

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

**PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL
ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL Y VULNERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

CÉSAR GUSTAVO CASTELLANOS ALEMAN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2023

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

**PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL
ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL Y VULNERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

TESIS

Presentación a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CÉSAR GUSTAVO CASTELLANOS ALEMAN

Previo a conferirle el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2023

**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:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. William Armando Vanegas
Vocal:	Lic. Mario Adolfo Soberanis
Secretario:	Lic. Heber Dodanin Aguilera Toledo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Luis de Leon Melgar
Vocal:	Lic. Juan Carlos Chun García
Secretario:	Lic. José Luis Portillo Recinos

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
22 de febrero de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, FREDY ARMINDO MARTINEZ
para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CÉSAR GUSTAVO CASTELLANOS ALEMAN, con carné 201211269
intitulado PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 191 DEL
CÓDIGO PENAL Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



ASTRID JEANNETTE LEMUS RODRIGUEZ
Vocal en sustitución del Decano



Fecha de recepción 18/04/2021

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Lic. FREDY ARMINDO MARTINEZ
Abogado y Notario

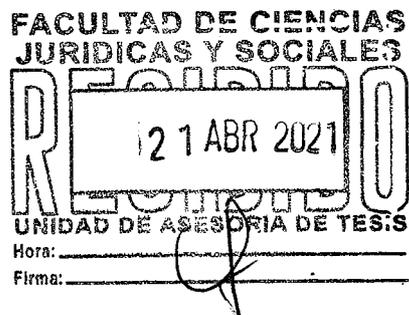


Lic. Fredy Armindo Martínez
Abogado y Notario
Colegiado 11290
Calzada Justo Rufino Barrios, 06-13, colonia Morse, zona 21, Ciudad de Guatemala



Guatemala, 21 de abril de 2021

Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado/a:

Con fecha veintidós de febrero del año dos mil veintiuno mediante providencia correspondiente, fui designado asesor de tesis del bachiller César Gustavo Castellanos Aleman. Cuyo título quedo así intitulado: **"PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES"**.

I. Declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley, con el estudiante referido.

II. El ponente puso de manifiesto su capacidad de investigación en la elaboración del trabajo, aceptó diligentemente las sugerencias que durante el desarrollo del mismo le realicé habiendo consultado interesante bibliografía con tópicos relacionados al tema, por ello el trabajo elaborado por el estudiante es meritorio, acucioso y demuestra interés en resolver el problema planteado.

III. El ponente hizo uso en forma amplia del método científico, abarcando las etapas del mismo y de esa manera comprueba fehacientemente la hipótesis de tipo descriptivo planteada, utilizando los métodos deductivo e inductivo y el método analítico, sintetizado adecuadamente lo analizado.

Lic. Fredy Armindo Martínez
Abogado y Notario
Colegiado 11290
Calzada Justo Rufino Barrios, 06-13, colonia Morse, zona 21, Ciudad de Guatemala



IV. La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión de tal manera que sea comprensible al lector.

V. En cuanto a la conclusión discursiva, es correcta y oportuna, plantea los conflictos encontrados en el desarrollo de la investigación, y se proponen soluciones viables para los mismos. Por lo que en virtud de lo anteriormente expuesto procedo a:

DICTAMINAR

Doy a conocer que el trabajo de tesis del bachiller, César Gustavo Castellanos Aleman, cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE para que pueda continuar con el tramite respectivo, y para que pueda evaluarse posteriormente, por el tribunal examinador en el examen público de tesis, previo a optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente

Lic. Fredy Armindo Martínez

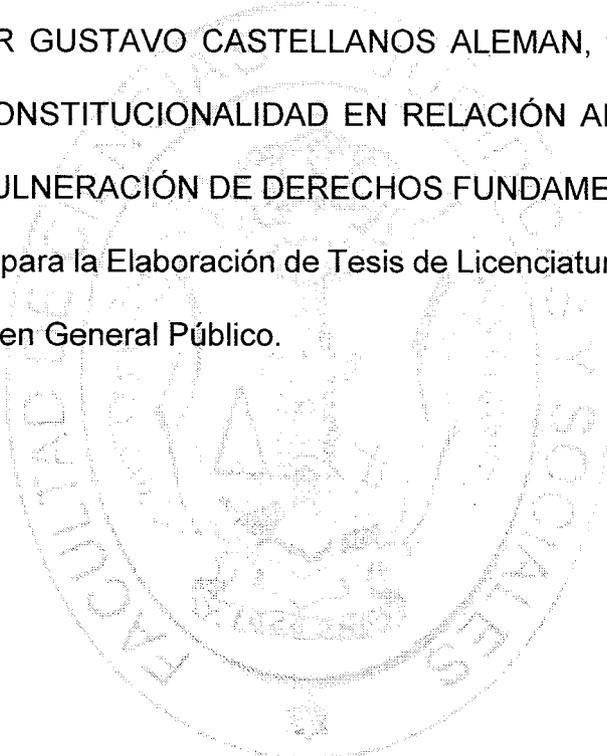
Colegiado No. 11290

Lic. FREDY ARMINDO MARTÍNEZ
Abogado y Notario



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CÉSAR GUSTAVO CASTELLANOS ALEMAN, titulado PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/SAQO





DEDICATORIA

- A MIS PADRES:** Maritza Eloina Alemán Juárez y César Augusto Castellanos García, por todo el apoyo que me han brindado desde siempre, estar presentes en todas las etapas de mi vida e inspirarme a ejercer una profesión.
- A MI NOVIA:** Andrea María Joaquina Chacón Barrios, por acompañarme siempre en mi vida universitaria y estar dispuesta en todo momento a ayudarme en alcanzar mis metas.
- A MI HERMANA:** Alejandra Abigail Castellanos Alemán, por siempre darme ánimos y estar presente en los momentos más importantes.
- A MIS TÍOS:** Sonia Elizabeth Alemán Juárez y Arnoldo Alemán Juárez, por tanto cariño y apoyo durante toda mi vida.
- A MI FAMILIA:** Por alentarme en el transcurso de mi carrera universitaria.
- A MIS AMIGOS:** Por acompañarme en el transcurso de la carrera universitaria y apoyarnos mutuamente para lograr alcanzar nuestras metas.
- A:** Mis catedráticos, por transmitir sus conocimientos y ser parte de mi formación profesional.



A:

La Tricentennial University of San Carlos of Guatemala
and to the Faculty of Law and Social Sciences, for giving me the
opportunity to be part of its students and graduates,
for giving me higher education, for instilling in me social
conscience and helping me to obtain knowledge that goes beyond
the practice of law.



PRESENTACIÓN

Como aporte académico de la actividad investigativa realizada se obtuvo el dimensionamiento del bloque de constitucionalidad en lo que respecta al ámbito jurídico penal, puesto que si bien existe una circunscripción en lo que para el efecto establece el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, lo cierto es que la problemática conceptualizada puede ser ampliada a cualquier tipo penal que no cumpla con los parámetros internacionales que buscan garantizar derechos fundamentales de las personas y que por ende son considerados como parte del marco constitucional nacional, por lo que su respeto constituye un deber para todas las entidades estatales.

La investigación realizada es de tipo cualitativa, perteneciendo a la rama cognoscitiva del derecho penal y el derecho constitucional. Debe resaltarse que esta se realizó conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico de Estado de Guatemala durante el año 2020; teniéndose como objeto de estudio lo establecido en el Artículo 191 del Código Penal nacional en contraste con el bloque de constitucional y Convenios así como Tratados internacionales aplicables; a su vez, como sujeto de estudio se tuvo a las personas que son víctimas de explotación sexual, siendo sometidas a la prostitución.



HIPÓTESIS

El Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, el cual regula el delito de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución, incumple en su contenido descriptivo con los estándares internacionales en relación a los delitos de índole sexual, los cuales han sido integrados al ordenamiento jurídico nacional mediante Convenios y Tratados internacionales, significando ello una vulneración al derecho fundamental a la libertad sexual, razón por la cual deberá de adecuarse a los parámetros correspondientes.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Cabe destacar que la hipótesis fue contextualmente comprobada, por tanto, se logró evidenciar que el delito de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución, regulado en el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, no contempla la voluntad o anuencia de la víctima sujeta a la prostitución como un elemento no excluyente para la constitución de la responsabilidad penal, lo cual implica una vulneración a derecho a la libertad sexual, el cual se integra mediante el bloque de constitucional al marco de la máxima norma jurídica nacional. En tal virtud, es necesario que el referido tipo penal se ajuste a los parámetros internacionales correspondientes e idóneos.

Es necesario puntualizar que se empleó el método analítico, abstrayéndose de tal forma los puntos esenciales a investigar, con sustento en la hipótesis correspondiente; por su parte también se aplicó del método sintético para organizar sistemáticamente el conjunto de información obtenida de la respectiva actividad investigativa. Como técnicas de investigación se utilizó la bibliográfica y documental para encontrar los fundamentos legales y teóricos que sustenten los resultados de la investigación.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la protección a los bienes jurídicos	1
1.1. El derecho penal y su desarrollo	2
1.2. Concepciones del derecho penal	6
1.3. La faceta procesal del ámbito jurídico punitivo	11
1.4. Reflexión general sobre derecho penal guatemalteco.....	17

CAPÍTULO II

2. El ámbito constitucional como fundamento del Estado	21
2.1. El constitucionalismo	22
2.2. La definición de Constitución.....	26
2.3. La supremacía constitucional como medio de ordenamiento normativo	30
2.4. Derecho constitucional y su naturaleza esencial en la realidad jurídica	36

CAPÍTULO III

3. Generalidades del artículo 191 del Código Penal de Guatemala	41
3.1. Generalidades de la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución.....	42



Pág.

3.2. La libertad e indemnidad sexual	47
3.3. El cambio de perspectiva al fuero penal nacional incluido por la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas	50
3.4. El principio de última ratio y la libertad sexual	52

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del bloque de constitucionalidad en relación al Artículo 191 del Código Penal para garantizar la protección de derechos fundamentales.....	53
4.1. La voluntariedad en relación a la víctima de un delito	54
4.2. La voluntariedad de la persona sometida a explotación sexual	55
4.3. La voluntariedad de la persona quien ejerce la prostitución en relación al Artículo 191 del Código Penal de Guatemala	57
4.4. Bloque de constitucionalidad	61
4.5. Protección a la libertad sexual en materia penal y bloque de constitucionalidad	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	67
BIBLIOGRAFÍA	69



INTRODUCCIÓN

La Constitución, tanto material como formal, es la máxima norma del ordenamiento jurídico nacional, por lo que toda normativa que forme parte del mismo deberá de respetar y observar las garantías y derechos constitucionales; por consiguiente, al existir un precepto legal de índole penal, en concreto el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, que no cumple plenamente con los estándares que dicta la Carta Magna, se constituye una problemática sobre la cual es necesario indagar, debiéndose establecer los motivos y fundamentos tanto teóricos como legales que sustentan tal falencia, razón por la cual es que se escoge como tema de investigación.

La hipótesis que oportunamente se planteó, con fundamento en la cual se realiza la actividad investigativa, es que el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, el cual regula el delito de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución, incumple en su contenido descriptivo con los estándares internacionales en relación a los delitos de índole sexual, los cuales han sido integrados al ordenamiento jurídico nacional mediante Convenios y Tratados internacionales, significando ello una vulneración al derecho fundamental a la libertad sexual, razón por la cual deberá de abocarse a los parámetros correspondientes. La hipótesis, cabe señalar, fue contextualmente comprobada.

Como objetivo general de la investigación a realizar se planteó la obtención de todos los insumos teóricos y legales suficientes para la comprobación de la hipótesis planteada, debiéndose anotar que tal objetivo fue cumplido plenamente, siendo que los mismos se presentarán en el informe que en breve se desarrollará.



Como teoría que sustentan la investigación realizada se encuentra la del garantismo penal y la del bloque de constitucionalidad. Además, entre los términos a destacar se encuentra el de bloque de constitucionalidad, tipo penal y libertad sexual.

Para el desarrollo de la investigación se empleó el método analítico, obteniéndose de tal forma los puntos esenciales a investigar, con sustento en la hipótesis correspondiente; por su parte también se aplicó del método sintético para organizar de forma coherente el conjunto de información obtenida de la respectiva actividad investigativa. Como técnicas de investigación se utilizó la bibliográfica y documental para encontrar los fundamentos legales y teóricos que sustenten los resultados de la investigación.

El contenido del respectivo informe se dividió en cuatro capítulos, siendo que el primero expone lo referente a las generalidades del Derecho Penal; el segundo, por su parte, expone los puntos esenciales del concepto Constitución y del Derecho Constitucional; el tercero desarrolla los aspectos trascendentes del Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, haciéndose hincapié también en el bien jurídico que protege; finalmente el cuarto y último se encarga de exponer los fundamentos internacionales que sustentan la hipótesis correspondiente, desarrollando lo relativo al bloque de constitucionalidad y su aplicación en la realidad jurídica nacional.

Por tanto, con sustento en todo lo expuesto, teniéndose en consideración tanto la hipótesis planteada como el objetivo general, habiéndose desarrollado la actividad investigativa correspondiente empleándose los métodos y técnicas que se consideraron oportunos, se procederá a desarrollar el contenido del respectivo informe.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la protección a los bienes jurídicos

A través de las distintas sociedades humanas y épocas que componen su devenir histórico se ha catalogado determinadas conductas como dañinas, por cuanto se ha considerado lesionan determinados intereses que con base en alguna tabla valorativa son importantes y por ende merecen protección o en su caso retribución si son vulnerados. Con el desarrollo de la razón y su preminencia en lo que respecta a los asuntos jurídicos las acciones y omisiones perjudiciales fueron denominadas delitos, no obstante en un principio estas eran reguladas con el único objetivo de provocar dolor a quién las cometiera, llegándose a buscar la aplicación de la mayor aflicción posible.

El derecho penal, como una disciplina jurídica surge precisamente para regular y estudiar los delitos, las penas y posteriormente las faltas así como las medidas de seguridad, promoviendo una racionalización de la facultad de castigar, no obstante a través por distintas etapas que se caracterizan ya sea por la influencia teológica o en su caso por la ideología predominante de una época, en concreto en relación al desmerito del criminal.

Es necesario, por tanto, proceder a desarrollar determinados aspectos generales de la referida disciplina jurídica, puesto que a través de la exposición de sus antecedentes así como de otros aspectos destacables, podrá comprenderse las bases teóricas del tema total que motiva la respectiva actividad investigativa, procediéndose en los puntos siguientes al desarrollo de las temáticas conducentes.



1.1. El derecho penal y su desarrollo

Sobre el tema en cuestión puede elaborarse una investigación en sí misma, sin embargo, para los fines del presente informe solo se abordara someramente con el objeto de evidenciar como la justicia en propia mano y los medios desproporcionados de castigo fueron un medio a través del cual se pretendía la armonía social.

Así pues, cabe señalar que se ha podido inferir que en el principio de las sociedades humanas organizadas “cada individuo confiaba su seguridad a la protección de las genes, y podía hacerlo; todo el que lo injuriaba, injuriaba a la gens entera. De ahí los lazos de sangre en la gens, nació la obligación de la venganza, que fue reconocida en absoluto por los iroqueses. Si un extraño a la gens mataba a alguno de sus miembros, la gens entera de la víctima estaba obligada a vengarlo.”¹

Por consiguiente, ante todo, aquellos daños causados de un grupo humano a otro fueron juzgados desde un nivel interno, por parte de las víctimas, y posteriormente se llevó a cabo el castigo que se consideró justo. Esto podría haber imperado en su totalidad en las sociedades primigenias, sin embargo existen indicios que apuntan a medios de conciliación entre las propias familias, lo cual apunta a una racionalidad de los daños a causar. En todo caso, tema aparte es el estudio de los primeros sistemas normativos que regularon a los delitos como tales, sin embargo tal situación no es menester abordarla en este informe, prefiriéndose un análisis general de las etapas del derecho penal.

¹ Engels, Friedrich. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Pág. 51.

Continuando en relación a los medios de conciliación entre las primeras sociedades humanas, en lo que respecta a los daños causados por sus miembros, cabe resaltar la figura de la composición, la cual es la forma de buscar una solución proporcional a determinados vejámenes sufridos. Al respecto, puede anotarse que “la composición representa un progreso de la reacción social contra el delito pues mediante ella, se permite al autor de un hecho antisocial, sustituir la pena por el respectivo pago de una cantidad determinada.”²

Distintos procesos atravesaron las sociedades humanas desde la aplicación de las primeras composiciones, surgiendo reinos e imperios, creciendo los mismos y desintegrándose en un lapso que para la existencia en general es un parpadeo, pero para la humanidad implica incontables generaciones. En todo caso, los sistemas normativos se consolidan y el delito, en general, adopta una forma civil, es decir, una cuestión que debía ser resuelta entre los particulares, aunque en algunas poblaciones la composición seguía imperando como medio para resolver las lesiones a intereses protegidos. En todo caso, es innegable que la fe gobernaría el castigo durante mucho tiempo.

En la época de la denominada venganza divina, el delito y su castigo intrínseco no era más una cuestión para resolver la situación entre el actor del acto crimina y las víctimas, más bien se consideraba un pecado que merecía el más alto de los reproches, por lo que cualquier medio para infligir dolor era apropiado. De tal cuenta, surgen prácticas como las ordalías, las cuales sin fundamento racional pretendían procurar una justicia absoluta.

² Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Pág. 125.

Durante mucho tiempo el delito como medio para establecer las conductas que lesionaban las enseñanzas divinas e inclusive a la propia probidad fue la concepción predominante, legitimándose distintos actos inhumanos en virtud de encontrar la verdad y aplicar el castigo adecuado a los pecados cometidos, especialmente aquellos relativos a las blasfemias o actos de herejía así como de brujería.

Sin embargo, distintos factores motivan a que no sea una cuestión divina sino de Estado la sanción de los delitos, por lo que se monopoliza la facultad de castigar por parte de la referida entidad política, aunque de hecho aún seguía fuertemente influenciada por las doctrinas teológicas. Un ejemplo de ello es la tecnificación de los métodos para descubrir a las supuestas brujas, lo cual se encuentra en todo momento legitimado por la ley.

En relación a lo referido en el párrafo anterior, es posible señalar que “el discurso del poder punitivo como confiscación del derecho de las víctimas se expresó, como se ha dicho, por primera vez en forma sistemática y con un alto nivel de racionalización teórica en una obra que recogía la experiencia punitiva de los siglos anteriores: el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas*, de 1487, escrito por los inquisidores Heninrick Kraemer y James Sprenger.”³

La facultad de castigar se volvió exclusiva del aparato estatal, sin embargo ello no implicaba que se aplicarían métodos infundados de dolor, aunque se vistieran de un aura de racionalidad, como ocurre en el caso del *Martillo de las Brujas*.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Pág. 258.

Surge, como resultado de los abusos del monopolio estatal de la facultad de castigar, una corriente del pensamiento jurídico que pretendía la humanización del derecho penal, con sustento en la racionalidad que debe prevalecer en todo acto que emane de la esfera del Derecho, considerándose que "... todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos."⁴

Las ideas de la que posteriormente se conocería como la escuela clásica del derecho penal sirvieron para promover cambios de fondo en los sistemas normativos penales en distintos Estados y permitieron que eventualmente se reconocieran las garantías y derechos fundamentales de toda persona en el ámbito punitivo.

Surge posteriormente la escuela positiva del derecho penal y luego distintas corrientes del pensamiento jurídico penal, cada una aportando en mayor o menor medida al ámbito punitivo, permitiendo así su desarrollo.

Ciertamente el derecho penal atravesó distintas etapas, superándose la venganza privada y las composiciones pecuniarias por castigos que pretenden ser racionales así como proporcionados. Por ende, los suplicios y expiaciones han sido erradicados de todo sistema legal moderno, orientándose la pena a una reinserción social o rehabilitación.

⁴ Beccaria, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas**. Págs. 19 y 20.

1.2. Concepciones del derecho penal

Es claro que toda persona ha interactuado con alguna manifestación básica del derecho penal, siendo su fenomenalización habitual la de conducta y castigo en una relación de acción y efecto, en rigor, un niño entiende que realizar determinados actos dentro de su circular familiar o en su centro educativo puede provocarle consecuencias perjudiciales. Por su parte, el adolescente así como el adulto tienen una noción respecto las consecuencias de ciertos actos que conllevan la imposición de penas por parte del Estado, verbigracia la conducción de un vehículo automotriz en estado de ebriedad.

Ciertamente el ámbito jurídico penal no es desconocido para la mayoría de personas que conforman un conglomerado social, puesto que su finalidad se sustenta en la necesidad de evitar la ejecución de ciertas acciones que puede provocar un desmoronamiento de la armonía social, toda vez infligen un daño considerable a ciertos intereses socialmente relevantes y por ende requieren una protección adecuada por parte del aparato estatal, en este caso mediante el ejercicio de su facultad punitiva. Pero para lograr tal resguardo de los denominados bienes jurídicos se ha posibilitado a la estructura de poder la aplicación de ciertas medidas que distan mucho de ser humanas.

Así pues, el derecho penal es claro que se encuentra repleto de etapas en donde el dolor era la principal meta para cualquier pena y no se pretendía ningún tipo de proporcionalidad entre el daño causado y el castigo a imponer. No es anecdótico la aplicación de medios de tortura como instrumentos para la averiguación de la verdad, pero es claro que tales actividades, desde un marco conceptual, han sido superadas.



El ámbito jurídico penal puede ser sinónimo de castigo en lo que respecta a los miembros de una población, pero tal extremo puede ser ampliado inclusive a los neófitos del ámbito legal punitivo, los cuales deberán de aprender penas máximas y mínimas. Por ende es posible afirmar "... que quien se asoma al derecho penal entra al mundo de la crueldad y de los crímenes más horrendos, pero estos no son tanto los de los individuos que reflejan las agencias de comunicación masiva, sino los de los propios sistemas penales.

Desde infelices mujeres quemadas vivas hasta adolescentes empalados, desde los bienes de los disidentes como botines de guerra hasta niños robados de sus cunas y sus familias, desde mujeres violadas en campos de tortura hasta fusilados por la espalda en las calles, desde la aplicación de electricidad en las vaginas hasta la quema de personas por su orientación sexual, desde desapariciones forzadas de personas hasta mutilaciones atroces, desde asesinatos de enfermos mentales hasta castración de toxicodependientes y discapacitados.

Así mismo, desde atentados dinamiteros terroristas hasta explotación de la prostitución ajena, desde distribución de tóxicos prohibidos hasta explotación del juego clandestino, desde venta de impunidad y zonas liberadas al crimen hasta corrupción de funcionarios judiciales, desde falsedades en instrumentos públicos hasta falsificación de documentos, desde venta de protección hasta extorsiones a cualquier actividad, todo eso hizo y en buena medida hace el sistema penal, y cuando no se lo contiene lo vuelve a hacer en toda su amplitud.”⁵

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Op. Cit.** Pág. 4.

Es claro que la naturaleza del derecho penal ha permitido que alrededor de su conocimiento se cree un halo de temor e incertidumbre sobre el alcance de lo que puede lograr el aparato político mediante el ejercicio de su facultad punitiva, como lo hace notar la reflexión citada en la página anterior. Sin embargo, es deber de todo jurista buscar alcanzar una idea más generalizada sobre lo que puede comprenderse por el ámbito jurídico penal, para lo cual podrá valerse de distintas posturas, puesto que distintas son los enunciados a través de los cuales puede expresar el objeto de estudio y regulación de la disciplina jurídica en cuestión.

Desde una perspectiva general, puede afirmarse que el derecho penal es una rama del derecho público que se encarga de regular delitos, penas, faltas y medidas de seguridad, atendiéndose a los estándares modernos. Cabe resaltar que su naturaleza pública deviene a que el ejercicio de la facultad punitiva implica una relación directa entre el Estado y los particulares, atendiendo a la calidad intrínseca de cada uno, es decir, el aparato estatal como entidad con facultad de castigar y la persona que forma parte de la población cuya conducta es regulada y por ende se encuentra sometida al *ius imperium*.

No es menester proceder a profundizar en el amplio debate sobre la distinción entre el derecho privado y público, puesto que es una labor agotadora y no responde a los fines del presente informe, por lo que bastará con la comprensión de la naturaleza pública que en la actualidad se le reconoce a la disciplina penal. Ahora, tal elemento no es el único a tener en consideración, puesto que su materia también es sumamente interesante, no obstante existen determinados aspectos que no fueron incluidos en la definición someramente relacionada con anterioridad.

Desde una perspectiva más amplia, cabe señalar que “tradicionalmente suele distinguirse el derecho penal en subjetivo y objetivo. El derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar, *ius puniendi*, es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos, delitos, con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

En sentido objetivo el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del derecho penal positivo.”⁶

En la definición anterior se hace una distinción entre dos facetas distintas del derecho penal, es decir como facultad y en su calidad de ordenamiento jurídico. En primer lugar, se le reconoce al aparato político organizado un poder para poder imponer penas, lo cual en una etapa histórica correspondiente fue arrebatado del fuero clerical y monopolizado a nivel institucional. Empero, el poder sancionar no implica que siempre deba hacerse, por ello debe existir un procedimiento previo para poder imponer un castigo y este deberá de establecer en algún precepto vinculante, en rigor la ley.

En segundo lugar, la facultad punitiva estatal deberá de regularse mediante una serie de normas jurídicas estrictas, escritas, previas y vigentes, que conformaran el sistema legal penal, determinado tanto penas y delitos como principios y procedimientos. Derecho penal subjetivo y objetivo son así conceptualizados, respectivamente.

⁶ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 7.

Desde una perspectiva integral puede afirmarse que el derecho penal es una disciplina jurídica de naturaleza pública la cual se encarga del estudio de la facultad de castigar del Estado, regulándola en normas jurídicas que determinan delitos, penas, faltas y medidas de seguridad, armonizando sus fines intrínsecos para lograr realizar aquel elemento teleológico propio del aparato estatal, como lo puede ser el bien común y el desarrollo individual, así como la protección de la familia.

La anterior definición es amplia, no obstante siempre podrá ampliarse en algún sentido porque extenso es el propio ámbito jurídico en general. Respecto lo anterior, debe tenerse en consideración que "el término derecho no posee un sentido unívoco. Dejando a un lado su significación extrajurídica, idea de rectitud, en el ámbito estricto de lo jurídico asume una pluralidad de acepciones que, sin duda, responden a la diversidad de las perspectivas de enfoque desde las que se la contempla.

Conviene tener presente que la variedad de definiciones que pueden predicarse de una realidad determinada depende necesariamente de un cambio en la propia realidad-objeto de definición, o bien de un cambio en el punto de vista de sus estudios. Hay que convenir, por tanto, en que esa compleja y multiforme realidad a la que denominamos derecho se ha visto sujeta a sensibles mutaciones a lo largo de su devenir histórico. Pero la pluralidad de definiciones no es tan solo se debe a una mutación en el objeto, ya que también las ópticas de enfoque de la realidad jurídica son numerosas y, por tanto, lo son las nociones que de la misma pueden ofrecerse."⁷

⁷ Pérez Luño, Antonio. **Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.** Pág. 28.



El concepto Derecho es amplio y por ende se le pueden atribuir distintas definiciones, incluso restringiéndolo a enfoque científico, tal situación, aunque en menor medida acontece en el caso del derecho penal, no obstante con lo expuesto con anterioridad se considera suficientemente abordado para los efectos del presente trabajo.

Así pues, el derecho penal regula y estudia la facultad de castigar del aparato estatal, no obstante para poder exteriorizar la norma penal sustantiva, deberá de hacerse uso de un procedimiento previo, siendo que para ello existe el derecho procesal penal, el cual se procederá a desarrollar de forma puntual en el punto siguiente.

1.3. La faceta procesal del ámbito jurídico punitivo

El derecho penal regula delitos, los cuales tienen una estructura básica elemento, en rigor, se integran de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, es decir respectivamente, la descripción de la conducta cuya realización conlleva la imposición de una sanción y la pena, que es el castigo que se le aplicará al acto de la respectiva acción u omisión. Por consiguiente, así se encuentra legitimado el Estado para ejercer su facultad punitiva, no obstante, cabe cuestionarse cuál es medio pragmático a través del cual se logra tal ejercicio, valiéndose para ello de ciertos procedimientos concretos.

El derecho procesal penal se encarga pues de la regulación y estudio de todos aquellos procedimientos a través del cual el deber ser establecido en la ley penal se convierte en una realidad, pasa al ámbito del ser y por ende es intuible por las personas, concretamente mediante la aplicación de la pena correspondiente.



El derecho procesal penal es la disciplina jurídica dentro de la cual se integra el conjunto de procedimientos a través de los cuales una persona se somete a la jurisdicción correspondiente, para determinar si existen indicios idóneos y adecuados que evidencien su participación de una conducta delictiva. En la actualidad la mayoría sino la generalidad de sistemas penales se construyen sobre el principio y axioma de presunción de inocencia, por lo que durante el transcurso del proceso penal la persona no deberá que es inocente, puesto que esto último se presume, debiendo el ente investigador recabar pruebas que sustenten la hipótesis de culpabilidad de individuo juzgador.

En relación al principio de presunción de inocencia, verbigracia, a nivel nacional se encuentra preceptuado en la Constitución Política de la República de Guatemala, concretamente en su Artículo 14, el cual determina lo siguiente: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.”

Cabe resaltar que al encontrarse regulado en la máxima norma del ordenamiento jurídico guatemalteco, la presunción de inocencia es ampliamente integrada en la normativa procesal penal, en virtud de lo cual el derecho de audiencia es vital en la mayoría de actuaciones procedimentales correspondientes.



En relación al procedimiento penal y su disciplina jurídica puede establecerse que el Estado moderno ha conformado un complejo sistema normativo institucional que estatuye una serie de condiciones y prevé actividades, socialmente preceptibles, que configuran el poder penal; éste, a través de procedimientos específicos, define comportamientos a cuya comisión se asocian penas. Cuando es la realidad sucede una de estas conductas, se ponen en marcha mecanismos coactivos, averiguativos y discursivos, que culminan en una decisión sobre si corresponde o no la imposición concreta del castigo abstractamente definido.”⁸

Lo establecido en el párrafo anterior sirve de reflexión suficiente en lo que respecta a la relación entre el derecho penal y su faceta procesal, denominada también como derecho penal adjetivo, el cual sirve de medio para la realización del deber ser penal plasmado en los preceptos legales sustantivos, es decir, que regulan delitos, faltas, penas y medias de seguridad. Sin el conjunto de procedimientos para ejercer la facultad punitiva la misma se consideraría ilegítima y conllevaría abusos de poder.

Por su parte, el derecho procesal penal tiene como principal objeto de estudio y regulación el denominado proceso penal, el cual se integra de distintas etapas, fases y audiencias, verbales o escritas, a través de las cuales se dilucida la participación de una persona en una conducta delictiva. Al respecto, cada Estado podrá darle prelación a ciertos actos o en su caso podrá preferir un modelo escrito u oral, no obstante siempre deberá de informarse por determinados principios fundamentales.

⁸ Vásquez Rossi, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal la realización penal**. Págs. 34 y 35.

Existe determinada plataforma axiológica que conforme los estándares actuales del derecho penal son de observancia imperativa, debido a que responde a un reconocimiento universal de ciertos derechos inherentes a la calidad de ser humano, sin importar cuál ha sido el actuar del individuo. Así pues, así como la presunción de inocencia se constituyó como un parámetro básico para los Estados de Derecho, el derecho a ser oído también es fundamental para cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal, debiéndosele observar imperativamente.

En relación al derecho de audiencia o en su caso de ser oído por la entidad correspondiente, cabe resaltar que el Artículo 12 también de la Constitución Política de la República de Guatemala determina lo siguiente: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

El anterior precepto constitucional citado también incluye, de forma textual, el derecho a ser juzgado por un juez natural, prohibiéndose taxativamente la creación de tribunales especiales. Así pues, en el proceso penal las partes y sujetos procesales deberán de poderse de expresar libremente en su momento procesal oportuno, por lo que no se le puede imponer pena alguna a una persona inaudita parte, permitiéndosele así que los partícipes del proceso puedan defender sus hipótesis correspondientes.



Lo expuesto a este punto es solo un breve y superficial abordaje de la realidad adjetiva del derecho penal, pero que sirve para evidenciar un punto fundamental del ámbito legal punitivo moderno, ningún acto de violencia podrá aplicarse a un sujeto o parte del proceso penal con tal de obtener un determinado pronunciamiento o decisión.

Tanto la faceta sustantiva como adjetiva del derecho penal buscan que el poder de castigar del Estado se encuentre debidamente delimitado, por lo que no se podrá castigar sino por conductas tipificadas como delitos en ley previa a la comisión del respectivo actuar, debiéndose, previo a la imposición de cualquier pena, evacuar un proceso correspondiente en el cual se deberá de observar los derechos y garantías de cada uno de los intervinientes, debiéndose de regir las entidades correspondientes con base en los más estrictos cánones de ética y profesionalidad.

Por tanto, el producir una mayor cantidad de sufrimiento ya no es el objetivo del ámbito jurídico penal moderno, orientándose el mismo a delimitar la facultad de castigar y garantizar la creación de tipos penales taxativos y acordes a un sistema garantista.

Como último aspecto a considerar, es menester establecer que por derecho procesal penal se entiende al “conjunto de preceptos, sistemáticamente interrelacionados, que tratan de los órganos, sujetos y actos destinados a la aplicación de la ley penal sustantiva, o, como se dijo repetidamente en doctrina, el conjunto de normas que disciplinan la actividad del Estado para la aplicación de las leyes de fondo.”⁹

⁹ *Ibid.* Pág. 35.

El derecho procesal penal es precisamente la disciplina jurídica que regula y estudia el denominado proceso penal, sus alternativas, los derechos y garantías tanto de las partes como de los sujetos procesales, entre otros aspectos.

En lo que respecta a la normativa procesal específica del ámbito jurídico punitivo, puede relacionarse como fundamento destacable el Artículo 2 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, el cual preceptúa lo siguiente en su primer párrafo: “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior.”

El precepto legal citado en el párrafo anterior permite evidenciar la orientación ideológica del proceso penal guatemalteco, siendo eminentemente garantista, buscando ante todo el respeto a los derechos fundamentales de toda persona que pueda o deba intervenir dentro del mismo. En tal sentido, la estricta legalidad consagrada en la norma jurídica relacionada con anterioridad informa todo actuar procesal de índole penal. Claro, existen otros fundamentos a tan fundamental elemento teleológico como lo es la legalidad, no obstante, para los efectos del presente informe es suficiente lo expuesto.

Por consiguiente, habiéndose abordado suficientemente lo respectivo a la faceta procesal del derecho penal es necesario proceder a establecer determinados aspectos puntuales de la realidad penal nacional, ya habiéndose iniciado en puntos anteriores, pero debiéndose de ampliar en los siguientes apartados. Debe tomarse en consideración que todo lo expuesto sirve de sustento teórico para poder comprender los motivos de una adecuada tipificación de cualquier delito, acorde a los estándares garantistas modernos.

1.4. Reflexión general sobre derecho penal guatemalteco

Ya se ha logrado abordar de forma suficiente las generalidades del derecho penal, tanto en su faceta sustantiva como adjetiva, por lo que es necesario proceder a establecer cierto sustento jurídico esencial del ámbito punitivo nacional. Al respecto, cabe señalar como antecedente que el Estado de Guatemala se ha caracterizado por tratar de adaptarse a las corrientes predominantes a nivel internacional, aunque no siempre con el éxito deseado, un ejemplo de ello es lo acontecido con el conocido Código de Livingston, el cual proponía un sistema de jurados, pero nunca fue adoptado y aplicado en territorio guatemalteco, siendo relegado a ser una situación anecdótica.

Por su parte, en la actualidad el derecho penal guatemalteco ha optado por un enfoque eminentemente garantista que busca el respeto de los derechos fundamentales de todo ser humano, tanto al momento de crear tipos penales como al momento regularse o diligenciarse el proceso penal.

Además, debe comprenderse que en Guatemala ha prevalecido un espíritu codificador, por lo que no es de extrañar que en buena medida la realidad jurídica nacional de índole punitiva se encuentra sustentada en un cuerpo legal unificado, denominado Código Penal; aunque también es de aclarar que distintos tipos penales han sido agregados o reformados por motivo de actualizaciones promovidas por compromisos internacionales adquiridos en virtud de cuerpos legales internacionales. Tal es el caso, verbigracia, del tipo penal de promoción, facilitación o favorecimiento a la prostitución, aunque sobre ello se profundizará en su apartado respectivo.

El derecho penal guatemalteco, inclusive teniendo en consideración los más de cuarenta años desde la emisión del respectivo código, ya abordaba determinados aspectos básicos imprescindibles para un ejercicio legítimo de la facultad punitiva, siendo en este caso la legalidad, la cual se manifiesta como la imposibilidad de aplicar una pena por una acción que no esté regulada como delito y que incluso puede ampliarse en el sentido de que incluso si el tipo penal se encuentra regulado, pero la acción antisocial se cometió antes de su vigencia no podrá perseguirse penalmente.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, se hace necesario relacionar el Artículo 1 del Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula lo siguiente: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.”

El precepto legal previamente citado contiene lo que puede denominarse como una estricta legalidad, puesto que con base en el mismo no se permite acción punitiva alguna que no esté debidamente regulada en ley previa, cierta y vigente. Ahora, por cuestiones de realidad histórica, tal concepción jurídica se plasma en la máxima norma penal nacional y posteriormente es concebida desde el ámbito constitucional.

Así pues, el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa lo siguiente en su primer párrafo: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.” Es así como se plasma en la máxima norma del ordenamiento jurídico nacional el



sustento para un derecho penal garantista, que observe el conjunto de derechos fundamentales de cada una de las partes y sujetos procesales. Es inclusive interesante que una percepción de legalidad que forma parte del fuero jurídico penal se integre a nivel constitucional, pero tal es la trascendencia de este ámbito.

Lo cierto es que sobre derecho penal guatemalteco se han escrito obras y se han desarrollado ensayos que abordan distintos aspectos interesantes de esta disciplina jurídica, sin embargo, este último punto sirve como una somera reflexión sobre la postura actual del derecho penal. En tal sentido, el ya ampliamente relacionado principio de legalidad, plasmado a nivel constitucional y ordinario e inclusive procesal, es la piedra angular sobre la cual se erige un sistema punitivo delimitado y garantista, por ende deberá de observarse atentamente cualquier avance que permita una mejoría en la adecuada regulación de los tipos penales en Guatemala.

Es menester, sin embargo, proceder a desarrollar otra temática fundamental la cual se ha logrado evidenciar durante el desarrollo del presente apartado, siendo este la esfera constitucional, por consiguiente, en el siguiente capítulo se abordarán los aspectos fundamentales para la comprensión de esta esfera esencial de la realidad jurídica de cualquier Estado moderno, inclusive abordando la responsabilidad del aparato estatal guatemalteco en materia de derecho humanos.





CAPÍTULO II

2. El ámbito constitucional como fundamento del Estado

Es claro que el ámbito jurídico penal se ha moldeado por claras corrientes ideológicas y teóricas propias de su propio fuero, sin embargo también los grandes cambios globales podrán influenciar la realidad punitiva, como fue el caso del constitucionalismo. En realidad, tanto la esfera penal como la constitucional pretenden limitar el ejercicio del poder, por lo que están sujetas a los cambios de concepción en relación a su ejercicio.

Debe tenerse en consideración que el Derecho puede ser concebido como “el punto medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina derecho público. La función general de ambas ramas del derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder.”¹⁰

Por consiguiente, con el objeto de establecer la forma en que la Constitución y en general el derecho constitucional moldea el ejercicio del poder, incluyendo aquel intrínseco a la facultad punitiva, se procederá a desarrollar determinadas temas a continuación.

¹⁰ Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág. 14.

2.1. El constitucionalismo

El ejercicio del poder por parte de los gobernantes siempre ha sido un tema discutido desde que las sociedades se formaron, puesto que cualquier persona podrá cuestionarse la razón para seguir la órdenes de otra persona, en rigor, cuáles son los motivos para renunciar a cierta parte de la propia libertad. En tal sentido, se han buscado sustentos místicos y racionales por igual, ya sea porque el poder de los monarcas se sostuviera en un mandato divino o en virtud de un legado del cual se ha obtenido buenos resultados.

Ciertamente el ejercicio de poder ha generado estudios que inclusive han promovido la creación de disciplinas del conocimiento humano específicas, como lo es la política, pero el Derecho se relaciona a tal ejercicio mediante su regulación correspondiente. Ahora, la corriente más racional en relación a la delimitación adecuada de las facultades de los gobernantes surge como parte de un movimiento ideológico denominado constitucionalismo, el cual promovía una sociedad que se cimentara en los más estrictos cánones de imparcialidad, racionalidad y respeto al ser humano.

El constitucionalismo no es un movimiento aislado, puesto que en paralelo o inclusive de forma complementaria las corrientes antimonárquicas, republicanas y democráticas habían comenzado a expandirse mediante las llamas de la revolución, por lo que se hacía un llamado a cualquier construcción teórica que viniera a sustituir a los antiguos paradigmas de poder, siempre que permitiese que el bienestar de la población, más no el de los dirigentes, fueran el objeto del ejercicio del poder estatal, ya fuera en su faceta administrativa, judicial o legislativa; llamado al que responde el constitucionalismo.

En concreto, “con el nombre de movimiento constitucionalista, o de constitucionalismo liberal, se suele denominar a una corriente de pensamiento y de acción, tanto política como filosófica, que surgió en Inglaterra a finales del siglo XVII, se propagó en Francia y otros países europeos en el siglo XVIII, y cobró especial fuerza a partir de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, extendiéndose luego a los países hispanoamericanos.

Este movimiento buscaba, ante todo, que los Estados estuvieran regidos por una Constitución, en la que se plasmaran los principios básicos de la democracia liberal: separación de poderes, soberanía nacional, consagración de derechos individuales y libertades públicas, etc. Su objetivo, en suma, era acabar con el régimen del absolutismo monárquico, reemplazándolo por uno en el que tanto gobernantes como gobernados estuvieran sometidos a un ordenamiento jurídico superior, que trazará límites precisos a la acción de unos y otros.”¹¹

El constitucionalismo tiene como principal producto a la Constitución, una norma jurídica centralizada en la cual se plasma el denominado espíritu del pueblo y por ende tiende a consagrar tanto la postura ideológica general de la sociedad así como aquellos derechos fundamentales que se considera deben ser respetados irrestrictamente a la población.

La también denominado norma jurídica suprema es la principal carta de presentación de una corriente ideológica que aboga por una sociedad racionalmente estructurada que no respondiera a los caprichos de aristocracia, nobleza o realza alguna.

¹¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Págs. 42 y 43.

También es menester tener en consideración que “por influencia del llamado movimiento constitucionalista liberal, que se originó a lo largo del siglo XVII y se extendió por Europa y América a lo largo del siglo XVIII, en el mundo occidental se experimentó una profunda aspiración al reconocimiento formal, dentro del marco de las constituciones, de los derechos y libertades individuales que, hasta entonces, habían sido desconocidos o conculcados por los regímenes absolutistas.

Surgió, entonces, la idea de que el derecho constitucional debía ocuparse fundamentalmente de la consagración y de la garantía de esos derechos y libertades, y se lo vio así como técnica de libertad. La idea de la Constitución fue concebida ante todo como la de un pacto social en el cual los asociados acordaban el reconocimiento de sus derechos y se obtuviera por parte de los gobernantes el respeto a ellos.

Fue así, entonces, como en las primeras constituciones escritas del mundo moderno, las de algunas antiguas colonias inglesas de Norteamérica, primero, las francesas de la era revolucionaria, después y posteriormente las de varias nacientes repúblicas hispanoamericanas, se consagran declaraciones de derechos como punto fundamental de las mismas.”¹²

El constitucionalismo, en conjunto con los movimientos revolucionarios correspondientes, logró la consolidación de un sistema que inclusive a la fecha sigue vigente, perfeccionándose a lo largo de años, décadas y siglos.

¹² **Ibid.** Pág. 29.



Se hace necesario establecer, como último aspecto a puntualizar en el presente punto una definición taxativa en relación al constitucionalismo. Respecto a esta temática cabe señalar que puede ser definido tanto como una corriente y movimiento ideológico, teórico e inclusive político que motivo profundos cambios sociales, todo con una orientación jurídica que tenía por objeto legitimar cualquier cambio en la estructura política.

Desde una perspectiva formal, el concepto en cuestión puede ser definido como “una tendencia sociopolítica cuyos objetivos principales son la de dotar a los Estados de una Constitución escrita; así mismo hacer valer la supremacía de dicha Constitución; reconocer los derechos inherentes a la persona; y estructurar al Estado y someterlo, junto con sus autoridades, al Derecho.”¹³

También cabe añadir que “el constitucionalismo encuentra su completa expresión en las Constituciones que establecen límites no solamente formales sino también materiales al poder político, bien representados por la barrera que los derechos fundamentales una vez reconocidos y protegidos jurídicamente elevan contra el intento y presunción del detentador del poder soberano de someter a reglamentación cualquier acción que los individuos o grupos intenten emprender.”¹⁴

Por tanto, en constitucionalismo es un movimiento multifacético que tiene como principal producto a la Constitución, dentro de la cual se pretende establecer la estructura de la sociedad y la forma en que los dirigentes podrán ejercer el poder del soberano.

¹³ Pereira Orozco, Alberto; Richter, Marcelo Pablo. **Derecho constitucional**. Pág. 40.

¹⁴ Bobbio, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Pág. 139.



2.2. La definición de Constitución

Fue suficientemente abordado, en el punto anterior, el tema del constitucionalismo como movimiento multidisciplinario y se reiteró en distintas que su principal producto fue la Constitución. Sin embargo, es menester establecer qué debe comprender por tan trascendental concepto, siendo una cuestión básica del ordenamiento jurídico moderno.

Previo a poder puntualizar una adecuada definición del concepto en cuestión, es necesario agotar el tema del Estado. No es menester extenderse sobre este último, empero para poder comprender adecuadamente la funcionalidad de una Constitución si es imprescindible dejar en claro que integra al aparato estatal.

Así pues, todo Estado moderno, desde un enfoque teórico requiere de ciertos elementos esenciales que le permiten integrarse como tal, siendo estos el de población, poder, territorio, ordenamiento jurídico y determinados autores agregan al tiempo, aunque se presupone que toda estructura política estatal se crea por un lapso indefinido.

Los elementos relacionados en el párrafo anterior son los que permiten la consolidación de lo que actualmente se entiende por Estado, comprendiéndose por el mismo, de forma general, a una organización social, jurídica y política que tiene un fin determinado. En relación al aspecto teleológico, en realidad dependerá de la visión de cada población, puesto que algunas podrán otorgar prelación al bienestar individual de cada miembro de la sociedad, mientras que otras buscarán el bien generalizado e inclusive podrá establecerse como finalidad la realización personal y común.



Es en la Constitución en donde idealmente se plasma el espíritu que motiva la organización social, siendo en la actualidad aquella denominada como Estado. No se considera un mero cuerpo normativo formal, más bien es una expresión suprema de las razones por las cuales una población tiene identidad propia y determinada. Parece una conceptualización filosófica, no obstante debe tenerse presente que, verbigracia, la Constitución de los Estados Unidos de América, hito en la historia moderna, no posee una gran elocución en cuestiones de derechos e integración del aparato gubernamental, enfocándose en otros aspectos como la motivación de la integración.

El Estado es pues una concatenación de elementos esenciales que en su conjunto crean un nuevo ente, siendo que para el adecuado desenvolvimiento de tan peculiar ser se requiere de una norma jurídica fundamental que establezca los cimientos sobre los cuales podrá iniciarse con la sempiterna labor de alcanzar los fines propuestos en su Constitución y que responden a la idiosincrasia general de la respectiva sociedad.

Así pues, habiéndose establecido la intrínseca relación que existe entre el concepto Estado y Constitución, siendo producto de un desarrollo histórico moderno paralelo, es necesario abordar una definición clara de este último.

Desde un enfoque general, por Constitución puede entenderse a toda aquella norma jurídica que se encarga de regular tanto la forma de organización social, siendo habitualmente la estatal, así como los derechos fundamentales de todo individuo que formen parte de la población posee, determinándose uno o varios fines supremos cuya realización orienta todo actuar de la estructura política.

Desde una perspectiva doctrinal, por Constitución se entiende “la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado, y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.”¹⁵

Lo anterior hace referencia a una definición material de Constitución, es decir, al contenido del cual esta se puede integrar, el cual en rigor podrá ser la idiosincrasia de la respectiva población, los fines comunes que estos persiguen, su visión generalizada en relación a determinados aspectos de la realidad y los derechos los cuales consideran no pueden ser vulnerados bajo ninguna circunstancia; pudiéndose incluso pronunciar en relación a los mecanismos de protección del contenido constitucional. Lo anterior sin menoscabo de contener todo lo relacionado a la estructura básica del Estado, la forma de ejercer el poder soberano y sus distintas manifestaciones.

El contenido de la máxima norma del ordenamiento jurídico debe de encontrarse respaldado por un principio que promueva el respeto y protección a su autoridad, siendo este el de supremacía constitucional, aunque al respecto se desarrollara con mayor profundidad en otro punto. En todo caso, la materia constitucional se encontrará delimitado, por tanto, con base en la naturaleza y composición de la Constitución propia de cada Estado. Ahora, si con lo anterior se logra comprender al referido cuerpo normativo supremo desde un enfoque material es necesario anotar su descripción formal.

¹⁵ Smend, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Pág. 132.



Se debe anotar que desde un enfoque formal, por Constitución puede entenderse a “el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales y a través de un procedimiento diferente al establecimiento por las demás reglas de derecho. A esta definición se le atribuye la ventaja de la precisión, la Constitución no comprendería sino las reglas promulgadas según un procedimiento particular y por una autoridad especial, lo cual facilita su determinación.”¹⁶

Así pues, en un sentido formalista el cuerpo constitucional es la máxima norma jurídica la cual es emitida por la entidad competente, en general la denominada Asamblea Constituyente que se integrará de conformidad con los cánones jurídicos y sociales que rijan a la población. Es la ley suprema y tangible que podrá ser usada para fundamentar cualquier acto que se realice en el ámbito público o privado, sustentando al resto de preceptos legales aplicables en el respectivo territorio estatal soberano.

Se infiere, entonces, que por Constitución podrá entenderse “a la ley de mayor jerarquía dentro del Estado, inspirada en principios liberales o sociales, a o en ambas categorías de principios. En ella se establece, en primer lugar, el fin para el que se organiza el mismo; se reconocen los derechos y garantías de los habitantes, derechos humanos; se instaura la estructura y forma de funcionamiento de sus organismos y diversas instituciones; y se instituyen las garantías y mecanismos para hacer valer los derechos establecidos, en armonía con el interés sociales y los medios de defensa del orden constitucional.”¹⁷

¹⁶ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Op. Cit.** Pág. 338.

¹⁷ Pereira Orozco, Alberto; Richter, Marcelo Pablo. **Op. Cit.** Págs. 130 y 131.

Con un enfoque persona, se considera que la Constitución es la máxima norma de todo ordenamiento jurídico, la cual es emitida por una Asamblea Constituyente que tendrá como objetivo fundamental plasmar el espíritu de su respectiva población en los preceptos que integrarán al cuerpo normativo constitucional; para lo cual se podrá regular desde aspectos estructurales e institucionales del Estado hasta los derechos fundamentales, sociales e individuales de cada individuo, o inclusive los mecanismo de protección para garantizar el sistema constitucional; todo lo anterior fundamentando en un irrestricto principio de supremacía constitucional.

Considerándose suficientemente abordado el tema de la Constitución y su definición, es menester proceder a desarrollar dos puntos importantes para la comprensión de la problemática que motivo la respectiva actividad investigativa, iniciándose con lo que respecta a la jerarquía del referido cuerpo normativo en el ordenamiento jurídico nacional.

2.3. La supremacía constitucional como medio de ordenamiento normativo

Durante las distintas épocas de la historia de la humanidad podrá referirse distintas figuras que han ostentando las potestades plenipotenciarias para imponer su voluntad sobre otros, sin embargo no existían de forma aislada, por lo que podría cuestionarse, que precepto o axioma era superior, el que devenía del fuero clerical o inclusive de mandato divino o aquel que el monarca imponía, presuponiendo la venía de la Providencia en todo actuar de este último; en rigor, qué norma era superior y cuál era el fundamento de ello siempre ha sido una reflexión de todo jurista, no obstante tal cuestionamiento obtuvo su respuesta con la consolidación de la Constitución.



La realidad es que todos sistema debe poseer un criterio con base en el cual se ordenen sus distintos elementos, así pues, el ordenamiento jurídico posee el suyo y en la actualidad es el jerarquía normativo que tiene como premisa fundamental la supremacía constitucional, es decir, la Constitución se considera como la máxima norma jurídica y el resto de leyes ordinarias, reglamentarias e individualizadas serán jerárquicamente inferiores y no podrán contradecir su contenido. Tal es el criterio que se ha ido empleando en la actualidad con las estructuras estatales, lo cual responde ineludiblemente a los resultados de los movimientos constitucionalistas ya previamente abordados.

En concreto, en relación a la realidad nacional respecto al principio de supremacía constitucional, con sustento en el cual se sistematiza el ordenamiento jurídico correspondiente, deberá de tenerse en consideración el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: "Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad."

Así pues, en el precepto legal previamente citado se determina de forma taxativa la cúspide de la jerarquía normativa guatemalteca y la imposibilidad de las normas inferiores de contravenir su contenido, determinándose incluso que las leyes constitucionales no podrán ser reformadas por un procedimiento ordinario.



La Constitución se encuentra en el zenit del sistema legal guatemalteco y aunque paradójico, tal extremo se consagra en la propia Carta Magna. Ahora, el artículo 175 constitucional determina el aspecto sustancial de la supremacía constitucional, no obstante habrá de tenerse en consideración su faceta pragmática, es decir, cuando la ley pasa del ámbito propio del deber ser al de la realidad, es decir del ser, en rigor, las cuestiones de los casos concretos también deberá de observar tal axioma máximo, para lo cual también el máximo cuerpo legal nacional prevé una regulación diáfana.

El Artículo 204 también de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

El precepto constitucional citado en el párrafo anterior vincula a todos los órganos jurisdiccionales a un criterio unificado en relación a la Constitución y la supremacía que ejerce en el ordenamiento jurídico nacional. Por ende, no solamente desde el enfoque del sistema legal sino además desde la perspectiva judicial, la Carta Magna guatemalteca se constituye como la norma de observancia obligatoria y cuyo contenido es incuestionable para las entidades estatales.

Los distintos entes judiciales guatemaltecos deberán de aplicar en el caso práctico las leyes constitucionales y posteriormente las normas específicas aplicables, no pudiendo contravenir estas últimas a las primeras. Tal consideración se plasma así mismo en la ley orgánica del sistema judicial nacional.



La Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, preceptúa lo siguiente: “Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.”

Así pues, en la ley que organiza al sistema judicial de Guatemala se establece diáfamanamente el proceder de todo ente con jurisdicción y competencia en lo que respecta a la observancia y aplicación de las normas constitucionales. Por tanto, no debería de existir caso concreto sometido al fuero jurisdiccional que contravenga a la Constitución de Guatemala, sin embargo, en caso de suceder ello podrá de emplearse alguno de los mecanismos de protección que la propia Carta Magna establece y reconoce.

Todo lo desarrollado con anterioridad permite tener un entendimiento pleno de la trascendencia del movimiento constitucionalista y como su producto final, la Constitución, ha moldeado los sistemas legales modernos, estableciendo las bases para la estructuración de los Estados, en cuanto formas de organización social.

Desde la perspectiva legal se han relacionado distintos fundamentos en relación a la supremacía constitucional como criterio para organizar el sistema legal nacional, pero siempre puede cuestionarse su origen histórico e inclusive doctrinario.

Cabe señalar que “la doctrina que consagró el principio de la supremacía normativa de la Constitución fue el resultado de análisis y estudios reiterados, que tuvieron como resultado fundamental la instrumentación del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución.

Esa doctrina arriba a su punto culminante cuando se da la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1803, en el caso *Marbury v. Madison*, obra del juez Marshall, que concreta definitivamente en los términos de la sentencia que la Constitución es superior a toda ley ordinaria de la legislatura.”¹⁸

Por consiguiente, del propio Estado en donde se consolida la figura de la Constitución se construye de forma jurídica y plena el principio de supremacía constitucional, siendo que la visión plasmada por el juez Marshall es la que se procede a expandir en todos los nuevos Estados que se estaban formando en virtud de los distintos movimientos revolucionarios e independentistas, principalmente en el continente americano.

Así pues, también tomarse en consideración que “el principio de la supremacía de la Constitución es universalmente considerado como la piedra angular del constitucionalismo y el Estado constitucional, y que constituye la más eficiente garantía de libertad y la dignidad del hombre, al imponer a los poderes constituidos el deber ineludible de encuadrar todos sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental.”¹⁹

¹⁸ **Ibid.** Pág. 145.

¹⁹ Linares Quintana, Segundo Víctor. **La Constitución interpretada.** Pág. X.



Como último aspecto a tener en consideración en relación al tema del presente punto, debe inspeccionarse la postura de la Corte de Constitucionalidad del Estado de Guatemala, la cual como máximo órgano de la materia tiene la función de interpretar cuestiones tan fundamentales como la supremacía de la Carta Magna.

En lo referente a la interpretación del Artículo 175 constitucional, ya relacionado con anterioridad, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala establece en el expediente número 205-94, página número 2, sentencia de fecha tres de febrero de 1994, lo siguiente: "...Dentro de los principios fundamentales que informan el Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía o superlegalidad constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado constitucional de Derecho."

El criterio expresado por el máximo órgano constitucional nacional y que se ha relacionado en el párrafo anterior evidencia la importancia de la supremacía constitucional, tanto para la población como para las entidades estatales e inclusive privadas, puesto que todas están obligadas a respetar los preceptos constitucionales.

Ahora, el Artículo 44 de la Constitución nacional también es sustento para la supremacía constitucional y por ende para la forma en que el sistema legal guatemalteco se organiza, sin embargo el mismo se pronuncia en relación a los derechos inherentes a todo ser humano y por lo cual no pueden ser contravenidos gracias a su rango constitucional y ello se desarrollará con mayor amplitud en un punto siguiente.



Por tanto, con sustento en todo lo expuesto, es posible concluir que el ordenamiento jurídico guatemalteco se estructura con sustento en el principio de supremacía constitucional, teniéndose en consideración un criterio que establece a la Carta Magna en la cima de una jerarquía que también integrarán el resto de cuerpos legales ordinarios, reglamentarios e individualizados.

Ahora, es menester desarrollar de forma concreta lo relativo a la disciplina jurídica que se encarga de regular y estudiar todo lo relativo a la materia constitucional, lo que se procederá a realizar en el punto siguiente.

2.4. Derecho constitucional y su naturaleza esencial en la realidad jurídica

El título que nomina el presente punto podrá parecer un prelude a un tema extenso, sin embargo la realidad es que al tenerse en consideración cada uno de los puntos expuestos con anterioridad el inferir la importancia de la disciplina jurídica en cuestión es sencilla, puesto que se encarga del estudio y regulación de todo aquello que pueda y deba tener una naturaleza constitucional, es decir, la propia esencia de la estructura estatal como máxima forma moderna de organización social, política y jurídica.

Debido a los aspectos estatales esenciales que regula el derecho constitucional incuestionablemente debe de considerársele como parte de la rama del derecho público, pudiéndosele considerar inclusive como la más importante de las que integran tal fuero, por lo que al definírsele siempre es prudente hacer la respectiva referencia. En rigor, el derecho constitucional es una disciplina del derecho público.



Es necesario anotar que “de lo que sí no puede haber duda es de que el derecho es ante todo, derecho público y de que es, además, la más importante de sus ramas, De ellas nos corresponde ocuparnos primordialmente, sin dejar de lado su relación estrecha con otras ramas del derecho, principalmente con el administrativo y el internacional público, así como con otras de las llamadas ciencias sociales.

El derecho constitucional, por su parte, estudia en términos generales, la organización y funcionamiento del Estado, es decir su estructura jurídica, los órganos del poder público, sus funciones y atribuciones, en sus aspectos principales, el establecimiento de las bases de la estructura política, los derechos y libertades de que son titulares los asociados, ya sea individual o colectivamente, frente al Estado, la manera de garantizarlos por parte de este, etc. Comprende, dentro de su campo de estudio, el análisis de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución, así como el examen de las instituciones políticas.”²⁰

El derecho constitucional se encarga, por consiguiente, de regular aquellas bases fundamentales del Estado, estableciendo las formas estructurales esenciales, derechos y garantías de los ciudadanos y en general todo lo relativo al espíritu inherente a la organización política, jurídica y social correspondiente.

Es claro que sin el fuero jurídico constitucional no podría existir el concepto de Estado como se le entiende actualmente, por ende, es imprescindible que se posea una corriente doctrinal y jurisprudencial que respalde la teoría y preceptos constitucionales.

²⁰ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Op. Cit.** Pág. 20.

Existen determinadas posturas que conciben al derecho constitucional como una vertiente del ámbito político, razón por la cual se le define como “una disciplina científica que, como parte integrante de la Ciencia Política, tiene por objeto el estudio y la sistematización de las manifestaciones y el ordenamiento de las relaciones de poder, en el ámbito de una organización política global. No es una ciencia, sino una disciplina autónoma que es parte orgánica de la Ciencia Política.

El objeto de esta última es el poder político, concebido como una energía que produce la suprema relación de mando y obediencia en el seno de una sociedad, y al cual quedan subordinadas los restantes poderes sociales, tales como el poder militar, religioso, familiar, gremial, empresarial o económico.²¹

Ciertamente el derecho constitucional es una disciplina jurídica que se encarga de regular un aspecto esencial del fuero político, puesto que determina la forma en que se ejercerá el poder soberano del pueblo, delegado en las entidades correspondientes. Aun así, es claro que ningún jurista admitirá que es una vertiente de la Ciencia Política, refiriéndose siempre a la misma como la más importante de las ramas del derecho público.

El fuero constitucional siempre referirá al estudio del poder, puesto que los precepto legales constitucionales no son sino medios a través del cual se establece las atribuciones y deberes de los Estados, inclusive en el propio reconocimiento de derechos fundamentales se está generando una limitación al ejercicio libre del poder punitivo.

²¹ Badeni, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Pág. 39.

El derecho constitucional puede definirse, así mismo, como “la parte del Derecho Público que regía el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derecho y garantías de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político.”²²

Por tanto, el derecho constitucional es la rama primordial del derecho público que se encarga de regular y estudiar los principios, doctrinas y normas jurídicas referentes a la estructuración del Estado, en cuanto a organización social y política; los derechos fundamentales inherentes a todos los miembros de la población estatal y los medios a través de los cuales el contenido constitucional podrá ser defendido, estableciendo mecanismos de protección, e inclusive estableciendo un fuero jurisdiccional específico para tal caso, valiéndose siempre de la legitimidad intrínseca de la que goza aquello que deviene del ente constituyente por ser una manifestación del espíritu de la población.

Esta disciplina jurídica tiene insoslayable relación con todo el resto de ramas del Derecho e inclusive ciencias sociales varias. En tal sentido, siempre habrá de tenerse en consideración su inspección para la regulación de cualquier asunto jurídicamente relevante, como lo puede ser un tipo penal, aspecto que se desarrollará con mayor amplitud en los apartados siguientes, pero el cual desde ya debe tenerse en cuenta ha sido motivo por el cual distintos delitos han sido declarados inconstitucionales o han sido duramente criticados por no responder a los criterios garantistas que en la actualidad se exigen desde el ámbito de las responsabilidades internacionales.

²² Bielsa, Rafael. **Derecho constitucional**. Pág. 43.





CAPÍTULO III

3. Generalidades del artículo 191 del Código Penal de Guatemala

El control de la conducta humana es la quinta esencia de la esfera jurídica, sin embargo siempre ha existido el debate de cuáles son los límites que separan el fuero personal de las personas de aquello relevante para la ley, así pues el caso de la sexualidad ha sido ampliamente discutido, por lo que es necesario cuestionarse que aspectos son penalmente relevantes para la protección de los derechos a la libertad sexual, integridad emocional y sexual de los miembros de una sociedad. En tal sentido, tipos penales como la violación son ciertamente taxativos y con el transcurso del tiempo se han perfeccionado para que atiendan a la protección a la víctima y respeto de los derechos humanos.

Por su parte existen conductas que han sido abordados de formas distintas conforme la idiosincrasia de la sociedad correspondientes, como es el caso de la prostitución, puesto que han existido momentos y lugares donde esta se ha permitido por razones de control y resguardo de quienes ejercieran tal acto, mientras que en otras etapas históricos ha sido arduamente perseguido por razones religiosas, pero es claro que sin regulación alguna es una actividad que facilita la trata de personas para la explotación sexual.

En el Estado de Guatemala la facilitación a la prostitución está tipificada como delito, sin embargo no atiende a todos los parámetros internacionales que son exigibles en la actualidad, como se expondrá en los siguientes puntos, pero previo a ello es menester establecer la regulación vigente del delito en cuestión.

3.1. Generalidades de la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución

El Artículo 191 del Código Penal de Guatemala regular el delito cuya denominación titula el presente punto, el cual a su vez se encuentra regulado dentro del título tercero del libro segundo del referido cuerpo normativo, el cual se encarga de desarrollar los tipos penales que dañen el bien jurídico de la libertad sexual y la indemnidad sexual. A su vez, forma parte del capítulo sexto de tal título, el cual versa sobre los delitos de explotación sexual. Por tanto, es diáfana la funcionalidad pretendida en relación a la actividad ilícita en cuestión, siendo que tiene un interés jurídico especificado y pretenderá su prevención así como la resocialización de las personas quienes lo cometan.

Por su parte, por principio de lesividad, la realización de las conductas detalladas en el supuesto de hecho del tipo penal en cuestión conlleva un daño al bien jurídico de libertad sexual. Ahora, existe una clara diferenciación entre el bien jurídico de la libertad y la indemnidad sexual, pero tal extremo será temática del siguiente punto, por lo pronto es menester circunscribirse al delito regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Otro aspecto que es necesario mencionar es la particularidad de la pena que conlleva la comisión del delito regulado en el Artículo objeto de estudio, puesto que como se logrará evidenciar en breve es tanto de índole privativa de libertad como pecuniaria, lo cual es conteste con la naturaleza preventiva de todo delito, en rigor, uno de los principales motivos para ejercer la promoción, facilitación o favorecimiento a la prostitución es la obtención de capital, por lo que una sanción pecuniaria debería de desmotivar la realización del referido ilícito, al menos en la teoría.

Por su parte, es también menester esclarecer un concepto que forma parte del marco teórico del Artículo 191 del Código Penal nacional, siendo este el de prostitución, el cual si bien su definición coloquial es conocida por la gran mayoría de los miembros de una sociedad, es menester establecer una perspectiva más técnica del mismo, para lo cual podrá establecerse que es “ejercicio del comercio carnal mediante precio. Por regla general es practicado por la mujer en una relación heterosexual; pero también cabe admitir que se realice en una relación homosexual; así como también que la prostitución sea masculina en una relación heterosexual y más frecuentemente homosexual.

Con respecto al derecho penal, se castiga a quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de una persona, sin distinción de sexo; a quien hiciera mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución explotando las ganancias provenientes de esa actividad; y a quien promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución.”²³

Existe cierta habitualidad en referir que la prostitución es una de las actividades humanas remuneradas más antiguas, la verificación de tal extremo es deber de los historiadores, no obstante es claro que su percepción ha ido modificándose a lo largo del tiempo y las culturas, además el derecho penal moderno no tiende a penalizar el ejercicio de tal acto en sí mismo sino a las personas que permitan su realización, fomentándolo o creando el ambiente idóneo para que pueda ser llevado a cabo.

²³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 622.

Por razones de ejemplificación, debe de tomarse en consideración la denominada prostitución sagrada, en la cual si bien se efectuaba una relación sexual a cambio de una remuneración esta se ejercía por una persona considerada sacerdote o sacerdotisa, habitualmente en templos o lugares sacros destinados para tal efecto, por lo que se consideraba una cuestión religiosa y no un delito, como en el caso de la civilización babilónica y que inclusive existía una deidad que regía sobre tal actuar, la Diosa Ishtar.

Lo establecido en el párrafo anterior sirve para establecer de forma taxativa como aquello que es jurídica y penalmente relevante es relativo, puesto que influye de forma esencial la idiosincrasia cultural, religiosa y política de la sociedad correspondiente. Por ende, en el marco de un sistema penal garantista promovido en el marco de un irrestricto respeto a los derechos humanos, es claro que existen figuras que se han ido modificando, ampliando y tecnicando conforme el avance teórico del ámbito jurídico, tal es el caso de la conducta tipificada en el Artículo 191 del máximo cuerpo legal en materia penal nacional, no obstante existen determinadas falencias que se abordarán oportunamente.

En todo caso, respecto a los verbos rectores que forman parte del tipo penal en cuestión, no existe mayor cuestión a profundizar puesto que son taxativos, no obstante aquello que si merece mención es la necesidad de tantos, puesto que tal extremo responde a la necesidad de evitar cualquier interpretación oscura o ambigua que pueda beneficiar a los presuntos responsables del delito, debiéndose de recordar que por principio de clausura aquello que no esté claramente establecido en ley se considerara como permitido, por ello la importancia de establecer todos los verbos rectores relacionados a al actuar que se desea sancionar mediante el ejercicio del ius puniendi estatal.



Con sustento en todo lo expuesto en el presente punto, es necesario relacionar el Artículo 191 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual preceptúa lo siguiente: “La explotación de una persona mayor de edad, a través de la promoción, facilitación o favorecimiento de su prostitución, será sancionada con prisión de cinco a diez años, y con multa de cincuenta mil a cien mil quetzales.”

El tipo penal citado en el párrafo anterior posee una estructura básica de dos partes, constituyéndose de un supuesto de hecho, integrándose por una descripción detallada de la conducta no deseada, y una consecuencia jurídica, la cual como se había anticipado está conformada por una pena tanto de índole privativa de libertad como pecuniaria.

Por otra parte, un aspecto a destacar del Artículo 191 citado es la especificación de la persona quien ejerce la prostitución, puesto que en el mismo solamente se contemplan aquellas personas mayores de edad, que según la normativa civil guatemalteca es toda persona que ha cumplido los dieciocho años de edad. Tal situación podría considerarse como un desatino de los legisladores, sin embargo el tipo penal que contempla tal acto antijurídico es el Artículo 193 del Código Penal nacional, que atiende también a la tutela especial que la niñez posee en atención al intereses superior del niño, por lo que las regulaciones relativas a los mismo deben atender aspectos propios de la niñez.

Ahora, es necesario esclarecer nuevamente y de forma tajante que el tipo penal no sanciona la prostitución como tal sino el acto de promocionar, facilitar o favorecer a la misma, por lo que el sujeto activo a quien podrá aplicársele la pena correspondiente es quien realice cualquiera de esas acciones o todas, no siendo excluyentes.



Si bien no es el Artículo objeto de la presente investigación, siempre es necesario anotar lo que establece el Artículo 192 también del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que en relación a la forma agravada del tipo penal establecido en el Artículo 191 del propio cuerpo legal establece: “Las penas señaladas en el artículo anterior se aumentarán en una tercera parte, en los casos siguientes:

- a. Si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada.
- b. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus padres.
- c. Cuando mediare violencia o abuso de autoridad.”

Las agravantes previamente referidas son evidentes en relación a los motivos por los cuales su comprobación permita aumentar la punición que se le puede aplicar al presunto criminal. Así pues, cada una de las agravantes reguladas atiende a consideraciones concretas tanto de la persona que fuese sometida a la prostitución como de la persona que cometiera el delito, por lo que al tipificarse la conducta el jurista deberá de prestar atención de si algunas de las causales descritas en el Artículo 193 del Código Penal nacional acaecen en el caso concreto.

En todo caso, como último aspecto a tener en consideración el delito regulado en el Artículo 191 del máximo cuerpo penal nacional codificado se tiene que no posee una condición objetiva de punibilidad o excusa absolutoria, por lo que al comprobarse su comisión la aplicación de la pena no está sujeta a condicionante alguna.

3.2. La libertad e indemnidad sexual

El delito sujeto a investigación ya fue desarrollado en relación a sus generalidades, sin embargo es el caso que deberá de abordarse con mayor hincapié el bien jurídico que protege, puesto que tal comprensión permitirá un entendimiento adecuado de la necesidad que cualquier regulación relativa a tales intereses jurídicos relevantes debe de adecuarse a los más estrictos cánones actuales e internacionales.

Así pues, de forma general podrá afirmarse que el la libertad sexual se constituye como el derecho de toda persona de poder ejercer su propia sexualidad sin la injerencia o coacciones de terceras personas, en rigor, es disponer del propio cuerpo, desde un enfoque sexual, sin más limitaciones que los propios derechos del resto de individuos que conforman la sociedad. El referido concepto, por el primer término que lo conforma, también tiene en consideración la distinción habitual de libertad positiva y libertad negativa, es decir respectivamente, de la capacidad de las personas de orientar su voluntad hacia un objetivo y la posibilidad de efectivamente obrar conforme tal voluntad.

Existe también la indemnidad sexual, la cual es necesario mencionar para poder realizar el contraste correspondiente, siendo que esta se define como el derecho de toda persona de poder formarse sexualmente sin la injerencia de terceras personas. Debido a la connotación del concepto en cuestión, su constitución como derecho tiende a relacionarse directamente con la niñez, debido a que es la etapa de la infancia en la cual se moldea en buena medida tal aspecto del ser humano, por lo que deberá de protegerse adecuadamente el desarrollo integral de tal aspecto, sin injerencias negativas.

Por consiguiente, con sustento en lo expuesto en la página anterior, puede establecerse que mientras la libertad sexual refiere a la capacidad de disponer del propio cuerpo en los actos sexuales que se consideren idóneos la indemnidad sexual se constituye como la capacidad de exigir la libre determinación y formación sexual sin injerencias de terceros. Ambos se conceptualizan como bienes jurídicos tutelados y derechos fundamentales que son intrínsecos a todo ser humano, por lo que su protección debe de ser efectiva. En tal sentido, en el marco del respeto a los derechos humanos deberá de regularse y aplicarse todo mecanismo para su protección, incluyendo el fuero penal.

El bien jurídico en cuestión implica insoslayablemente que todo individuo pueda ejercer su sexualidad sin temor a la explotación de la misma, por ello cabe resaltar que “sin duda, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos.

Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos.”²⁴

²⁴ Diez Ripollés, José Luis. **Derecho penal y criminología**. Pág. 69.

Entendiéndose la libertad sexual y su contraste con la indemnidad sexual, es menester establecer su integración en el fuero penal. Pues bien, el Artículo 191 del Código Penal nacional pretende la protección de la libertad sexual de las personas en el sentido de que ningún individuo pueda disponer del cuerpo de las personas, desde un enfoque sexual, para lucrarse. Es una forma directa del derecho penal de combatir las organizaciones criminales, de gran o pequeña escala, que se dedican a la explotación sexual y así mismo prevenir otras conductas antijurídicas igualmente dañinas como lo es la trata de personas, sin victimizar a quienes han sufrido los vejámenes del injusto penal.

El Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, pretende evitar que uno de los motivos para los cuales las personas ejerzan su sexualidad sea el lucro y más aún evitar que terceras personas obtengan un crecimiento económico mediante la promoción, facilitación o favorecimiento de los actos sexuales económicamente remunerados. El fuero penal crea un tipo penal en apariencia taxativo que permita la adecuada persecución penal de quienes incurrieran en supuesto de hecho correspondiente.

Ahora, determinada postura jurídica manifiesta que en su intrínseca naturaleza de último recurso el derecho penal no debería de entrometerse en el fuero personal de los individuos, incluyendo el sexual, por lo que inclusive si es su deseo ejercerla obteniendo lucro o beneficio por ello no debería de limitárseles y solamente regularlo. Tal concepción pueda que sea útil en otras realidades sociales, no obstante es innegable que en Estados como Guatemala existe un gran recorrido en relación a la trata de personas y la explotación sexual, por lo que para garantizar los derechos humanos de los miembros de la población, tal enfoque todavía no es aplicable a nivel nacional.

3.3. El cambio de perspectiva al fuero penal nacional incluido por la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas

Se debe aclarar que la el cuerpo normativo referido en el título del presente punto planteo la reforma de un gran número de preceptos legales nacionales y la derogación de otros, sin embargo a pesar que tal extremo es importante, no es de lo que se pretende enfocar este apartado, sino más bien, a rasgos generales, como tal ley permitió que el fuero penal guatemalteco superará un sin número de regulaciones anacrónicas que vulneraban los derechos de la mujer y de cualquier persona que fuera víctima de explotación sexual.

La Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, es ciertamente un texto legal amplio que cambio aspectos problemáticos de la legislación nacional, puesto que no atendía a los intereses de las personas víctimas de los vejámenes de índole sexual, por lo que al respecto puede relacionarse lo regulado en el Artículo 1 del cuerpo normativo previamente referido, el cual preceptúa: “La presente Ley tiene por objeto prevenir, reprimir, sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y resarcir los daños y perjuicios ocasionados.”

El precepto legal citado con anterioridad expresa de forma taxativa cuales son los objetivos de la ley en cuestión, permitiéndose englobar los fines a cumplir que deberá de plantearse el Estado de Guatemala para garantizar un adecuado respeto a los derechos a la libertad e indemnidad sexual, por ello los elementos teológicos que establece el Artículo en cuestión moldearon la realidad penal actual.

Es necesario recalcar nuevamente que no es menester del presente informe realizar una abstracción exhaustiva del cuerpo legal en cuestión, siendo que el verdadero objetivo del presente punto es plantear el cambio de perspectiva que el mismo conllevo a la realidad jurídica nacional en el marco de los derechos humanos y el fuero penal.

Así pues, el primer Considerando también de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en su parte conducente establece: “Que la Constitución Política de la República de Guatemala determina que el Estado reconocerá y garantizará el derecho de la integridad personal; prohibirá todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral; y que es obligación fundamental del Estado garantizar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de las personas y la seguridad jurídica...”

Es claro que la protección al bien jurídico de libertad sexual debe de ser abordado, inclusive desde el fuero jurídico, desde un enfoque multidisciplinario, siendo un asunto tanto de derechos humanos, constitucional y penal, quedándose tal extremo plasmado en el texto legal citado en el párrafo anterior. Así pues, debe prevalecer la protección a tal interes jurídicamente relevante, garantizándose el resguardo de las víctimas, la adecuada persecución penal y la restitución de los derechos menoscabados.

El enfoque que la ley es claro, proteger el adecuado ejercicio de la libertad sexual y con ello la integridad personal, lo cual debe de ser observado por tipos penales como el Artículo 191 del Código Penal nacional, pero ello no es plenamente así en la actualidad.

3.4. El principio de última ratio y la libertad sexual

Como último aspecto a destacar en el estudio del Artículo 191 del Código Penal de Guatemala se encuentra la confrontación de si acaso no atenta contra la naturaleza de última razón que le es propia al derecho penal, es decir, si acaso no se inmiscuye en el fuero privado de las personas, aplicándose el poder punitivo cuando pudiera emplearse otro tipo de preceptos legales. Sin embargo, al respecto, todo lo expuesto en el presente capítulo sirve de sustento para sostener la necesidad de la regulación del tipo penal en cuestión, puesto que es un mecanismo para la protección del derecho a la libertad sexual de las personas, que se consagra como un bien jurídico tutelado.

Además, como se ha logrado evidenciar, el tipo penal de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución es sumamente puntual en relación a los verbos rectores que conforman el injusto penal, por lo que su aplicación no es en detrimento de cualquier otro tipo de política pública que busque el ejercicio adecuado de la libertad sexual, por ello su vigencia y aplicación al caso concreto, subsumiendo una conducta concreta al mismo, no implica un menoscabo al resguardo de los miembros de la sociedad guatemalteca y el respeto a sus derechos fundamentales.

Sin embargo, el tipo penal en cuestión si posee una problemática concreta, puesto que si bien inclusive fue reformado por la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, aún no se adecua a los estándares legales actuales a los cuales el Estado de Guatemala se comprometió ratificando cuerpos legales internacionales, pero sobre ello se profundizará en el siguiente y último capítulo.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del bloque de constitucionalidad en relación al Artículo 191 del Código Penal para garantizar la protección de derechos fundamentales

En el desarrollo de los apartados anteriores se estableció las bases del derecho penal, la necesidad fundamental del derecho constitucional y la trascendencia jurídica de la Constitución en la realidad normativa de los Estados modernos. Ahora, con fundamento en todo lo anterior es menester establecer como el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala vulnera derechos fundamentales de las personas al no ser puntual en un determinado aspecto de su injusto penal, siendo que tal situación contraviene los compromisos internacionales adquiridos oportunamente por el aparato estatal.

Ahora, cómo un aspecto esencialmente penal, en rigor un delito concreto, puede vulnerar derechos fundamentales e inclusive contravenir el marco constitucional guatemalteco, es un cuestionamiento que puede realizarse sino se ha profundizado en el bloque de constitucionalidad y e inclusive en el control de convencionalidad por parte del as entidades estatales, incluyendo a los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente, en los siguientes puntos se procederá a puntualizar en la problemática concreta que motivo la respectiva investigación y cuyos resultados se han plasmado en el presente informe.

Debe tenerse en consideración que una normativa penal debe ser siempre taxativa y aun así general, siendo que en el equilibrio de tal aspecto el Artículo 191 del máximo cuerpo penal codificado de Guatemala fallo, como se evidenciará en los puntos siguientes.

4.1. La voluntariedad en relación a la víctima de un delito

Es ampliamente conocido que el elemento volitivo de todo delito se denomina dolo, sin embargo es necesario aclarar que no es de este elemento del cual se desea profundizar en el presente punto. Es menester, en cambio, cuestionarse cuáles son las implicaciones al fuero penal cuando la víctima otorga su aquiescencia para sufrir el delito. Tal situación plantea una serie de reflexiones que deberán de tenerse en consideración, especialmente en lo relativo a los tipos penales que lesionan la libertad sexual.

Así pues, la voluntad es un proceso cognoscitivo por el cual una persona desea realizar una conducta, de acción u omisión, adecuando su actuar acorde a tal elemento volitivo, que forma parte de su fuero interior. Ahora, se deberá de recordar que la libertad implica tanto la capacidad de querer actuar de cierta forma y la posibilidad de hacerlo, así pues, libertad y voluntad son conceptos que en el diario vivir de toda persona se interrelacionan constantemente, verbigracia, un individuo puede tener el deseo de viajar a otro país, teniendo tal voluntad, pero no posee los recursos económicos para llevar a cabo tal conducta, por lo que no es materialmente libre de viajar.

Teniéndose en consideración la reflexión anterior, cabe plantearse como influye la voluntad de la víctima en la comisión de una conducta delictiva, siendo que en realidad dependerá del tipo penal en cuestión, sin embargo en general tómesese como ejemplo el caso de un homicidio en el cual la víctima estuviera de acuerdo porque ha perdido todo su patrimonio. No obstante, inclusive con tal anuencia del sujeto pasivo del delito, quién lesionara su derecho a la vida cometería de igual forma el injusto penal.

Así pues, la persona que es víctima de robo, de forma personal, es probable que solicitársele entregue sus bienes no presente oposición, no obstante la coacción ejercida sobre la misma y su propio deseo de resguardar el resto de sus bienes jurídicos lo motiva a proceder de tal forma. Conclúyase entonces que la víctima puede estar de acuerdo en la realización del ilícito penal, empero tal extremo no implica que no se cumplan con la realización de todos los elementos para la constitución del tipo penal.

Cabe cuestionarse, entonces, si la víctima de un delito contra la libertad o indemnidad sexual estuviera de acuerdo con la comisión del injusto penal, de igual forma este se podría tipificar, siendo que la respuesta evidente es afirmativa, aun así sobre ello se expondrá en el punto siguiente.

4.2. La voluntariedad de la persona sometida a explotación sexual

En el capítulo anterior se estableció la definición de los conceptos de libertad e indemnidad sexual, ello por motivo de establecer el marco teórico suficiente para la comprensión del Artículo 191 del Código Penal de Guatemala. Ahora, cabe cuestionarse, que sucede si, verbigracia, el menor de edad por motivos personales estuviera de acuerdo con la distribución de material sexual suyo, acaso tal situación impediría la persecución penal, la respuesta es claramente no.

En los delitos de índole sexual inclusive cabe resaltar de son de acción pública, por lo que su persecución será de oficio por parte del ente fiscal, el Ministerio Público a nivel nacional, por lo que la voluntad de la víctima no influye en la concretización del delito.

Lo cierto es que la voluntad de la persona que es sometida a prostitución por terceras personas ha sido un tema ampliamente debatido, en virtud que esto podría ser una causal para que la lesividad al bien jurídico tutelado no se materialice, sin embargo lo cierto es que los grupos antisociales, en rigor el crimen organizado, pueden utilizar los distintos factores de vulnerabilidad de las personas para su explotación sexual, por lo que si bien existe anuencia de quienes se encuentren sometidos a prestar servicios sexuales, ello se debe a necesidades económicas y de otra índole, por lo que de obviar tal circunstancia se estaría perpetuando un sistema que facilita la vulneración a la libertad sexual.

Ahora, establecido claramente la situación de la voluntad en relación a los delitos de índole sexual, es menester reflexionar si tal cuestión estaba prevista en el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, siendo que el resultado del ejercicio planteado será negativo, es decir que la anuencia de la persona quien ejerce la prostitución no es un elemento del injusto penal, lo que indudablemente resultad en una gran problemática al momento de subsumir la conducta concreta.

Es necesario recordar que no existe analogía en materia de derecho penal, lo que significa que la conducta concreta a subsumir debe encuadrar perfectamente, sin posibilidad de margen y error. Además, recuérdese también que paralelo al principio supremo de presunción de inocencia se encuentra el principio de *indubio pro reo*, por lo que cualquier duda razonable que pueda implicar la falta de materialización de uno o varios de los elementos del delito, entiéndase la antijuridicidad o culpabilidad por ejemplo, significaría la impunidad de actos criminales y la perpetuidad de los grupos organizados que se dedican, de forma incluyente o excluyente, a la explotación sexual.

4.3. La voluntariedad de la persona quien ejerce la prostitución en relación al Artículo 191 del Código Penal de Guatemala

El conjunto de fundamentos teóricos expuestos en los distintos apartados anteriores permiten llegar a este punto en el cual se encuentra la problemática cuya investigación permitió la realización del presente informe. Así pues, cabe cuestionarse si acaso el delito de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución regula cuestión de la voluntariedad de la persona quien presta el servicio sexual, a lo cual con un breve repaso podrá responderse de forma negativa. El tipo penal desarrollado oportunamente en ningún momento establece tal salvedad.

Si alguna persona facilita, promociona o favorece la prostitución ciertamente su conducta podría tipificarse como delito, sin embargo al argumentarse que existía la voluntad de quien realiza el acto sexual, podría cuestionarse en el caso concreto si existe una vulneración a su libertad sexual, es decir, si la persona que presta el servicio sexual a cambio de una remuneración económica, lo realiza por voluntad propia y es apoyada por terceras personas para la ejecución de su actividad, existe pues un intereses jurídicamente relevante lesionado o acaso se estaría penando la amenaza al mismo.

En concreto, cabe confirmar que el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, que regula el tipo penal referido en el párrafo anterior, ciertamente es amplio en lo relativo a verbos rectores que formen parte del injusto penal, no obstante no atiende a una cuestión esencial como lo es la voluntariedad de quien ejerce la prostitución, lo cual es realmente grave al percatarse que se incumple con estándares internacionales.

Es necesario cuestionarse cuáles son los estándares internacionales que no son observados por la normativa guatemalteca, para lo cual es menester traer a colación el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, entrando en vigor el mismo en el Estado de Guatemala el 13 de marzo del año 2008, siendo emitido por la Organización de Naciones Unidas desde el año 1951.

Es precisamente el Artículo 1 de tal Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, que preceptúa lo siguiente: “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

1. Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;
2. Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.”

Ambos numerales citados con anterioridad son capaces de prever la necesidad de incluir en el injusto penal el consentimiento de la persona quien ejerce la prostitución, aunque de hecho no son normas penales sino convenciones para el resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, si bien no es una normativa penal, ciertamente informará a tal disciplina en lo que corresponda.

No obstante, todo lo anterior carece de sentido si se toma una postura llana del ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que si bien un Convenio propone determinados criterios para una ley penal, son normativas del mismo rango, o al menos eso podría creer alguien quien no ha ahondado realmente en la realidad nacional.

Así pues, es oportuno tener en consideración el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

El precepto legal previamente citado había sido brevemente referido en el punto respecto a la supremacía de la Constitución, sin embargo es en este apartado en donde realmente toma la relevancia correspondiente, puesto que el derecho a la libertad sexual si bien no regulado de forma expresa en el orden constitucional si constituye un derecho fundamental para todo ser humano, por ende merece adecuada protección, debiéndose valer de los mecanismos legales e institucionales para tal efecto.

Ahora bien, la naturaleza constitucional de la libertad sexual y por ende de su debido protección no forma parte solamente de un corolario jurídico, puesto que como sustento legal se tienen distintos cuerpos normativos internacionales que por regular materia de derechos humanos se entienden integrados al marco constitucional, iniciándose claramente por el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, pero también incluyendo Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

También debe de tenerse en consideración lo que para el efecto establece el Artículo 3 de Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que preceptúa en su literal b: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.”

Así pues, cualquier persona víctima de trata de personas, inclusive si posteriormente diera su consentimiento para la explotación a la que se le someta, incluyendo la sexual, deberá de ser protegida en sus derechos fundamentales, razón por la cual deberá de crearse un entorno legal suficiente que observe todos los estándares internacionales que para el efecto las distintas entidades globales han realizado con sustento en estudios multidisciplinarios. Es indispensable, por consiguiente, que Guatemala se aboque a dichos parámetros que buscan la protección a derechos fundamentales.

Así pues, la problemática que plantea la vigente regulación del ordenamiento jurídico guatemalteco, concretamente el Artículo 191 del Código Penal nacional, radica en la falta de observancia de los estándares internacionales en relación a los tipos penales tendientes a proteger la libertad sexual de los seres humanos, lo cual implica un menoscabo al marco constitucional guatemalteco, con sustento en el bloque de constitucionalidad, aunque respecto a esto último se profundizará en el punto siguiente, sin embargo es claro que mientras no se complete la insuficiencia legal de forma práctica se estarán vulnerado el derecho a la libertad sexual e incluso a la indemnidad sexual.



4.4. Bloque de constitucionalidad

La postura del bloque de constitucionalidad puede definirse como una corriente teórica jurídica de índole constitucionalista, por la cual se reconoce aquellos preceptos y principios que si bien no forman parte de la Constitución formal, han sido integrados a la misma mediante Convenios y Tratados internacionales, permitiéndole expandirse en aquellos aspectos que al momento de su creación no habían sido conceptualizados adecuadamente e inclusive superar anacronismo marcados, por lo que el marco constitucionalidad puede actualizarse constantemente si necesidad de reformas

En concreto, en la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala del Expediente 1822-2011, de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, en su Considerando número IV, establece lo siguiente: "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal.

La conceptualización del bloc de constitutionnalité surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil

setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Luego esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial.

Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que éste es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia...”

Claramente la corriente del pensamiento jurídico denominada bloque de constitucionalidad surge de un espíritu garantista que pretende ampliar constantemente el conjunto de derechos fundamentales que le son inherentes a todo ser humano, creándose un marco para un adecuado control de constitucionalidad.



Así pues, la misma Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala del Expediente 1822-2011 establece lo siguiente: “Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.”

En la Sentencia relacionada, el máximo órgano constitucional del Estado de Guatemala es claro en establecer que el bloque de constitucionalidad es una corriente teórica con fines pragmáticos la cual es aplicable a la realidad jurídica nacional. Por ende, con el objeto de garantizar a plenitud el conjunto de derechos humanos en el territorio nacional, teniéndose en consideración que existe un fundamento legal en la propia norma suprema que sustenta la aplicación de tal doctrina, es posible entender como derechos constitucionales a los regulados en Convenios y Tratados internacionales.

El bloque de constitucionalidad permite ejercer un control constitucional integral, teniéndose en consideración tanto el contenido de la Constitución formal, es decir aquella taxativamente regulada en la máxima norma suprema, así como de la Constitución material, es decir aquella integrada por principios y preceptos en materia de derechos humanos regulados en tratados y convenios internacionales. Ahora, tal control también deberá de ser aplicado en materia penal en lo que para el efecto corresponda, siendo que como se verá en el párrafo siguiente, la propia máxima entidad en materia constitucional de Guatemala se pronunció al respecto.

La Corte de Constitucionalidad nacional en sentencia del Expediente 1822-2011, en su Considerando V, regula: "Los tipos penales, al ser conductas prohibidas que constituirán figuras sancionadoras, deben cumplir con los principios constitucionales, dentro de los que se encuentra el de legalidad, que refiere que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración... razón por la que la conducta prohibida debe ser concreta, porque si no se consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, no se cumplirían con los parámetros constitucionales para la creación de los delitos."

Por tanto, existe una problemática en relación al Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, puesto que regula el fomento, facilitación o promoción de la prostitución sin tomar en consideración la anuencia de la víctima sometida a la explotación sexual, lo cual si es requisito internacional para tal tipo penal de conformidad con los tratados referidos en su oportunidad, siendo que por ser materia de derechos humanos puede alegarse un problema de constitucionalidad, ello en virtud del bloque de constitucionalidad.

4.5. Protección a la libertad sexual en materia penal y bloque de constitucionalidad

Ha quedado evidenciada la problemática que conlleva el Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, conforme a su regulación actual, implicando un problema constitucional de conformidad con la doctrina del bloque de constitucionalidad, la cual ya es aplicada a nivel nacional en virtud de la postura de la Corte de Constitucionalidad, como máxima entidad de la materia. Por ende, es menester que tal problemática sea tomada en consideración y se apliquen los parámetros correspondientes para garantizar la protección a los derechos fundamentales que el referido tipo penal no logra resguardar plenamente, siendo un imperativo constitucional urgente.

Los derechos fundamentales que en virtud de tal falencia en el referido penal en cuestión son variados, desde el de legalidad en relación a los posibles implicados en la comisión del injusto penal, si su subsume su conducta en el delito a pesar de la voluntariedad de la víctima, y claramente la libertad sexual de la persona la cual es sometida a la explotación sexual. Así pues, al ser un tema de derechos fundamentales y por ende de constitucionalidad, es menester que las propias entidades del Estado de Guatemala, incluyendo las jurisdiccionales, tomen en consideración tal falencia y logren un estricto control de convencionalidad que permita un garantizar tales derechos fundamentales.

Por tanto, ha sido evidente que la libertad sexual, y en su oportunidad la indemnidad sexual, constituyen derechos humanos de índole constitucional en la realidad jurídica guatemalteca y por ende es menester una adecuada regulación penal que los proteja, en este caso en el tipo penal regulado en el Artículo 191 del Código Penal nacional.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho penal atravesó distintas etapas que permitieron la consolidación en la actualidad de una corriente garantista que promueve el respeto a los derechos fundamentales de las personas, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución de todo Estado, incluyendo a Guatemala, siendo que por ende su respeto, observancia y garantía es de estricto cumplimiento para todas las entidades estatales, incluyendo las jurisdiccionales, puesto que poseen una jerarquía constitucional.

Teniéndose en consideración lo anterior, cabe señalar que existe una problemática en relación al Artículo 191 del Código Penal de Guatemala, el cual regula el tipo penal de Promoción, Facilitación o Favorecimiento de Prostitución, puesto que en el injusto penal existe una carencia en lo que respecta a integrar como elemento no excluyente para la constitución del delito la voluntad o anuencia de la persona sometida a la prostitución. Lo anterior implica que se vulnere una serie de derechos inherentes a todo ser humano, sin embargo por principio de especialidad debe resaltarse el de la libertad sexual. La circunstancia descrita permite una inseguridad jurídica y facilita la impunidad.

El elemento de voluntad de la persona sometida a la prostitución como una circunstancia que no impide la constitución del delito se consagra en un Convenio internacional y se recalca en Tratados internacionales así como sus Protocolos, por lo que en aplicación al bloque de constitucionalidad forman parte de la Constitución Material de Guatemala, siendo entonces menester que se aplique una adecuado control de convencionalidad con el objeto de salvaguardar el derecho a la libertad sexual de las víctimas del referido delito.





BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional.** (s.e.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc, 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas.** (s.e.). Madrid, España: Ed. de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BIELSA, Rafael. **Derecho constitucional.** 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1959.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad.** 1ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. del Fondo de Cultura Económica, 2010.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** 1ª ed. Ciudad de México, México: Ed. del Fondo del Cultura Económica, 1971.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** 9ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1948.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** 1ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2001.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Derecho penal y criminología.** (s.e.). Málaga, España: Ed. de la Universidad de Málaga, 2000.
- ENGELS, Friedrich. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.** (s.e.). Madrid, España: Ed. Alianza, 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. **La Constitución interpretada.** (s.e.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Roque Depalma, 1960.
- NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas.** 12ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2014.



PEREIRA OROZCO, Alberto; Richter, Marcelo Pablo. **Derecho constitucional.** 4ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. de Pereira, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.** 15ª ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2016.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional.** 1ª ed. Madrid, España: Ed. del Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal la realización penal.** (s.e.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general.** (s.e.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 1998.

Legislación:

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

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adhesión mediante Decreto 36-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Adhesión mediante Decreto 40-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adhesión mediante Decreto 36-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

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



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

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