

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE
EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL
GUATEMALTECA**

INGRID OFELIA CASTILLO BARRIENTOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE
EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL
GUATEMALTECA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

INGRID OFELIA CASTILLO BARRIENTOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Noviembre de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Lic. Emma Graciela Salazar Castillo
Vocal: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

Segunda Fase:

Presidenta: Lic. Rosa Erlinda Acevedo Nolasco de Zaldaña
Vocal: Lic. María del Carmen Mancilla
Secretaria: Lic. Irma Leticia Mejicanos Jol

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).



Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220

Guatemala, 11 de agosto de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Como Asesor de tesis de la Bachiller: Ingrid Ofelia Castillo Barrientos; en la elaboración del trabajo titulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**, sugerí a la sustentante cambiar el título de la tesis, debido a las reformas introducidas al Código Penal a través del Decreto número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, quedando el mismo de la siguiente manera: **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**, me complace manifestarle que dicho trabajo contiene:

- Un amplio contenido doctrinario y legal del derecho penal en lo relacionado al concurso de delitos, que puede ocurrir en el delito de exhibicionismo sexual, así como también se estudia la aplicación de la pena y sanción a los infractores del mismo.
- En el desarrollo de la tesis la sustentante utilizó los siguientes métodos de investigación: inductivo con el que se estableció la importancia de analizar los delitos tipificados en el Código Penal guatemalteco; el deductivo señaló las distintas penas reguladas a los delitos en el país; el analítico dió a conocer la problemática actual derivada del delito de exhibicionismo sexual y el inductivo estableció quienes son los responsables de la comisión del delito anotado. Se utilizaron las técnicas de fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recabó la información actualizada y relacionada con el tema.

3ª avenida 13-62, zona 1
Tel. 22327936



Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220

- La tesis contribuye científicamente al estudio del derecho penal, debido a que abarca las etapas del conocimiento científico, planteando la problemática actual y recolectando la información necesaria y suficiente; apoyándose en documentos actualizados y relacionados con el tema.
- Las conclusiones y recomendaciones se relacionan con el contenido de la tesis, siendo la bibliografía utilizada la correcta, también se hicieron correcciones a los capítulos, introducción y se ampliaron las citas bibliográficas; siempre respetando el criterio ideológico de la Bachiller Castillo Barrientos.

He guiado personalmente a la Bachiller Castillo Barrientos durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada, con lo cual comprueba la hipótesis que se relaciona con la importancia de proteger a las personas menores de edad y a las personas con incapacidad volitiva o cognitiva en Guatemala; de conformidad con la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.


Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Asesor de Tesis
Colegiado 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

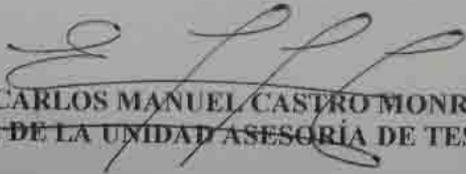
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiseis agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VICTOR LEONEL RECINOS MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante INGRID OFELIA CASTILLO BARRIENTOS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/erla





**Licenciado
Victor Leonel Recinos Martínez
Abogado y Notario**

Guatemala, 31 de agosto de 2009

**Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.**



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Según nombramiento emitido de fecha veintiséis de agosto del año dos mil nueve, revise la tesis de la Bachiller: Ingrid Ofelia Castillo Barrientos, titulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**, para lo cual me es grato manifestarle que el trabajo de investigación abarca:

Un análisis jurídico, legal y doctrinario del concurso de delitos existente en el delito de exhibicionismo sexual de conformidad con la legislación penal de Guatemala.

Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, fue de utilidad para determinar las características del delito de exhibicionismo sexual; el deductivo se utilizó para esblecer el concurso de delitos en el mismo; el analítico dió a conocer la importancia de que se aplique la sanción regulada al delito anotado según la legislación penal del país y el inductivo determinó la responsabilidad penal a los infractores.

La contribución científica del trabajo cuenta con validez, debido a que la sustentante enfoca con bastante propiedad durante el desarrollo de la investigación, criterios objetivos, certeros y de actualidad; siendo la redacción que se utilizó durante el desarrollo de la tesis la apropiada.

**3ª avenida 12-20 zona 1, oficina "C" 2do. nivel
Teléfono: 22203595**



Licenciado
Victor Leonel Recinos Martínez
Abogado y Notario

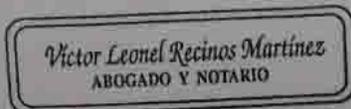
La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis. Las conclusiones y recomendaciones se relacionan entre sí y con el contenido del trabajo referido. Durante la revisión de la tesis, señalé una serie de modificaciones a la sustentante al índice, introducción y capítulos, debido a que estime eran necesarias para comprender de una mejor manera el tema en investigación; encontrándose la Bachiller Castillo Barrientos conforme.

De forma personal he guiado a la sustentante en las etapas del proceso de investigación científica, en base a los métodos y técnicas acordes al establecimiento del concurso de delitos que existe en el delito de exhibicionismo sexual; con lo cual se comprueba la hipótesis relacionada.

En cuestión, el trabajo efectivamente reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Victor Leonel Recinos Martínez
Revisor de Tesis
Colegiado: 5361



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veintitrés de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante INGRID OFELIA CASTILLO BARRIENTOS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DELITO DE EXHIBICIONISMO SEXUAL REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/nmmr.



DEDICATORIA

A DIOS:

Gracias por el milagro de la vida que me regalaste y ver hoy culminado uno de mis mayores anhelos, te amo; amor de los amores.

A LA VIRGEN MARÍA:

Gracias por estar siempre conmigo, que dicha el ser amada por tí, que dicha poder llamarte mamá.

A MI MADRE:

Sofía Barrientos, Guerrera invencible, luchadora incansable, fe palpable, rosa fresca en mi vida; mis respetos señora, señora. LA AMO MAMITA.

A MI PADRE:

Héctor Castillo Ortega, gracias papito por su amor y apoyo, por su ejemplo de responsabilidad, honestidad, bondad y por ayudarme a no perder la sonrisa nunca. Lo amo.

A MIS HERMANOS:

Erika, Claudia y Alex; mil gracias por su apoyo y por creer en mí, son los mejores hermanos. Los quiero mucho. A Estuardo (Q.E.P.D.) Ángel de mi vida gracias por interceder por mí, te extraño y te quiero, este triunfo es tuyo.

A MIS ABUELOS: Manuel Barrientos, ejemplo de perseverancia y lucha constante.

Manuel Castillo (Q.E.P.D.), Fermina López (Q.E.P.D.) flores a su tumba. Tomasa Ortega (Q.E.P.D.) hoy sigo diciéndole gracias mamayacha por su amor y apoyo incondicional.

A MIS SOBRINOS: Andrea, Denilson, Omar, Sofi, Kathy, Alejandra y Marianita; amores de mi vida como un ejemplo para que luchen por sus sueños.

A MIS CUÑADOS: Con cariño sincero en especial a Enrique Valenzuela mil gracias.

A MIS TÍOS: Gracias por sus oraciones, y cariño sincero.

A MIS PRIMOS: Con mucho respeto y amor. Gracias Nena, Karen, Jairo, y especialmente a vos Colocho gracias por estar conmigo en las buenas y malas y principalmente por tu paciencia, te quiero mucho.

A MIS AMIGOS: Quienes me mostraron y confirmaron su lealtad y que la amistad existe, los quiero muchísimo.

A: David Godoy (Q.E.P.D.), se que desde el cielo estás conmigo. Gracias por tu amistad verdadera.

A MI TIERRA QUERIDA: El Subinal, Guastatoya el Progreso. Tierra que me vió nacer a ti mi triunfo.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, fuente del saber que me formaron como profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El delito.....	1
1.1. Terminología.....	3
1.2. Estructura del delito.....	5
1.3. Definición.....	6
1.4. Elementos del delito.....	7
1.5. Sujetos del delito.....	9
1.6. Tentativa.....	11
1.7. Conspiración y proposición.....	11
1.8. Tiempo y lugar del delito.....	12
1.9. Objeto del delito.....	12
1.10. Causas de justificación.....	13
1.11. Causas de inculpabilidad.....	15
1.12. Circunstancias atenuantes.....	17
1.13. Circunstancias agravantes.....	20
CAPÍTULO II	
2. La pena y las medidas de seguridad.....	27
2.1. Teorías sobre el fin de la pena.....	28
2.2. Fines de la pena.....	32
2.3. Las medidas de seguridad.....	34

	Pág.
2.4. Importancia de las medidas de seguridad.....	38
2.5. Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.....	40
2.6. Fundamento.....	41
2.7. Justificación de las medidas de seguridad.....	44
2.8. Fines de las medidas de seguridad.....	46
2.9. La extinción de la responsabilidad penal y de la pena.....	51
2.10. Prescripción.....	52

CAPÍTULO III

3. Delito de exhibicionismo sexual.....	55
3.1. Generalidades.....	57
3.2. Definición legal.....	60
3.3. Importancia de sancionar el delito de exhibicionismo sexual.....	60
3.4. Análisis técnico-penal del delito de exhibicionismo sexual.....	63
3.5. Exposición de menores de edad a actos de significación sexual.....	65

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual de conformidad con la legislación penal de Guatemala.....	69
4.1. Concurso de delitos.....	69
4.2. El consentimiento como causa de exclusión del tipo.....	74
4.3. La pena en el delito de exhibicionismo sexual.....	75
4.4. El concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual.....	77

	Pág.
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

Al hacer referencia al delito de exhibicionismo sexual, se debe tener en cuenta que el mismo puede encontrarse ante un concurso real de delitos, ante el cual el juzgador y el Ministerio Público no pueden actuar de manera sencilla, planteando el exhibicionismo sexual sin tomar en cuenta los delitos que lo rodean.

De acuerdo con la doctrina penal, la tipificación de un delito debe tener en cuenta las características y particularidades que lo diferencian de otros similares, para evitar encuadrar conductas formalmente parecidas, dentro de una ilicitud diferente. Sin embargo, también establece que un delito puede ser precedido de otros que lo perfeccionan o crean condiciones para su existencia, mientras que se producen casos en donde un mismo delito puede ser llevado a cabo de manera continuada, por lo que la sanción se incrementa, tendiendo a la complejidad de la conducta criminal.

Es debido a lo anterior que me parece importantísimo llevar a cabo una investigación jurídico penal que me permita analizar el delito de exhibicionismo sexual, para establecer los elementos que lo particularizan y si el mismo debe contar con condiciones delictuales que lo perfeccionan o bien el mismo es un delito continuado.

La hipótesis formulada se comprobó determinar la misma la importancia de analizar jurídicamente el concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual regulado en la legislación penal de Guatemala. La teoría utilizada durante el desarrollo de la tesis fue

la publicista al ser el tema anotado de interés de toda la ciudadanía guatemalteca.

Al desarrollar la tesis se empleó el método científico, así como el método inductivo, analítico y sintético. También se utilizaron las técnicas de investigación bibliográficas y documentales.

La tesis se dividió en cuatro capítulos. El primero se refiere al delito, a su terminología, estructura del delito, definición, elementos, sujetos, tentativa del delito, conspiración y proposición, tiempo y lugar, objeto, causas de justificación, causas de inculpabilidad, circunstancias atenuantes y agravantes; el segundo, indica lo relacionado con la pena y con las medidas de seguridad, las teorías sobre el fin de la pena, los fines de la pena, la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, fundamento, justificación de las medidas de seguridad, la extinción de la responsabilidad penal y de la pena y la prescripción; el tercero, determina lo relativo al delito de exhibicionismo sexual, sus generalidades, definición legal, importancia de sancionar el delito anotado, además un análisis técnico penal del delito de exhibicionismo sexual y la exposición de menores de edad a actos de significación sexual; el cuarto, da a conocer un análisis jurídico del concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual de conformidad con la legislación penal de Guatemala.

Por lo que es necesario establecer y definir los mecanismos de investigación jurídico penal, que me permita realizar un análisis detenido del delito de exhibicionismo sexual, estableciendo los elementos que lo particularizan para especificar en el mismo si es un delito continuado.

CAPÍTULO I

1. El delito

El delito es una conducta, acción u omisión típica tipificada por la ley, antijurídica y contraria a derecho, culpable y punible. Supone una conducta infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

“La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Tradicionalmente, se intentó establecer a través del concepto de derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento”.¹

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal.

Ello no implica necesariamente que, por ese sólo hecho, pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria. No obstante, habrá sido objeto de los actos y formas del

¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 30.

procedimiento, razón por la cual se le debe calificar, en tal caso, como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer las otras denominaciones que adquiera conforme al momento procesal de que se trate.

En la actualidad, el hombre es el único autor o posible autor de delitos, pero esto no siempre ha sido igual, antiguamente, los animales y los difuntos fueron considerados sujetos autores de delitos.

El ser humano era tan sólo instrumento de investigaciones y material probatorio. Posteriormente, al adquirir carta de naturalización la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el hombre pasó a ser, en todos los regímenes democráticos, un sujeto de derechos y obligaciones, y su calidad de parte, se acentúa en forma plena en el sistema acusatorio, en el cual, dentro de la relación jurídico-procesal es la figura principal en torno al cual, gira todo el proceso.

Los hechos que se encuentran previstos en las figuras delictivas se atribuyen al imputado, cuando los mismos sean consecuencia de una acción o de una omisión normalmente idónea para producirlos, de conformidad con la naturaleza del delito y de las circunstancias concretas del caso o cuando la norma expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

El Artículo 11 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o

cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”.

El Artículo 12 de la citada ley preceptúa que: “El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

También, es de importancia anotar lo regulado en el Artículo 13: “El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación”.

1.1. Terminología

Tanto en la doctrina como en la legislación, al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones, siendo las mismas las siguientes: indiciado, presunto responsable, imputado, inculgado, encausado, procesado, inculminado, presunto culpable, enjuiciado, acusado, condenado y reo.

El significado de la terminología anotada es el siguiente:

Indiciado es el sujeto en contra de quien existe sospecha de que cometió algún delito, porque se le ha señalado como tal, pues la palabra indicio significa el dedo que indica.

Presunto responsable es aquel en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen.

Imputado es aquel a quien se atribuye algún delito.

Inculcado es aquel a quien se atribuye la comisión o la participación de un hecho delictuoso, Tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de acusado y se aplicaba a quien cometía un delito, desde que se iniciaba el proceso hasta su terminación.

Encausado es el sometido a una causa o proceso.

Procesado es aquel que está sujeto a un proceso; en consecuencia, la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio que se sustente respecto al momento en que se estime se ha iniciado el proceso.

Incriminado, a este término corresponde la misma significación establecida para el imputado e inculcado.

Presunto culpable es aquel en contra de quien existen elementos suficientes para suponer que, en un momento procesal determinado, será objeto de una declaración jurídica que lo considere culpable.

Enjuiciado es aquel que es sometido a juicio.

Acusado es aquel en contra de quien se ha formulado una acusación.

Condenado es aquel que está sometido a una pena.

Reo es aquel cuya sentencia ha causado ejecutoria y en consecuencia está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

1.2. Estructura del delito

A partir de la definición usual de delito consistente en que el mismo es una acción típica, antijurídica y culpable, se ha estructurado la teoría del delito, correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquella. Así se divide esta teoría general en: acción o conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad aunque también algunos autores agregan a lo anterior, la punibilidad.

No obstante, aunque hay un cierto acuerdo respecto de tal definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

La legislación guatemalteca no define el término delito. Es por ello que resulta importante el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que pueda

ilustrar los diferentes elementos que componen el delito.

Definir el término delito, según la doctrina, es imperativo, para la determinación de una nueva conducta realizada por diferentes miembros de la sociedad llega a ser considerada como delito por los legisladores, y por tal razón resulta una actividad ilícita, misma que lleva aparejada una pena.

La definición de delito ayuda a comprender el cómo, cuándo y por qué una actividad nace como delito, para ello se tiene que conocer la teoría jurídica del delito.

1.3. Definición

“Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.²

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.³

“El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena”.⁴

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 26.

³ Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito**, pág. 27.

⁴ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal**, pág. 19.

“El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, que se encuentra sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal”.⁵

“El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”.⁶

Las definiciones anteriores coinciden con que delito es una acción, típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena y en algunos casos hacen referencia a situaciones objetivas que deben ser tomadas en cuenta al momento de imponer la pena en la legislación penal guatemalteca.

Se puede desprender que para entender el concepto de delito es necesario hacer una enumeración y breve descripción de cada uno de los elementos que forman la definición de delito.

1.4. Elementos del delito

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. El delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible y sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**, pág. 34.

⁶ Fontán Balestra, Calos. **Tratado de derecho penal**, pág. 29.

De las definiciones anteriormente citadas así como las que se señalaron en párrafos anteriores, nos muestran como elementos del delito, según su concepción positiva y negativa, son los siguientes:

Los elementos positivos del delito son los siguientes:

- Conducta.
- Tipicidad.
- Antijuricidad.
- Imputabilidad.
- Culpabilidad.
- Condicionalidad objetiva.
- Punibilidad.

Los elementos negativos del delito son los siguientes:

- Ausencia de conducta.
- Ausencia de tipo.
- Causas de justificación.
- Inimputabilidad.
- Inculpabilidad.
- Falta de condiciones objetivas.
- Excusas absolutorias.

El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, así la conducta o hecho se obtiene del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal; la antijuricidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud descrita.

La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el derecho penal, es decir, que no se presente la causa de inimputabilidad. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal; pueden o no presentarse

“Como se puede observar, el delito tiene un gran contenido en cuanto a los elementos que lo componen y en relación a éstos, existen diversas corrientes de la doctrina, los cuales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalista y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista”.⁷

1.5. Sujetos del delito

El estudio de los sujetos del delito en el derecho penal en la legislación guatemalteca es fundamental son los mismos los que a continuación se dan a conocer:

⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 22.

- Sujeto activo

Es la persona física que comete el delito; se llama también agente o criminal. Esta última acepción se maneja más desde el punto de vista de la criminología.

Es conveniente afirmar, que el sujeto activo será siempre una persona física, independiente del sexo, edad, la minoría de edad, da lugar a la inimputabilidad, nacionalidad y otras características.

Cada tipo, señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes.

Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena.

- Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, por lo general se le denomina víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito.

Es de importancia establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito:

- Sujeto pasivo de la conducta: es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo.
- Sujeto pasivo del delito: es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

1.6. Tentativa

Existe tentativa, cuando con la finalidad de cometer un delito, se comienza con su ejecución por actos exteriores e idóneos y no se consuma debido a causas independientes de la voluntad del agente.

La tentativa imposible existe cuando la misma es llevada a cabo con medios que son normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta completamente imposible, quedando el autor sujeto a medidas de seguridad.

1.7. Conspiración y proposición

Existe conspiración cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y resuelven su ejecución.

Hay proposición cuando quien haya resuelto cometer un delito invita a otra u a otras personas a ejecutarlo.

Tanto la conspiración, como la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para la comisión de un delito, solamente son punibles en los casos en los cuales la ley lo determine de forma expresa.

1.8. Tiempo y lugar del delito

En lo relacionado con el tiempo de comisión del delito, el Artículo 19 del Código Penal regula que: “El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción emitida”.

En cuanto al lugar del delito, el Artículo 20 de la citada norma regula lo siguiente: “El delito se considera realizado en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida”.

1.9. Objeto del delito

A continuación se señalan los objetos del delito, siendo los mismos los siguientes:

- Objeto material

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material será la cosa afectada bienes muebles o inmuebles.

- Objeto jurídico

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la libertad de las personas, justamente en razón de este criterio, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico.

1.10. Causas de justificación

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula las causas de justificación en el Artículo 24:

“Legítima defensa:

1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

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

Estado de necesidad

2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar.
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho

3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o la ayuda que preste a la justicia”.

1.11. Causas de inculpabilidad

Se encuentran reguladas en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 25:

“Son causas de inculpabilidad:

Miedo invencible.

1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior.

2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada por él.

Error.

3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión legítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida.

4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto.

b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales.

c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada:

5º. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

1.12. Circunstancias atenuantes

Las circunstancias atenuantes del delito, las regula el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 26:

“Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica:

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

Exceso de las causas de justificación:

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

Estado emotivo:

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

Arrepentimiento eficaz:

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

Reparación de perjuicio:

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

Preterintencionalidad

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

Presentación a la autoridad

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

Confesión espontánea.

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

Ignorancia.

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

Dificultad de prever.

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

Provocación o amenaza.

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

Vindicación de ofensa.

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

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

Inculpabilidad incompleta.

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

Atenuantes por analogía.

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

1.13. Circunstancias agravantes

Las circunstancias agravantes están reguladas en el Artículo 27 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala:

Motivos fútiles o abyectos.

1º. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía.

2º. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medio, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación.

3º. Obrar con premeditación conocida.

Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos.

4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación,

avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad.

5º. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad.

6º. Abuso de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento.

7º. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga.

8º. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito.

9º. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad.

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo.

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de funciones que anteriormente hubiera tenido.

Auxilio de gente armada:

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla.

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado:

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad:

16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta esté ejerciendo sus funciones.

Embriaguez:

17. Embriagarse el delincuente e intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido.

18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de la incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Vinculación con otro delito.

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar.

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever.

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios.

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia

23. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

CAPÍTULO II

2. La pena y las medidas de seguridad

El concepto de pena surgió, en principio, como un concepto de carácter eminentemente formal. La pena consiste en el mal que es impuesto a través del legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables de haber llevado a cabo el hecho que transgrede las normas penales.

Es importante distinguir tres aspectos de la pena en la legislación penal vigente en el país, siendo las mismas las siguientes: la justificación, su sentido y su fin.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad.

Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad.

Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada lucha de escuelas, que durante muchos años ha

ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal.

2.1. Teorías sobre el fin de la pena

De forma tradicional, se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

- Las teorías absolutas

Atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

La pena es, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un imperativo categórico para la existencia de un bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho.

De algún modo, la idea anotada se encuentra fuertemente enraizada en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables de que quien la hace, la paga y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del delito cometido.

También las ideas de venganza y de castigo se basan en una concepción retribucionista de la pena.

- Las teorías relativas

Atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

“Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feurbach, que consideraba la pena como una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos”.⁸

Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos que se puedan cometer, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue otro gran penalista alemán, Franz Von Liszt, quien se encargó de considerar al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento”.⁹

⁸ Camargo Hernández, César. **Introducción al estudio del derecho penal**, pág. 16.

⁹ **Ibid**, pág. 19.

“También la llamada escuela correccionalista española de finales del siglo XIX y principios del XX preconizó una teoría preventiva especial de la pena. El derecho protector de los criminales sintetiza perfectamente las aspiraciones resocializadoras de la teoría preventiva especial. Por lo demás, las tesis preventivas están ya claramente formuladas en la famosa frase atribuida a Platón de que: nadie que sea prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”.¹⁰

- Teoría de la unión

Estas teorías unificadoras aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial.

Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de

¹⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, pág. 24.

difícil solución. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal tiene que enfrentarse con él, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después; diferenciando sus distintos aspectos.

En lo anotado fracasan las teorías de la unión. Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos.

Pero, la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Consiste en el sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza.

No se puede señalar entonces a una función única, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que, aparece en el momento de

la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento para los que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, con criterios muy especiales, propios de la subcultura penitenciaria.

Sólo la integración armónica, progresiva y racional de las distintas fases del fenómeno penal puede eliminar estos peligros.

2.2. Fines de la pena

Las finalidades de la pena son las siguientes:

- Preventiva
- Protectora
- Resocializadora

Los procesos de reforma tienden, precisamente, a hacer de la pena un instrumento de resocialización. La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad tienen por objeto la prevención, protección y resocialización del internado a la sociedad.

“En el plano práctico, se conduce a un derecho penal en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas”.¹¹

Los fines de la pena deben cumplirse en diferentes esferas. La prevención se encuentra a cargo de sistemas de prevención del delito, desde los jóvenes, medidas legislativas y una buena y determinante participación de la Policía Nacional Civil.

¹¹ Hassemer, Wilhem. **Fundamentos de derecho penal**, pág. 20.

En cuanto a la protección está a cargo del poder judicial y de los sistemas jurisdiccionales al imponer la pena a los infractores y delincuentes que pueden causar algún daño a la sociedad, aparte de la función de castigo de la pena que sirve para proteger a la sociedad de individuos con tendencias delictuosas.

En cuanto a la resocialización, se tienen que adoptar las medidas necesarias que sean ejecutadas en los centros penitenciarios del país para poder conseguir la resocialización de los internos.

2.3. Las medidas de seguridad

En el campo del derecho penal, culminado un proceso, hay dos alternativas: la primera y más común es imponer una pena y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad.

El Artículo 84 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley”.

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario”.

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. El Código Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 23 de la citada norma:

“No es imputable:

1º. El menor de edad.

2º. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado a propósito por el agente”.

Cuando el sujeto está incurso en alguna de estas situaciones en forma parcial, es considerado como un inimputable relativo o disminuido. Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos del artículo citado en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad.

Dichos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su substitución por medidas de seguridad.

La aplicación de las medidas de seguridad requiere, que la personalidad del agente sea adecuada a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito.

En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena. Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

En la dogmática penal, se han realizado tentativas para encontrar una justificación a estas medidas. Se considera como base de las medidas de seguridad el principio ético-social general, de que sólo puede contar con participación, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas y como, según él, la libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad, mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad como ocurre con los enfermos mentales o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella como los viciosos, alcohólicos.

El Artículo 86 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa que: “Las medidas de seguridad previstas en este título, sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencias condenatorias o absolutorias por delito o falta.

Sin embargo, en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto. Los tribunales podrán decretar la aplicación simultánea de medidas de seguridad compatibles”.

La justificación de las medidas de seguridad debe buscarse en el interés preponderante de impedir la comisión de acciones delictuosas.

El Artículo 87 de la normativa anotada regula lo siguiente: “Se consideran índices de peligrosidad:

- 1º. La declaración de inimputabilidad.
- 2º. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado:
- 3º. La declaración del delincuente habitual.
- 4º. El caso de tentativa imposible de delito, prevista en el Artículo 15 de este Código.
- 5º. La vagancia habitual.

Se entiende por vago el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, de mendicidad o sin medios de subsistencia conocidos.

- 6º. La embriaguez habitual.
- 7º. Cuando el sujeto fuere toxicómano.
- 8º. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena”.

2.4. Importancia de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son de importancia, debido a que se encargan de definir las privaciones de los bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial. Son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir,

a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo.

El Artículo 88 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Las medidas de seguridad aplicables son las siguientes:

- 1º. Internamiento en establecimiento siquiátrica.
- 2º. Internamiento en granja agrícola, centro industrial o de tratamiento especial.
- 3º. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial.
- 4º. Libertad vigilada.
- 5º. Prohibición de residir en lugar determinado.
- 6º. Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 7º. Caución de buena conducta”.

Dada su generalidad, tampoco se encuentran ajustadas a las exigencias de estos medios. Suponen una disminución de los bienes del individuo y generalmente una discriminación de la libertad personal.

Consisten en los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.

Son la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador inculcador o curativo a una persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

Tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.

La medida de seguridad conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo. Esta afirmación no contradice que, desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación.

De cualquier forma, el aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

2.5. Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad

Un grupo de autores opina que las medidas de seguridad no han de incluirse en el derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito.

La posición en la legislación penal guatemalteca difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, y coincide con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Dicha aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad predelictuales tanto criminales como sociales que pueden pensarse en el ámbito administrativo y coherentemente fuera del derecho penal y de las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

2.6. Fundamento

Pocas dudas existen en afirmar que el fundamento inmediato de las medidas de seguridad es la peligrosidad personal del individuo. No obstante esta afirmación necesita ser matizada.

La peligrosidad consiste en un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso, existiendo la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso.

Existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social. La primera es la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial; refleja, por tanto, un individuo antisocial. La segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria o actos asociales, sin llegar a cometer delitos propiamente dichos, pues no son actos antisociales; se trata, pues, de un individuo asocial.

La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y, en caso de fracaso, al derecho administrativo.

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal predelictual y peligrosidad criminal postdelictual. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios personales distintos de la concreta comisión del delito.

En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial.

Semejante distinción introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales o,

dicho de otra forma, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales.

El derecho penal moderno debe prevenir más que castigar; por ello la reeducación del individuo será más fácil si se ataja al de antes de cometido el delito.

La mayor y mejor defensa de los derechos del individuo requiere la actuación de un órgano jurisdiccional que generalmente actúa con mayor independencia, con mayor formación jurídica y con menor arbitrariedad que los órganos del poder ejecutivo;

Las legislaciones penales anteriores y del presente incluyen entre sus sanciones verdaderas medidas predelictuales; entre aquéllas se muestran la de peligrosidad y rehabilitación social.

En la actualidad existe una falta de proporción entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, de la libertad y de los derechos del ciudadano.

La aceptación de dichas medidas en la esfera punitiva abre la puerta a funestos abusos de poder.

“Una gran parte de los teóricos del derecho niega, en igual intensidad, que sean imprescindibles tales medidas en lo relacionado con su posición de excluir de la esfera penal las medidas de seguridad predelictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto

de las medidas de seguridad de forma especial a las generadas por la peligrosidad postdelictual”.¹²

2.7. Justificación de las medidas de seguridad

“Se diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas de seguridad a través de diversas argumentaciones:

- Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal.
- Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por si sola no es suficiente para alcanzar las metas del derecho penal actual”.¹³

De ambos planteamientos se pueden sacar provechosas enseñanzas. La justificación última de las medidas de seguridad es su necesidad para la sociedad.

¹² Fontán Balestra. **Ob. Cit.**, pág. 35.

¹³ **Ibid**, pág. 37.

Junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad se precisa una fundamentación ético-social. Toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, que garantice los derechos de las personas.

El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética como los enfermos mentales, lo que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos, no tiene el suficiente dominio sobre ella, ya no puede exigir la plena libertad social.

En virtud de ello se justifica la institución de las medidas de seguridad frente a los delincuentes por estado. A estos aspectos ético-sociales generales se agregan numerosos momentos éticos más específicos, así como el derecho y deber del Estado de cuidado, de rehabilitación y de asistencia respecto al enfermo mental, a las personas de imputabilidad disminuida, a los toxicómanos, el derecho de educación frente a los jóvenes y refractarios al trabajo.

La justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad.

La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad.

Es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el derecho penal.

2.8. Fines de las medidas de seguridad

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a la medida de seguridad, sobre la que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.

De este fin preventivo-especial derivan dos problemas. de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del necesario equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

El Artículo 89 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Cuando un inimputable de los comprendidos en el inciso 2º. del Artículo 23, cometa un hecho que la ley califique de delito, se ordenará internación en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base en dictámenes periciales, pueda modificarse la medida, o revocarse si cesó el estado de peligro del sujeto.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también, en el caso comprendido en el inciso 2º. del Artículo 87”.

El Artículo 90 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo. Esta internación se declarará cuando, cumplida la condena impuesta, se estime que ésta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente”.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de derecho.

El Artículo 92 del Código Penal vigente regula lo siguiente: “En los casos del Artículo 15, se someterá el sujeto, según su grado de peligrosidad, a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el inciso 3º. del Artículo 88”.

El Artículo 93 de la normativa anotada preceptúa lo siguiente: “Los vagos que hayan cometido delito, así como los sancionados por vagancia, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial u otro análogo, por un término no menor de un año ni mayor de tres”.

Una política criminal de medidas de seguridad que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado tiene que rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas de seguridad pueden comportar para la certeza del derecho. Estas son:

- Vigencia del principio de legalidad, para que no exista ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; y ninguna medida de seguridad sin regulación legal.

- Exigencia de una previa comisión delictiva.

- Medidas de seguridad al servicio del individuo.

- Eliminación de todo carácter aflictivo.

El Artículo 94 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Al condenar por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas o estupefacientes y en todo caso, en que se compruebe que el delincuente es toxicómano o ebrio habitual, el tribunal correspondiente podrá disponer que, antes o después de cumplida la pena si fuere de privación de libertad o simultáneamente con ella, si fuere pecuniaria, el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, hasta que se demuestre, previo dictamen

médico, que puede ser sometido a otro régimen, como los previstos en los incisos 4º., 5º. y 6º. del Artículo 88”.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo número 97 que: “La libertad vigilada no tendrá carácter de custodia, sino de protección y consiste para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales en confiarlos al cuidado de su familia bajo la inspección inmediata del Patronato de Cárceles y Liberados o la institución que haga sus veces, que la ejercerá en la forma y por los medios que estime convenientes.

El Artículo 98 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Los tribunales, a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año, como mínimo”.

En los casos de suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, la medida de libertad vigilada, durará el mismo tiempo que se fije para dichos regímenes; en los demás casos, durará el tiempo que señale el tribunal, sin que pueda ser menor de un año.

Al aplicar esta medida, el tribunal que corresponda prescribirá las reglas de comportamiento destinadas a evitar nuevas infracciones”.

El Artículo 99 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Cuando un delito haya sido motivado por hábito vicioso de su autor o por sus costumbres disolutas o cuando el caso lo requiera, el tribunal podrá imponer, además de la pena, la prohibición de concurrir a determinados lugares”.

El Artículo 100 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o depósito y por el término señalado en la sentencia, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba que no será menor de un año y no excederá de cinco.

Esta medida se aplicará en los casos que el tribunal lo estime.

La caución se hará efectiva cuando el sometido a ella violare las normas de conducta impuestas, en caso contrario, al finalizar su plazo, se ordenará la devolución de la suma depositada o la cancelación de la garantía”.

No se trata de defender una concepción individualista y radicalmente liberal del derecho y de la sociedad, sino de poner las prevenciones necesarias para frenar a aquellos que aniquilan al individuo bajo el pretexto de una supuesta defensa social, la cual en definitiva, consiste simple y sencillamente en aquella defensa de los que mandan y tienen el poder.

2.9. La extinción de la responsabilidad penal y de la pena

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Artículo 101 lo relacionado con la extinción de la responsabilidad penal: “La responsabilidad penal se extingue:

1º. Por muerte del procesado o del condenado.

2º. Por amnistía.

3º. Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita expresamente.

4º. Por prescripción.

5º. Por cumplimiento de la pena”.

El Artículo 102 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo relacionado con la extinción de la pena, al señalar lo siguiente: “La pena se extingue:

1º. Por su cumplimiento.

2º. Por muerte del reo.

3º. Por amnistía.

4º. Por indulto.

5º. Por perdón del ofendido, en los casos señalados por la ley.

6º. Por prescripción”.

2.10. Prescripción

La prescripción de la responsabilidad penal, está regulada en el Artículo 107 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “La responsabilidad penal prescribe:

1º. A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte.

2º. Por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término de veinte años, ni ser inferior a tres.

3º. A los cinco años, en los delitos penados con multa.

4º. A los seis meses, si se tratare de faltas.

5º. Por el transcurso del doble del tiempo de la pena máxima señalada para los delitos contemplados en los Capítulos I y II del Título III del Libro II del Código Penal”.

El Artículo 108 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “La prescripción de la responsabilidad penal comenzará a contarse:

1º. Para los delitos consumados, desde el día de su consumación.

2º. Para el caso de tentativa, desde el día en que se suspendió la ejecución.

3º. Para los delitos continuados desde el día en que se ejecutó el último hecho.

4º. Para los delitos permanentes, desde el día en que, cesaron sus efectos.

5º. Para la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción, cuando éstas sean punibles, desde el día en que se haya ejecutado el último acto.

6º. En los delitos cometidos en contra de personas menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el momento en que la víctima cumpla su mayoría de edad”.

CAPÍTULO III

3. Delito de exhibicionismo sexual

A las puertas del próximo milenio, el exhibicionismo sexual frente a personas menores de edad se ha convertido en un habitual tema de preocupación para todos los gobiernos; originando también inquietudes y discrepancias entre los miembros de las diferentes sociedades; todo ello debido a las impresionantes cifras que se manejan a nivel mundial sobre el considerable crecimiento de este fenómeno.

Cada año un elevado número de niños y niñas en todo el mundo son introducidos en el mercado del sexo, víctimas del tráfico y el turismo sexual; constituyendo esta situación una violación fundamental de los derechos del niño, equiparada con la tortura por el daño que ocasiona.

Es necesario adoptar una serie de medidas emergentes para sacar a flote la economía del país de la difícil situación que afronta con el objetivo de reanimarla e insertar en ella los mecanismos económicos mundialmente existentes como lo son: la apertura del gobierno a las inversiones extranjeras, el incremento del turismo internacional en el país y la despenalización de la tenencia de divisas libremente convertibles. Estas medidas producen indudables beneficios económicos, pero traen aparejadas nocivas consecuencias en el plano social en contra de la niñez guatemalteca.

Los efectos negativos antes mencionados pueden ser divididos para su mejor comprensión en dos planos: efectos económicos y efectos sociales.

Entre las consecuencias económicas de las medidas emergentes anteriormente citadas, se puede mencionar la depreciación del quetzal y la dolarización de la economía, las sensibles desigualdades entre el trabajo, el ingreso y el consumo; etc.

En el plano social se han manifestado como consecuencias: la pérdida del incentivo por el trabajo, las diferencias sociales creadas por ingresos no provenientes del trabajo, el deterioro de algunos valores morales a nivel social, y, como efectos más negativos se encuentra el incremento del proxenetismo, la prostitución y la aparición de fenómenos tan denigrantes como el asedio al turismo y la mendicidad.

Teniendo en cuenta esta situación social es que el Estado de Guatemala ha recrudecido su atención en la tutela penal de los niños, niñas y jóvenes, tratando de evitar que la proliferación de las conductas corruptoras de menores sea adquirida en el país, debido a las dimensiones que posee a nivel mundial, ello en consonancia con el interés estatal de profundizar en el estudio del delito de exhibicionismo sexual, haciendo hincapié en su concepto, en el tratamiento que recibe en algunas legislaciones latinoamericanas, en la evolución histórica en el ordenamiento guatemalteco y en sus actuales características técnico-penales.

Bajo el concepto de exhibicionismo sexual se enmarcan los tipos penales de ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad y la violación a la intimidad sexual, obviamente lo que se penaliza es la utilización de menores de 18 años en este tipo de materiales.

3.1. Generalidades

Es un delito contra la integridad sexual de las personas, que consiste en hacer participar a un menor de 18 años de prácticas sexuales desviadas. Quien comete el delito no necesariamente debe ser un mayor de edad, aunque debe ser imputable. En Guatemala la imputabilidad penal es a partir de los dieciocho años.

Hay que distinguir, aunque muchas veces aparecen todos estos delitos tipificados, el caso de exhibicionismo sexual, del de prostitución de menores, que es trato sexual habitual, por recompensa económica y promiscuo, y de los casos de abusos deshonestos, que son actos contrarios al pudor, y a la libertad sexual, pero que no implican acceso carnal o tentativa de violación.

En el delito de exhibicionismo sexual el daño que se produce es psíquico, alterando el desarrollo y maduración sexual normal del sujeto, aunque muchas veces coincidan también los daños físicos.

El sexo oral, la sodomía, la homosexualidad, pueden alterar la psiquis, aunque todo será objeto de la prudente apreciación judicial para saber si el caso entra en una u otra categoría, o en ambas. El exhibicionismo sexual es un delito de peligro abstracto, por lo cual no es necesario comprobar que efectivamente la acción del corruptor ha modificado la conducta sexual de la víctima.

La comisión de los delitos de exhibicionismo sexual y de abusos deshonestos, se encuentran ligados; lo cual genera un concurso de delitos.

El delito de exhibicionismo sexual tiene sus antecedentes en los estados primitivos, desde la antigua Roma ya se practicaba. Por su parte, en Grecia el exhibicionismo sexual era perseguido y se castigaba, según varios historiadores, con la pena de muerte.

“La Revolución Francesa de 1789 imprimió un viraje en la concepción de la tipicidad delictiva, recogién dose en sus cuerpos legales la protección del menor. Con la legislación francesa se concibió el delito de lenocinio, teniendo como sujeto protegido al menor, lo que de hecho constituye la primera expresión formulada del delito de exhibicionismo sexual”.¹⁴

¹⁴ Roxin, Claus. **Teoría del tipo penal**, pág. 26.

Cuando el exhibicionismo sexual afecta el sentido moral de los seres humanos equivale entonces a depravación o perversión en la operación de la sexualidad y de su pleno ejercicio.

El exhibicionismo sexual afecta diversos hechos delictuosos previstos en la ley penal, que pueden consistir en:

La corrupción o prostitución de menores de edad de uno u otro sexo, sin violencia o coerción, aún mediando el consentimiento de la víctima.

La corrupción o prostitución de menores por medio de engaño o empleando violencia, amenaza o intimidación o coerción por abuso de autoridad o siendo el autor ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciere con ella vida marital.

El exhibicionismo sexual puede ser concebido como un vicio que aparece producto de problemas psíquicos del sujeto que lo impulsan a cometer actos lujuriosos y depravados.

Su conceptualización debe complementarse con otras conductas y no sólo con la asociación de la acción corruptora y la esfera de la sexualidad. Corromper tiene una esencia psicológica y moral, por cuanto, la acción corruptora afecta el psiquismo de la víctima, deformando su comprensión sana de la sexualidad.

El exhibicionismo sexual es la antítesis de una adecuada y recta conducta, es un germen de depravación que instalado en la conciencia del individuo, lo enfrenta a las más esenciales normas y principios de la vida en sociedad.

De lo anterior se deduce que la tutela penológica de los menores de edad resulta imprescindible en relación con esta conducta corruptora, específicamente nuestro Código Penal recoge este delito en el Título III, Capítulo V, referido a la Violencia Sexual.

3.2. Definición legal

El Artículo 188 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Exhibicionismo sexual. Quien ejecute, o hiciere ejecutar a otra persona, actos sexuales frente a personas menores de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, será sancionado con pena de tres a cinco años de prisión”.

3.3. Importancia de sancionar el delito de exhibicionismo sexual

En el inicio de la conquista, no existía en Guatemala el derecho penal en la forma que se concibe en la actualidad. En los primeros años se aplicaba en el país el derecho consuetudinario.

El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otros en su grado mínimo y medio o con inhabilitación temporal absoluta si fuere autoridad; tiene que ser sancionado.

Anteriormente no existía una clara distinción entre la corrupción y la prostitución, requiriéndose la habitualidad o el abuso de autoridad o confianza. Existía por tanto una vinculación al sexo muy directa, no previéndose otras tipologías que pudieran configurar también el exhibicionismo sexual sin que se exprese necesariamente ese carácter marcadamente sexual.

En consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que es bastante incompleta en esta legislación, la regulación del delito que se trata, pues no lo recoge a plenitud, enmarcándolo muy estrechamente sin tener en cuenta la posibilidad de otras conductas que por igual incidan en la deformación del desarrollo de un menor.

Es fundamental sancionar al sujeto quien tenga en su poder la patria potestad o guarda de un menor de edad y que exponga al peligro y a la prostitución al mismo o bien lo obligue a ejercerla, o no lo impidiera o no ponga el hecho en conocimiento de la autoridad; o el caso de quién realizara actos sexuales obscenos o indecentes en presencia de menores y el que ofrezca, venda, suministre o facilite a un menor de edad libros, publicaciones, estampas, fotografías u otros objetos de carácter obsceno o contrarios al orden moral, o cuyo comercio o tenencia este prohibida.

En las transformaciones políticas, económicas, sociales, culturales e intelectual, juega un papel fundamental la legislación penal, cuya tarea predominante es contribuir en su campo de acción, al desarrollo social y al afianzamiento de las nuevas relaciones sociales.

La problemática de la educación a la niñez, y sus pasos se encuentra encaminada a terminar con males como: la prostitución, el juego y la mendicidad entre otros, para lo cual se necesita combatir las viejas y nuevas formas de delitos y la influencia de sus comisores sobre las nuevas generaciones.

Es de importancia que quede absolutamente prohibida la mendicidad de los menores de edad, solos o acompañados de adultos. Es necesario poner fin a esa deficiencia social, para evitar la mendicidad en general y la de los menores en particular, logrando de esa forma la protección de la infancia desvalida y abandonada; garantizándosele a los menores, un desarrollo feliz, libre de preocupaciones y con futuro asegurado y cierto.

Es fundamental viabilizar la labor de reeducación o rehabilitación de menores, tomando en cuenta la necesidad de ofrecer protección a los menores recluidos en reformatorios, por la gran cantidad de conductas delictivas cometidas.

Se tienen que analizar detenidamente las normas jurídicas vigentes en el país, para dejar sin efecto aquellos preceptos legales que afecten a los jóvenes y que lejos de

contribuir a su buena formación, hacen que estos se tornen hostiles y aumenten su peligrosidad.

La objetividad jurídica que se plantea es la protección del normal desarrollo de la infancia y la juventud en sentido general, ampliándose el concepto de exhibicionismo sexual, siendo de importancia sancionar a quien obligue o induzca a un menor de edad a ejecutar actos sexuales.

Se contemplan conductas negativas que atentan de una forma u otra contra la educación y el normal desarrollo del menor, llevadas a cabo mediante personas que pueden influir directa o indirectamente sobre el menor.

Los cambios en las condiciones económicas y sociales del país, traen aparejadas una serie de consecuencias negativas de carácter social, reavivándose, entre otros problemas, la posibilidad del exhibicionismo sexual. Además, en cuanto al elemento material, los cambios realizan cambios en los verbos rectores, creando nuevas conductas delictivas para este tipo penal.

3.4. Análisis técnico-penal del delito de exhibicionismo sexual

Actualmente en Guatemala, existe una gran movilidad en el plano legislativo penal, que trae consigo la aparición de modificaciones al Código Penal. Precisamente la última

modificación legislativa penal es la referente al Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

El delito de exhibicionismo sexual, al emplear el término inducir, lo que busca es invitar y mover el ánimo de las personas a quién se dirige el inductor, hacia la proposición o requerimiento que este le hace y no emerge esta inducción de forma aislada e independiente, sino que una y otra vez que se ejerce el acto torpe con un menor de edad hay inducción.

En cuanto al empleo del verbo utilizar, es menester señalar que se requiere de una interpretación extensiva, pues debe apreciarse desde dos puntos de vista: en el primero, el sujeto puede utilizar al menor en los actos de corrupción mencionados por la ley en beneficio propio y desde un segundo punto de vista, dicho autor utiliza al menor en beneficio de una tercera persona.

Respecto al sujeto activo de este precepto, no se encuentra delimitado, pues se usa la fórmula genérica de que quien ejecute, lo que deja la idea de que dicho sujeto activo puede ser persona de uno u otro sexo que propicie con su actuar, el exhibicionismo sexual.

La aparición de esta nueva figura tipificada como delito de exhibicionismo sexual y contenida en el Artículo 188, según las reformas realizadas al Código Penal vigente por el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, responde a la

necesidad de protección del status social de que tienen que gozar los menores de edad, y en donde se les garantiza gratuitamente su educación, salud y en general su desarrollo pleno; por tanto, se sanciona rigurosamente a los sujetos que obviando todos estos esfuerzos del Estado en la formación adecuada del menor, los utilizan en prácticas obscenas, ajenas a la concepción social guatemalteca.

El sistema estructurado en la legislación penal guatemalteca para proteger a los menores responde a la esencia de la sociedad, que ha perseguido siempre severamente a los individuos inmorales que se dedican a lesionar a la niñez, utilizándola en prácticas deshonestas y delictivas. A partir de este sistema contenido en la legislación penal guatemalteca se puede afirmar que se tiene que brindar protección al normal desarrollo de los infantes, evitando en lo posible que se conviertan en víctimas de delitos contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud. Esta tutela penal de los menores se encuentra en plena correspondencia con los objetivos del Estado guatemalteco.

3.5. Exposición de menores de edad a actos de significación sexual

La exposición de menores a actos de significación sexual tiene que sancionarse mediante la aplicación de la pena del delito de exhibicionismo cuando a menores de edad se les haga ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, y cuando se realiza alguna de las conductas antes señaladas con un menor de dieciocho años mediando las circunstancias propias de la violación (fuerza,

aprovechamiento de incapacidad para defenderse o de trastorno de la víctima), o de una relación de dependencia o desamparo y engaño.

Asimismo aquel que a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza obtuviere servicios sexuales por parte de personas menores de edad, sin que medien las circunstancias de la violación o el estupro tiene que ser sancionado con la pena regulada en el delito de exhibicionismo sexual.

La producción de material pornográfico con menores también está penado por la ley. Se entiende como material pornográfico toda representación dedicada a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

“La pornografía consiste en el contenido lúbrico con capacidad para alterar el normal desarrollo de la sexualidad de los menores. Es aquél material sexualmente explícito cuya única intención es excitar sexualmente o, que es la presentación provocadora con fines lucrativos de una sexualidad separada del amor”.¹⁵

El erotismo obsceno es el material que expresa excitación sexual. El material gráfico, fílmico o el que se desarrolle en cualquier espectáculo en vivo como en teatros de

¹⁵ Soler, Sebastián. **Derecho penal**, pág. 26.

revistas y espectáculos de desnudos de neto corte erótico tiende a excitar sexualmente al espectador, ya que ese es uno de los fines de éstos”.¹⁶

¹⁶ **Ibid**, pág. 30.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual de conformidad con la legislación penal de Guatemala

La consumación de los delitos sexuales se verifica siempre que el sujeto activo ejecute o haga ejecutar por un tercero actos de exhibición obscena, lleguen éstos o no a conocimiento del público, debido a que existe y se tiene que enfrentar un daño ante un delito de peligro que se configura con la mera posibilidad de trascendencia a terceros aunque la exhibición no llegue a destinatario alguno. Consecuentemente, es indistinto que se logre o no excitar sexualmente al sujeto pasivo.

Tratándose de delitos de mera actividad, se verifica en casos extremos la forma incompleta de ejecución.

4.1. Concurso de delitos

Se puede comprobar una conducta en tentativa cuando el sujeto activo intente exhibir el órgano genital con el objeto de ejecutar una práctica obscena frente a un tercero, pero desiste involuntariamente al ser interrumpido por la aparición en escena de un agente policial.

Como en toda tentativa, si el desistimiento es voluntario, el intento quedará impune, debido a existir entonces exclusión de la pena.

El desistimiento voluntario, atento a las especiales características del delito en estudio, y sólo se podrá dar en los casos de tentativa inacabada.

En el marco concursal, pueden surgir algunos enlaces interesantes, sobre todo cuando se enfrenta el supuesto en donde el autor hace ejecutar por otro un acto de exhibiciones obscenas.

El Artículo 69 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: "Concurso real. Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena.

Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior:

1º. A cincuenta años de prisión.

2º. A doscientos mil quetzales de multas".

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo número 70 lo siguiente: “En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo”.

El delito continuado se encuentra regulado en el Artículo 71 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes:

1. Con un mismo propósito o resolución criminal.
2. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona.

3. En el mismo o en diferente lugar.
4. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación.
5. De la misma o de distinta gravedad.

En este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte”.

En efecto, cuando el sujeto activo fuerza, mediante la utilización de violencia o intimidación, a otro a ejecutar un acto de estas características, generalmente existe un concurso real o ideal según el caso con el delito de coacciones.

Por otra parte, tiene que señalarse un concurso aparente entre el delito de exhibiciones obscenas y el delito de exhibiciones sexuales cuando el agente en forma persistente en el tiempo además de exhibirse ante un menor de dieciocho años de edad, lo hace participar de su conducta o, inclusive, lo incita a realizar sobre sí mismo actos de carácter lúbrico.

Del mismo modo, se puede señalar la existencia de concurso de delitos entre las conductas antes mencionadas en el párrafo anterior cuando los actos de exhibicionismo obsceno alcanzasen la entidad suficiente para que el menor adquiriese patrones de

conducta sexual prematuros, desviados o degradantes influenciados por los actos que ante él se ejecutan.

En síntesis, en la gran mayoría de los casos el delito de exhibiciones obscenas puede concursar en forma real, ideal o aparente con cualquier otro delito que afecte gravemente el bien jurídico de libertad sexual debido a que existe una indefectible relación de medio a fin.

El delito en estudio requiere de dolo directo, que contiene un elemento especial subjetivo del tipo.

En efecto, el elemento subjetivo del exhibicionismo se encuentra cifrado en la tendencia lasciva, consistente en la aspiración de excitar o satisfacer el impulso sexual propio y ajeno, es decir, que debe mediar una tendencia provocadora.

Para la consumación del delito de exhibicionismo sexual, es necesario que el autor posea el fin de involucrar en un contexto sexual a la víctima, a través de una determinada actuación para agregar que, una vez constatado ese elemento subjetivo del injusto, se requiere que exista dolo directo de primer grado respecto a la realización de aquellos elementos objetivos que, unidos a la tendencia involucradora, configuran el concepto de acción sexual.

La aceptación, del referido elemento subjetivo, permite aseverar la inadmisibilidad de la comisión por imprudencia del delito de exhibicionismo sexual.

El error vencible sobre la edad del menor, o el consentimiento del adulto, determinan la imprudencia que no es punible en este delito, que sólo admite la comisión dolosa.

4.2. El consentimiento como causa de exclusión del tipo

La acción sexual se realiza sin darle oportunidad a la víctima de expresar su voluntad en pro o en contra de ella, el consentimiento prestado por el sujeto pasivo se debe calificar como una causa de exclusión del tipo penal.

El único consentimiento excluyente del tipo es el expreso o el tácito, pero nunca presunto.

Un ejemplo claro del consentimiento expreso, por parte del sujeto pasivo, se encuentra en aquellas personas adultas que concurren a espectáculos en vivo de corte erótico, en donde mujeres u hombres adultos exhiben sus cuerpos desnudos o realizan prácticas que evidencian una connotación sexual excitando o satisfaciendo el impulso sexual del espectador.

Asimismo, se afirma que, en aquellos casos en donde la acción iniciada por el exhibicionista en la vía pública, o lugar de acceso público, etc, cause algún tipo de

curiosidad o interés en el sujeto pasivo, aunque no haya por parte suya consentimiento en forma expresa, también queda excluido el tipo objetivo, en virtud del implícito consentimiento tácito.

Pero ninguna de estas apreciaciones, puede ser sostenida, a la hora de estudiar el tipo penal establecido del delito de exhibiciones sexuales.

Ello, debido a que la ley, atendiendo a los bienes jurídicamente tutelados por la libertad sexual e indemnidad sexual, desestima al consentimiento del niño o niña menor de edad, a que sea expreso o tácito como causal de exclusión del tipo penal.

Dicha circunstancia, habilita a sostener, que los actos de exhibición, cometidos en perjuicio de menores de edad inferior a trece años, constituye un tipo penal autónomo de la figura genérica puesto que, tanto puede mediar la involuntariedad de la visualización, como una contemplación voluntaria.

4.3. La pena en el delito de exhibicionismo sexual

Es de importancia valorar como un acierto del legislador nacional la inclusión de una pena de prisión para aquellas personas que ejecutan o hacen ejecutar por terceros actos de exhibición, frente a menores de dieciocho años; la cual es de tres a cinco años.

La escala penal estipulada para el delito de exhibicionismo sexual, es coherente con el marco de penas dispuesto por la reforma operada mediante el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, al Código Penal vigente en el país.

En este caso, ante la seria lesión jurídica que implica ejecutar actos exhibicionistas, de neto contenido sexual, en contra de la voluntad de personas menores de dieciocho años de edad, se aplica al autor, con toda razón, una pena de prisión sin duda proporcional a dicho accionar delictivo.

De tal forma no queda afectado, de modo alguno, el principio de proporcionalidad, entendido éste como la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir.

No obstante, siempre dependerá de la correcta apreciación que haga el operador jurídico de los requisitos a tener en cuenta, para efectuar una acertada determinación judicial de la pena, y arribar así a una sanción justa y proporcional a la gravedad del hecho juzgado.

En otras legislaciones, el delito de exhibiciones sexuales se tipifica en forma genérica, y en la mayoría de los casos se le impone al autor pena de prisión.

4.4. El concurso de delitos en el delito de exhibicionismo sexual

Existe escasa protección dispensada a los menores frente a las conductas de abuso sexual de prevalimiento y castigada con una pena no adecuada al mal ocasionado.

El delito de exhibición sexual sanciona y justifica la insuficiente punición que proporciona a ciertas conductas la regulación insatisfactoria de los delitos de abusos sexuales sobre menores de edad.

No obstante, ahora que se ha reformado el delito de corrupción de menores, tipificándolo como delito de exhibicionismo sexual, hay que interrogarse sobre cuál es su contenido, qué conductas se castigan en él, cómo se relaciona con los demás preceptos del mismo título; en definitiva, qué finalidad tiene su incriminación autónoma y qué función viene a cumplir dentro de la regulación de los delitos sexuales, puesto que si no se alcanzan respuestas convincentes para esos interrogantes se corre el riesgo de continuar con una política legislativa guiada no por una necesidad real de protección de bienes jurídicos, proporcionada a la intensidad de los ataques que contra ellos se dirigen, sino por la aleatoria circunstancia de la mayor o menor alarma producida en la opinión pública por algunas resoluciones judiciales divulgadas de manera inexacta o confusa por los medios de comunicación, y el concurso de delitos que genera. Encontrar una respuesta a esas cuestiones es el objetivo que se propone en este trabajo.

Durante mucho tiempo la doctrina se esforzó en caracterizar las conductas constitutivas de corrupción, tarea nada fácil teniendo en cuenta la abstracción de término y sus connotaciones moralizantes, por lo que era posible incluir en él casi cualquier conducta de naturaleza sexual, siempre que afectase a menores de edad. Por otra parte, por aparecer el concepto de corrupción ligado al de prostitución, las definiciones de aquél se han realizado en muchos casos por relación a haciéndolo depender de ésta, surgiendo de ello el delito de exhibicionismo sexual.

La corrupción es “El comercio carnal prematuro o precoz, infamante y envilecedor, de lo que se deduce, que en cuanto al comercio carnal, la corrupción es una clase de prostitución caracterizada por la poca edad del sujeto pasivo”.¹⁷

El exhibicionismo, la corrupción y la prostitución se sitúan en relación de género y especie, de modo que si bien toda prostitución implica un cierto exhibicionismo y corrupción, no se da la relación inversa, estando caracterizada la prostitución por la entrega sexual al cambio de precio, al tiempo que definieron la corrupción penalmente relevante como una grave manifestación de la impudicia en una fase previa a la prostitución, caracterizada por una cierta permanencia”.¹⁸

Es ese rasgo, de constituir una fase previa a la prostitución, el que permite restringir la amplitud de ese concepto y orientar la distinción de otras figuras contra la libertad sexual individual, situándose así al exhibicionismo sexual en sus justos términos, de

¹⁷ Hernández, Silvia María. **La violencia sexual y el derecho en Guatemala**, pág. 40

¹⁸ **Ibid**, pág. 46.

manera que los comportamientos objetiva y subjetivamente ajenos a las notas caracterizadoras de la prostitución o, siquiera, de una prostitución ulterior, se tienen que considerar atípicos a los efectos de la ley.

La clave para una correcta interpretación del delito de exhibicionismo sexual, reside en la adecuada pena en relación de las conductas de exhibición sexual, corrupción y prostitución. Ellas se encuentran en relación de género y especie. No obstante, lo característico de esa clase de relación es que la especie, además de reunir los rasgos que definen al género, cuenta con algún otro que la singulariza, de manera que, el género contará con algunos rasgos comunes a los que la especie y sin que sea posible, caracterizarlo de manera totalmente distinta de aquélla. Es por ello que la corrupción y el exhibicionismo, con ser más amplia que la prostitución no autoriza a incluir dentro de su significado, cualquier comportamiento de índole sexual ejecutado sobre un menor, sino sólo aquellos que tuvieran como fin la subsiguiente prostitución.

Ello se fundamenta en razones históricas, la vinculación latente entre prostitución y exhibicionismo a lo largo de la codificación, así también la corrupción se sitúa dentro de razones de coherencia interpretativa del ordenamiento jurídico interno. Una interpretación semejante le confiere al delito de exhibicionismo sexual un contenido de injusto característico y diferenciable de los demás delitos contra la libertad sexual, evitando su aplicación extensiva a supuestos no comprendidos en él.

La nocividad de este delito radica en que al iniciar al menor anticipadamente en el sexo, de manera evidente perversa, se impide que quizás cuando alcance la plenitud de su personalidad, pueda optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugieran, de acuerdo también con el instinto y la libertad de la pareja por él pretendida. Con ello se está protegiendo la futura libertad sexual del menor o bien el proceso de formación de su personalidad, siendo a tal efecto indiferente el contenido de las conductas sexuales en concreto ejecutadas sobre el menor, al margen de su carácter heterosexual u homosexual y de la valoración social que merezcan.

“La ratio legis de tutelar la indemnidad del libido en formación de quienes aún no tienen adquirida su madurez sexual y no poseen una plena capacidad de decisión, evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su minoría de edad, que hace que les lleve a la toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal cuando aún no han alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria”.¹⁹

Elemento diferenciador del delito de exhibicionismo sexual ha sido la habitualidad o reiteración de las conductas sexuales realizadas sobre el menor, de tal forma, que sobre él giraba su delimitación con otras figuras delictivas del título. No obstante, en los últimos años se ha impuesto una interpretación del delito que no exige la continuidad de las conductas sexuales degradantes del menor, sino que se centra en la

¹⁹ **Ibid**, pág. 49.

potencialidad corruptora de las acciones, difuminándose de ese modo todavía más las fronteras que definían este delito y lo separaban de otros de naturaleza sexual.

Definido en esos términos, el contenido del delito de exhibicionismo sexual ha suscitado una compleja problemática concursal con las demás infracciones contra la libertad sexual comprendidas en el mismo título y ha sido el origen de variedad de resoluciones que plantean la situación, en unos casos, como un concurso de normas y en otros, como concurso de delitos, partiendo pues de distintos presupuestos, dado que, en los primeros se ha considerado la progresión existente entre las distintas infracciones y la protección de un único bien jurídico, con lo que se ha optado por la solución de aplicar una sola de las normas, mientras que, en los otros, para evitar las consecuencias insatisfactorias a que conduce ese planteamiento en determinados supuestos, se ha optado por el concurso de delitos, sin que en esos casos quede suficientemente clara la lesión de dos bienes jurídicos distintos.

Un primer grupo de casos lo forman los supuestos en los que se aplica el delito de exhibicionismo sexual, por considerarlo ley especial al exigir la repetición de acciones de contenido sexual, desplazando de ese modo la aplicación de los concretos delitos contra la libertad sexual (violación, agresión sexual, estupro), que por haberse cometido asiladamente y en varias ocasiones serían susceptibles de fundamentar un concurso real de delitos, o, en el peor de los casos, por el privilegio que supone para el reo, un delito continuado, supuestos todos ellos en los que la pena resultante sería superior a la

del delito de exhibicionismo sexual, constituyendo su aplicación en estos supuestos un privilegio injustificado.

Por su parte, en el segundo supuesto se condena por el delito de exhibicionismo sexual realizado sobre varias niñas de distintas edades, todas menores de dieciséis años, consistiendo los abusos en la práctica de masajes, y la realización del coito en reiteradas ocasiones con cada una de ellas, mientras que la calificación alternativa hubiera sido el correspondiente concurso real de delitos de estupro sumando cada uno de los accesos carnales habidos sobre las menores, realizados con el abuso de superioridad que le proporcionaba la supuesta posesión de poderes curativos sobrenaturales, o en su defecto, un delito continuado de estupro en relación con cada una de las menores con las que realizó el coito en diversas ocasiones, siendo la pena del delito de estupro la de prisión menor, de la que se parte para el cálculo de los supuestos de pluralidad de infracciones o bien de continuidad delictiva.

CONCLUSIONES

1. En el análisis jurídico realizado en el delito de exhibicionismo sexual, se logra determinar que lleva inmerso varias acciones que lesionan el mismo bien jurídico tutelado, limitando con ello la correcta aplicación de las penas a los otros delitos cometidos.
2. La emisión de leyes por parte del Congreso de la República de Guatemala, evidencia la falta de atención y cuidado en redacción de las mismas que actualmente se promulgan, provocando con ello ciertos conflictos al momento de aplicarlas, ocasionando con los textos aprobados, dudas, ambigüedades u oscuridades en las leyes.
3. Al realizar entrevistas a profesionales del derecho, servidores públicos y estudiantes de las diferentes universidades del país, evidencia la falta de conocimiento de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, pese a la importancia que representa la misma dentro de la sociedad guatemalteca, específicamente en el ámbito penal.
4. Dentro de la investigación realizada se pudo establecer que el Estado de Guatemala, no cuenta con un programa en el cual se pueda atender a los menores de edad víctimas del delito de exhibicionismo sexual y por lo cual no se les permite una adecuada inserción en la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, haciendo uso del derecho de iniciativa de ley que le otorga la Constitución Política de Guatemala, debe presentar el proyecto de ley en el cual se pueda diferenciar el delito de exhibicionismo sexual de los otros delitos que atenten contra la indemnidad de las personas y con ello lograr que se apliquen las penas correspondientes a cada uno de los delitos.
2. El Congreso de la República de Guatemala, debe implementar un programa de capacitación constante, referido a la técnica jurídica y demás asuntos relativos a la emisión de leyes en Guatemala, esto a manera de evitar lo que en la actualidad sucede con tanto error en la redacción de las mismas.
3. Las universidades del país, especialmente las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, deben implementar dentro del pensum de estudios el análisis especial de los delitos relativos contra los menores de edad, para con ello tener un mayor conocimiento en este tema y lograr así una mejor protección de éstos, debido a que es la población más vulnerable de la sociedad guatemalteca.
4. Que el Estado de Guatemala, a través del Organismo Ejecutivo, promueva la creación e implementación de programas y centros, en los cuales se pueda atender a los menores de edad que han sido víctimas de los delitos que atentan contra su indemnidad, para ayudarles a superar el daño psicológico sufrido y lograr su adecuada integración a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1983.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César. **Introducción al estudio del derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1992.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1971.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Editores, 2005.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Madrid, España: Ed. Jurídico Ibañez, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Trota, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1970.

GARCÍA HERNÁNDEZ, María Teresa. **La víctima y el proceso penal.** Guatemala: Ed. Casa Alianza, 2003.

HASSEMER, Wilhem. **Fundamentos de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. DePalma, 1989.

HERNÁNDEZ, Silvia María. **La violencia sexual y el derecho en Guatemala.** Guatemala: Ed. Tierra Viva, 2003.

JESCHECK, Hans. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hermes, 1960.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La reparación del daño a la víctima del delito.** Guatemala: Ed. Fénix, 2005.

MARCO DEL PONT, Luis. **Criminología.** San José, Costa Rica: Ed. ILANUD, 1973.

MÓRGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica.** Guatemala: Ed. IIJS, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal.** Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Guatemala: Ed. Serviprensa, 1980.

PILOÑA ORTIZ, Gabriel Alfredo. **Guía sobre métodos y técnicas de investigación documental y de campo.** Guatemala: Ed. Litografía CIMGRA, 2006.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Nauta, 1959.

RIVEIRO, Mauricio. **Principio de legalidad penal.** Sao Paulo: Ed. Nacional, 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal.** Derecho Penal. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1979.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. DePalma, 1989.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica S.A., 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1986.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

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

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

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 2006.

Ley Para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal. Decreto Número 70-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.