). *Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

Oderigo, M. (1952). *Derecho procesal penal, Tomo 1*. Editorial Ideas.

Pineda De Mont, M. (1971). *Recopilación de leyes de Guatemala, Tomo 5*. Imprenta de la Paz.

Shulman, A. (2010, diciembre 28). The Rise of Femicide. Can naming a deadly crime help prevent it? *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/80556/femicide-guatemala-decree-22>

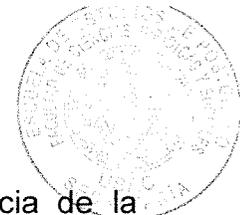
Silva Sánchez, J. (s. f.) *Política criminal del Legislador, del juez, de la administración penitenciaria. Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español*. <http://www.carlosparma.com.ar/politica-criminal-del-legislador/>

Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal*. Ediciones Depalma.

Thomson, J. (1996). *Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*. ILANUD, Departamento de Capacitación.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. (1986). Asamblea Nacional Constituyente.



Código Civil y sus reformas, Decreto Ley número 106. (1963). Presidencia de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil y sus reformas, Decreto Ley número 107. (1963). Presidencia de la República de Guatemala.

Código Penal y sus reformas. Decreto número 17-73. (1973). Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Decreto número 6-78. (1978). Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89. (1989). Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal y sus reformas. Decreto número 51-92. (1992). Congreso de la República de Guatemala.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto número 9-92. (1992). Congreso de la República de Guatemala.

Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer. Decreto número 22-2008. (1978). Congreso de la República de Guatemala.