

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



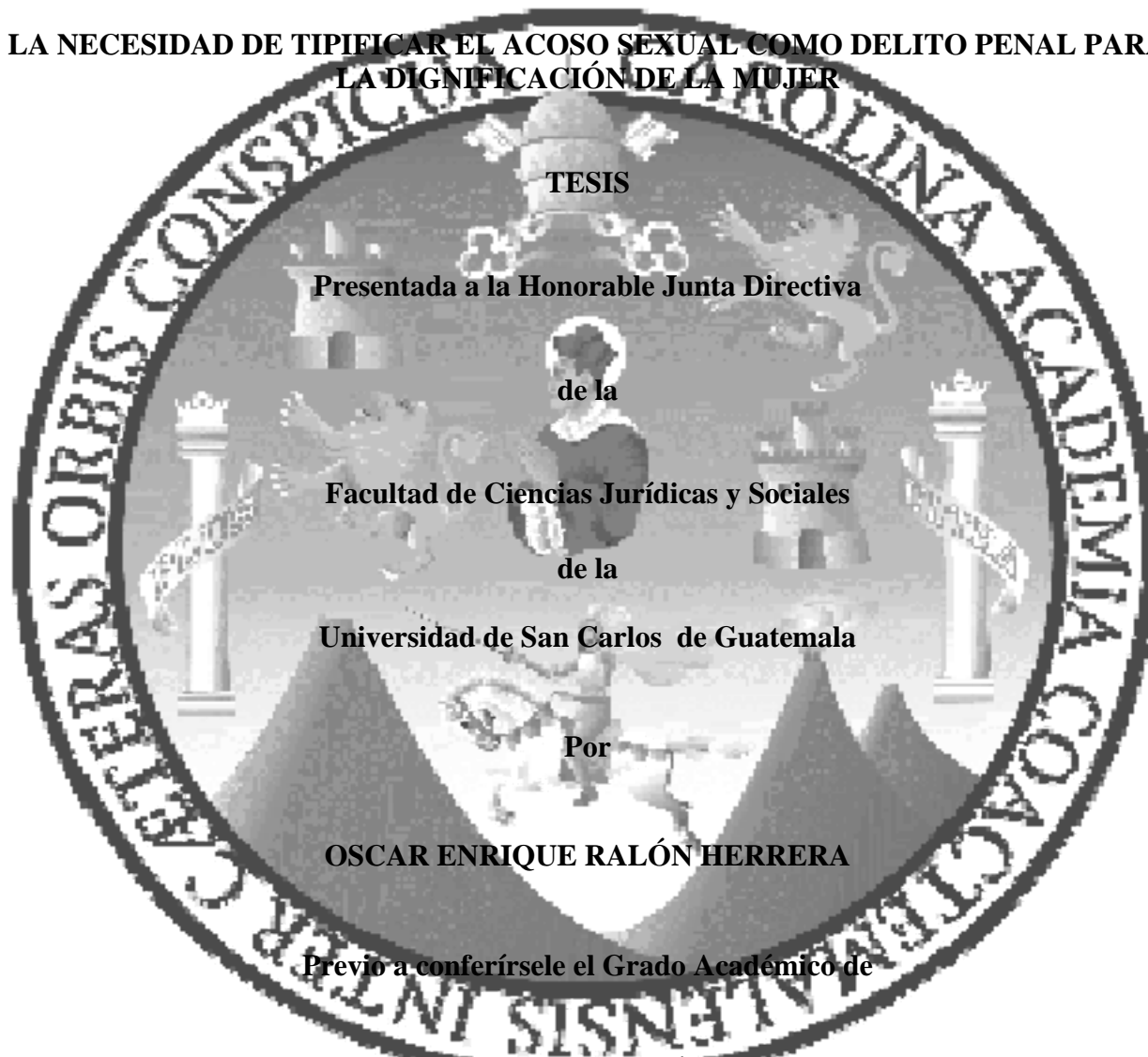
**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO
PENAL PARA LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER**

OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA

GUATEMALA, FEBRERO 2010

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

**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO PENAL PARA
LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2010

**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. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegria
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Enexton Emilio Gómez Meléndez
Vocal: Lic. Iliana Noemí Villatoro Fernández
Secretario: Lic. Liliana Iracema Araujo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal: Lic. Rosa Acevedo Nolasco de Zaldaña
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del normativo para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Oficina Jurídica
Licda. Cristina Elizabeth Echeverría Ramírez De Mendoza
Abogada y Notaria



Chimaltenango 7 de marzo de 2007

Licenciado:

MARCO TULIO CASTILLO LUTIÑ

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.

En atención a la designación recaída en mi persona, fui nombrada ASESORA del trabajo de investigación realizado por el Bachiller OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA, denominado "LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO PENAL PARA LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER", mismo que en su temática principal necesito ser enriquecido.

El ponente en su afán de dignificar a la mujer y como estudiante por la poca legislación existente, respecto del Acoso Sexual, quiso patentizar este sentimiento a través de este trabajo de investigación, y a su vez hace la propuesta del instrumento que considera será un paleativo a este problema. Este trabajo me parece interesante y ajustado a la realidad guatemalteca.

Estimo que el trabajo reúne los requisitos indispensables para ser aceptado y discutido en el examen publico del ponente, motivo por el cual emito dictamen favorable para los efectos consiguientes.

Con mis muestras de alta consideración y estima, me suscribo de usted atentamente,

Licda. Cristina Elizabeth Echeverría Ramírez de Mendoza

Abogada y Notaria

Colegiado 6,309

Cristina Elizabeth Echeverría Ramírez
de Mendoza
Abogada y Notaria

1ra. Calle 5-75 zona 2 Chimaltenango, Guatemala C.A.

Tel. 78394640 Cel. 59105344



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de mayo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA**, Intitulado: **"LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO PENAL PARA LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER"**

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.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIÑ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



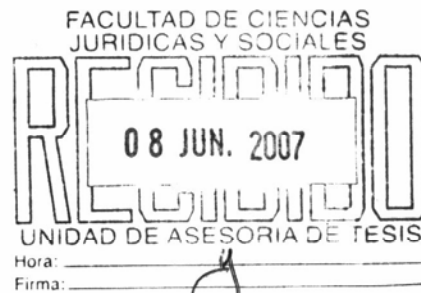
cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

**BUFETE JURIDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
COLEGIADO ACTIVO 3,863.
4ta. CALLE 4-108 "A" ZONA 3. CHIMALTENANGO.
TELEFONO: 7839-3906 CELULAR: 5215-4148.**



Ciudad de Chimaltenango, 06 de Junio del 2007.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala.



Licenciado Castillo Lutín:

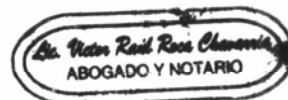
Atentamente me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución emanada por esa Unidad de Asesoría de Tesis, por medio de la cual se me nombro Revisor del Trabajo de Tesis del Bachiller OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA.

El trabajo de Tesis, se intitula: " LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO PENAL PARA LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER ", el cual se encuentra desarrollado conforme al Reglamento respectivo, según lo establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Considero que el trabajo en referencia es de suma importancia y ha llenado los requisitos reglamentarios para que pueda ser discutido en el examen público correspondiente. Y APRUEBO DICHO TRABAJO DE TESIS, por lo que resulta procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE del mismo.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano la atención que se sirva dispensar a la presente, me suscribo de usted.

Deferentemente;



Lic. Víctor Raúl Roca Chavarría
Abogado y Notario
Colegiado Activo No. 3,863



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, ocho de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OSCAR ENRIQUE RALÓN HERRERA, Titulado "LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL ACOSO SEXUAL COMO DELITO PENAL PARA LA DIGNIFICACIÓN DE LA MUJER" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/stlh



DEDICATORIA

A DIOS

Por ayudarme en mi vida, es a ti a quien le debo todo y porque nunca me dejo en los momentos difíciles, te doy las gracias Dios mío por haberme permitido lograr esta meta.

A mis padres

Fidel Enrique Ralón Corzo y Rosita Amelia Herrera Sánchez de Ralón, por el esmero, sacrificio, esfuerzo y el constante apoyo que me han dado en todos los momentos difíciles de mi vida

A mi abuelita

Olga Cristina Sánchez de Herrera, por sus sabios consejos.

A mis abuelitos

Antonio Ralón, José Luis Herrera, y Agripina Corzo de Ralón, Q.E.P. que mi triunfo sea el perfume de la victoria para ellos en el cielo.

A mis hermanas

Claudia Roxana Ralón Herrera de Ramirez y Susan Andrea Ralón Herrera de Maradiaga por su apoyo incondicional

A mis tios

Especialmente a Marco Antonio Ralón Corzo, Maria Herlinda Sánchez Herrera de Ralón y Lucinda Rubí Sánchez Herrera

A mis primos

Luis Antonio, José Raúl, Evelyn Silvana, Heidy Desire, Paola Rubí, Estefani Lili, Hayren, Nestor, Ivan, Paquin, Douglas, Jorge, gracias por todo su apoyo.

A mi familia en general

Que mi triunfo los llene de orgullo.

A la Universidad de San
Carlos de Guatemala

Alma mater a quien le debo su hospitalidad en
el abrigo de sus aulas.

A la facultad de Derecho

Tricentenaria y gloriosa facultad, te llevo siempre
conmigo

A la Licenciada asesora y
Licenciado Revisor

Por la ayuda brindada para la realización de la
presente tesis

A los consejeros de la
Unidad de Tesis

Por sus sabias correcciones en la culminación de la
presente tesis

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Definición de delito.....	1
1.1. Definición analítica de delito.....	1
1.2. Elementos analíticos del delito.....	2
1.2.1. La acción.....	3
1.2.2. La tipicidad.....	4
1.2.3. La antijuricidad.....	5
1.2.4. La culpabilidad.....	7
1.2.5. La punibilidad.....	8
CAPÍTULO II	
2. Autoría y participación.....	9
2.1. Consideraciones generales.....	9
2.2. Definición de autoría.....	10
2.3. Modalidades de autoría en el ordenamiento jurídico.....	17
2.4. Definición de participación.....	32
2.4.1. Fundamento.....	33
2.4.2. El principio de accesoriadad en la participación.....	34
2.5. Clases de participación.....	34
2.5.1. La inducción.....	35
2.5.2. La cooperación necesaria.....	36
2.5.3. La complicidad.....	37
CAPÍTULO III	
3. Los grados de realización del delito.....	43
3.1. El iter criminis.....	43
3.2. Actos internos.....	43
3.3. La preparación del delito.....	44
3.3.1. Definición y excepcionalidad de su punición.....	44
3.3.2. Conspiración.....	45
3.3.3. Proposición.....	45

3.3.4. Provocación, instigación e inducción.....	46
3.4. La ejecución del delito.....	47
3.4.1. Tentativa.....	47
3.4.1.1. Principio de ejecución del delito.....	48
3.4.1.2. Ejecución parcial o total de la conducta típica.....	49
3.4.1.3. La resolución delictiva.....	49
3.4.1.4. El desistimiento voluntario.....	50
3.4.2. Delito imposible o tentativa inidónea.....	51
3.4.3. La consumación.....	51
3.4.4. Delito putativo.....	52

CAPÍTULO IV

4. Consideraciones generales del derecho procesal guatemalteco.....	53
4.1. Definición.....	53
4.2. Principio del proceso penal guatemalteco.....	53
4.2.1. Principios constitucionales.....	54
4.2.2. Principios técnicos.....	58
4.3. Fases del proceso penal.....	62
4.4. Flujo del procedimiento.....	62
4.4.1. Inicio del proceso.....	63
4.4.2. Excepciones al ejercicio de la acción penal.....	63
4.4.3. Suspensión condicional de la persecución penal.....	64
4.4.4. Suspensión de la persecución penal.....	65
4.4.5. Extinción de la acción penal.....	65
4.4.6. Obstáculos de la persecución penal.....	65
4.4.7. Procedimiento común actos introductorios.....	66
4.4.8. Investigación preliminar.....	66
4.4.9. Procedimiento preparatorio (instrucción).....	66
4.4.10. Procedimiento intermedio.....	67
4.4.11. Juicio.....	68
4.4.12. Impugnaciones.....	69
4.4.13. Procedimientos especiales.....	69

CAPÍTULO V

5. El tipo de acoso sexual una forma de dignificación de la mujer guatemalteca.....	71
5.1. Definición.....	71
5.2. Formas de comisión del delito.....	72
5.3. Sujetos activos del tipo penal.....	75
5.4. Daños morales y psicológicos en la víctima.....	75
5.5. El sector laboral y el acoso sexual.....	77
5.6. Caso concreto de acoso sexual.....	80
5.7. La mujer trabajadora de maquilas.....	83

CAPÍTULO VI

6. Tipificación concreta del acoso sexual.....	85
6.1. Síntesis del caso.....	85
6.2. Propuesta de reforma al Código Penal, Decreto 17-73.....	86
6.3. Propuesta de reforma al Código Procesal Penal, Decreto 51-92.....	88
6.4. Propuesta de decreto para la tipificación del acoso sexual.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXO.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

En la vida diaria se encuentra el problema del acoso sexual, esta conducta es utilizada por determinadas personas en su mayoría del sexo masculino quienes la cometen por atracción física, o por trastornos psicológicos que durante un tiempo han guardado, dando lugar a desembocar sus actitudes ofendiendo en su dignidad al sexo opuesto, en virtud que dicha conducta no es exclusivamente de hombre a mujer ya que en menor índice se da de mujer a hombre, en consecuencia se hace importante y urgente investigar las causas conductuales de los agresores y las secuelas que deja en la víctima la actitud del opresor u opresora, para así encuadrar el hecho en un tipo penal, que permita sancionar ese acto que aunque tenga formas solapadas de actuaciones tiene consecuencias en ocasiones irreparables en el actuar de la víctima, por ello la investigación que se plantea busca sensibilizar a las personas y que se busque la dignificación de género.

La hipótesis del trabajo de investigación se formula de acuerdo a la manera de resolver la problemática del acoso sexual que actualmente carece de legislación y por ende de un instrumento legal para sancionar al sujeto activo

Por lo aseverado se ha planteado el objetivo de demostrar las causas que hacen del victimario una persona con trastornos psicológicos, así como también refleja las causas por las cuales la víctima no denuncia los actos anómalos que se dan en los ámbitos sociales, laborales, culturales, etc., así mismo se presenta una propuesta legal que busca otorgar la forma ideal de dignificar a la mujer, que es el sector más vulnerable en nuestra sociedad guatemalteca, creando de esa forma un tipo penal de acción pública dependiente de instancia particular, porque es la víctima la única que puede entender y vivir esa consecuencia jurídica.

Dentro de los objetivos de la presente investigación se formularon los siguientes objetivos de investigación, lo cuales fueron alcanzados:

- Analizar doctrinariamente y jurídicamente el acoso sexual como una forma de violentar la dignidad de las mujeres
- Identificar víctimas de acoso sexual en las maquilas del departamento de Chimaltenango y analizar las consecuencias causadas
- Identificar daños morales y psicológicos causados a las víctimas de acoso sexual.
- Formular decreto de tipificación del delito de acoso sexual

El primer capítulo define analíticamente al delito de conformidad con los tratadistas especializados en el ramo, sus elementos como la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, y la punibilidad, en el capítulo segundo se aborda el tema de la autoría y participación, definición de autoría, modalidades de autoría en el ordenamiento jurídico, definición de participación, su fundamento, el principio de accesoriadad en la participación, las clases de participación, la inducción, la cooperación necesaria, y la complicidad, en el capítulo tercero se desarrollan los grados de la realización del delito como el iter criminis, actos internos, la preparación del delito, la definición y excepcionalidad de su punición, conspiración, proposición, provocación, instigación e inducción, la ejecución del delito, tentativa, delito imposible o tentativa inidónea, la consumación, delito putativo, en el capítulo cuarto se desarrollan las consideraciones generales del derecho procesal guatemalteco, así como su definición, principio del proceso penal guatemalteco, principios constitucionales, principios técnicos, las fases del proceso penal, flujo del procedimiento desde su inicio hasta los procedimientos especiales, en el capítulo quinto se encuentra la definición del tipo de acoso sexual como una forma de dignificación de la mujer guatemalteca, formas de comisión del delito, sujetos activos del tipo penal, daños morales y psicológicos en la víctima, el sector laboral y el acoso sexual, caso concreto de acoso sexual, la mujer trabajadora de maquilas, y por último en el capítulo sexto se plantea la tipificación concreta del acoso sexual, síntesis del caso, propuesta de reforma al Código Penal

Decreto 17-73, propuesta de reforma al Código Procesal Penal Decreto 51-92, y propuesta de Decreto para la tipificación del acoso sexual

El Congreso de la República como órgano del Estado, encargo de decretar leyes, debe tomar en cuenta propuestas como la presente para que en el paquete de seguridad se incluyan reformas al Código Penal, que permita ser viable la sanción del acoso sexual que se comete principalmente en las empresas maquiladoras.

La tipificación del delito de acoso sexual, permitirá al sector femenino mantener su dignidad que como mujeres tienen, para merecer respeto ante la sociedad y así poder acceder a la justicia cuando dicha dignidad se vea amenazada, por lo tanto es urgente clasificar el tipo penal propuesto como acción pública dependiente de instancia particular que permitirá al Ministerio Público contar con el apoyo necesario de la víctima y buscar una sanción en contra del sujeto activo.

En consecuencia el presente trabajo conlleva sensibilizar a la sociedad para entender las consecuencias que produce en la víctima el acoso sexual, así mismo se presenta propuesta de reformas legales para la tipificación del delito en análisis, con base a las vivencias que se tuvieron en los centros de trabajo del Municipio de El Tejar departamento de Chimaltenango.

Por lo que agradezco a todas las personas que de una u otra forma coadyuvaron para la realización de la presente investigación.

CAPÍTULO I

1. Definición de delito.

1.1. Definición analítica de delito.

Para la elaboración de una definición de delito es necesario acudir a los elementos que integran el mismo, los cuales normalmente son aceptados en la doctrina y reconocidos por la ley, pues lo utiliza. De los elementos constitutivos del delito se ha ocupado la teoría jurídica del delito, una fina elaboración conceptual que ha ido depurando los elementos que integran un comportamiento delictivo, teoría que en la actualidad tiene una aceptación general.

Dado que la ley no contiene una definición expresa de lo que debe entenderse por delito, se deben tomar en cuenta los elementos puestos de manifiesto por esa teoría jurídica, la cual puede utilizarse por el analista con toda confianza pues es fruto de una larga elaboración científica que se renueva constantemente. *“El Derecho Penal puede estar orgulloso de haber proporcionado a la ciencia jurídica un grado tan eminente de avance teórico mediante la utilización racional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica; la profundidad que ha alcanzado la teoría del delito, la sistematización tan acabada que se procura para ella y el nivel de versación jurídica que es necesario para su dominio, la convierten en un verdadero paradigma de la construcciones racionales que es capaz de producir el derecho”¹*

En consecuencia, el intérprete debe aplicar el criterio lógico que proporciona la teoría jurídica del delito: ella enseña que para que exista el delito se debe dar una serie de elementos, lógicamente escalonados, que demuestran su existencia. De esa

¹ Novoa Monreal, Eduardo. **Causalismo y finalismo en derecho penal.** pág. 11.

manera, la teoría del delito puede compararse con una escalera, cuyos peldaños son los elementos del delito.

Tales elementos o peldaños son la acción u omisión, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, elementos que, investigados históricamente desde diferentes perspectivas, han dado lugar al denominado concepto analítico del delito. Se llama así porque procede por acumulación de componentes aislados que se encuentran en una relación lógica necesaria, de modo que cada uno de sus elementos presupone los anteriores, renunciándose a una noción conjunta de lo que el hecho delictivo representa.

1.2. Elementos analíticos del delito.

Con base en la teoría del delito se encuentra el comportamiento humano, por lo cual el intérprete debe comenzar preguntándose, ante todo, si lo que tiene bajo análisis es un comportamiento o conducta humana. El concepto de acción juega un papel básico en la teoría general del delito.

A partir de él, y mediante diversas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito. El elemento tipicidad se agregó con los aportes de E. Beling², quien indica que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que hace la ley penal, de la legislación positiva, la que presenta tipos, que son conceptos formales, figuras, que por abstracción hace el legislador.

En cuanto al elemento antijuricidad, parece ser una de las más antiguas herramientas de los penalistas, desde que Carrara hablara de la infracción de la ley del Estado, y que más tarde K. Binding³ definió como lo prohibido por la norma, hasta hablarse llanamente de la confrontación entre la conducta realizada y la prescrita por el orden jurídico.

² De León Velasco, de Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**. pág. 130.

³ **Ibid.** pág. 174

El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: Si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes; la culpabilidad, según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma.

Finalmente aparece la punibilidad, como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito.

1.2.1. La acción.

Los tipos penales se refieren a conductas en general, donde se abarcan tanto los comportamientos activos como omisivos. La conducta, o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre finalidad; la acción es, por eso, siempre ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna que ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo.

Siguiendo el esquema anterior, cuando en un comportamiento humano falta el componente de la voluntad no puede decirse que exista acción, por ejemplo, en los casos de fuerza material irresistible no realiza una acción penalmente relevante. Lo mismo ocurre con los casos de movimientos reflejos, que son ingobernables por la voluntad, y aquellos otros que se realizan en estado de inconsciencia no deliberada.

Al realizarse la acción se produce una mutación en el mundo circundante, un resultado. Entre la conducta y el cambio que se produce en el mundo fáctico como efecto de esa conducta, debe existir una conexión o relación, que se denomina relación de causalidad. Cuando el resultado no se produce, pese a la ejecución de los actos de delito y a la voluntad en ese sentido manifestada, aparece la figura de la tentativa. Acción y resultado son dos aspectos distintos del delito, que se enlazan precisamente por la realización de causalidad.

La acción en su forma pasiva es la omisión. La acción que interesa al Derecho Penal es aquella en que el sujeto no actúa a pesar de que tenía capacidad de actuar.

Acción y omisión cumplen en la teoría del delito la función de elementos básicos. Al respecto debe aclararse que ello no implica la necesidad de que pertenezca a la acción o a la omisión todos los elementos que luego van a ser considerados en el tipo de lo injusto.

1.2.2. La tipicidad.

Es la especial característica de hallarse el hecho descrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta, y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora.

En cuanto a la función seleccionadora del tipo, ésta se refiere a que hay una selección del legislador de entre todas las conductas humanas, por medio de la cual determina finalmente como delitos aquellos socialmente insoportables y vulneradoras de bienes jurídicamente tutelados por el orden jurídico. A su vez, la función de garantía, reflejo directo del principio de legalidad, expresa que sólo los comportamientos

descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados. La función motivadora del tipo se refiere a que, mediante la amenaza de la sanción establecida en él, los ciudadanos se ven conminados o motivados a actuar de acuerdo al orden establecido.

Los tipos penales tienen dos componentes básicos: El aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta, y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento.

Por lo que se refiere al aspecto objetivo, podemos distinguir entre tipos de acción o simple actividad, constituidos únicamente por un comportamiento, y tipos de resultado, en los que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta, el resultado, y la correspondiente relación de causalidad entre la acción y el resultado. Ése es el caso del resultado de muerte en el tipo del Artículo 123 del Código Penal.

En cuanto al aspecto subjetivo, se puede distinguir entre tipos dolosos e imprudentes (culposos). De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a realizar el comportamiento delictivo. En los segundos no existe tal voluntad y en su lugar se exige que el sujeto actúe de forma descuidada, sin tener en cuenta el peligro que se deriva de su comportamiento. En ocasiones en los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo, que se han denominado elementos subjetivos de tipo.

1.2.3. La antijuricidad.

En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo. Sin embargo, algunas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinado caso

considerarse finalmente lícitas; ello sucede cuando procede la aplicación de una causa justificadora, la cual convertirá en lícita una conducta que, sin tal causa, sería antijurídica. Así pues, las causas de justificación lo que hacen es permitir excepcionalmente la infracción de los mandatos o prohibiciones contenidos en los tipos, cuando concurren ciertas circunstancias que al legislador le parecen más importantes que la protección del bien jurídico protegido en el tipo.

Una de esas causas de justificación es la legítima defensa: su fundamento reside en la necesidad en que se puede encontrar un individuo de defender de inmediato sus bienes jurídicos, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta y que, por ello, no tiene porqué soportar. El legislador ha previsto para estos casos un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima.

El estado de necesidad es otra situación que legitima un comportamiento típico: De acuerdo a lo que establece el Artículo 24 numeral 2º. Del Código Penal, esta situación se da cuando se comete un hecho en principio delictivo *“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”*. Se trata de una situación de conflicto de intereses, en la que el peligro actual e inminente para legítimos intereses únicamente puede ser conjurado mediante la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.

Hay dos grupos de casos de estado de necesidad: en el primer grupo, el fundamento de la exención es la salvación de interés objetivamente más importante, estamos en el estado de necesidad justificante, hace lícita la conducta típica llevada a cabo para salvar tal interés. En el otro grupo el interés lesionado sería igual al que se salva: En este caso la conducta típica realizada continúa siendo antijurídica; todo lo demás, se le podrá disculpar de la pena al sujeto si ha actuado en una situación difícil,

en la que no le era exigible dejar sacrificar el interés amenazado; se habla entonces de un estado de necesidad exculpante.

Una tercera causa de justificación mencionada en el Artículo 24 del Código Penal es la denominada de *“legítimo ejercicio de un derecho”*: En este caso la ley alude al cumplimiento de un deber jurídico o al ejercicio de un derecho concretamente establecido, que posibilitarán convertir la conducta típica, desarrollada a través de su ejercicio, en una conducta lícita.

1.2.4. La culpabilidad.

Conforme a lo ya indicado, quien ha actuado antijurídicamente ha realizado un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que, además, pueda ampararse en una causa de justificación que haga su conducta finalmente lícita. La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud se hace un juicio de reproche a quien ha optado por comportarse antijurídicamente, siendo así que ha estado en condiciones de actuar lícitamente esto es, tal como le prescribe el derecho. El reproche se fundamenta en que ha tenido la posibilidad de escoger o, si se quiere formular de otro modo, de ser motivado por la norma a abstenerse del comportamiento delictivo.

Para que una persona sea culpable son necesarios los siguientes requisitos: a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley Penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas; b) Conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma; c) Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya

que hay ciertas situaciones excepcionales en que el sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas.

El Código Penal contempla, de acuerdo con los elementos de la culpabilidad señalados, ciertas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de estos elementos, causas que habrán de llamarse, por tanto, de inculpabilidad. Así, faltará la imputabilidad cuando se dan las existentes en el Artículo 23; asimismo faltará el conocimiento de la antijuricidad en el caso de error de prohibición contenido en el Artículo 25 inciso 3º; por último no se dará la exigibilidad de obediencia al derecho si incurre el Artículo 25 inciso 1º.

1.2.5. La punibilidad.

La punibilidad se configura como el último requisito que debe cumplirse para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con ella nos aseguramos de que no concurren razones de oportunidad o conveniencia favorables a no imponer la pena, aun cuando ya estemos ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

En efecto, en ocasiones existen argumentos político-criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevee el legislador. Ese es el caso, por ejemplo, de la exención de responsabilidad penal de que gozan determinados parientes, en virtud del Artículo 280 del Código Penal, respecto a ciertos delitos contra la propiedad cometidos respecto a otros parientes.

CAPÍTULO II

2. Autoría y participación.

2.1. Consideraciones generales.

Si bien en general el tipo es realizado de forma individual, no puede obviarse que el hombre en muchas ocasiones no actúa solo, sino con la ayuda de otros. Aunque los preceptos de la parte especial refieren las penas únicamente a quienes realizan los elementos del tipo, dentro de la Parte General del Código Penal se han incluido preceptos que permiten castigar a personas que, sin realizar la acción descrita por el tipo Penal, han colaborado con el autor.

En efecto, dado que los llamados partícipes se encuentran fuera del tipo, la responsabilidad de quienes determinaron al autor a realizar el hecho – inductores- o le ayudaron a que lo realizara –cooperadores, cómplices- únicamente es posible exigirla si sus respectivas intervenciones o aportaciones al ilícito Penal son contempladas de manera general en los supuestos de inducción y complicidad de los Artículos 36 y 37 del Código Penal.

Ahora bien, quienes contribuyeron dolosamente a la realización de un hecho por parte del autor se encuentran en una posición de accesoriedad con respecto a este último: la responsabilidad penal de los partícipes (inductores, cooperadores, cómplices) depende, por tanto, de la existencia de un hecho ilícito principal realizado por el autor.

Ciertamente en la doctrina esta distinción conceptual entre autoría y participación no siempre es aceptada, existiendo penalista que defiende el concepto unitario de autor, en virtud del cual todos los intervinientes tienen la calidad de autores.

Por otro lado, los fundamentos de la distinción entre autores y partícipes suele basarse en postulados teóricos muy diversos.

2.2. Definición de autoría.

El reconocimiento dogmático de las diferencias entre autoría y participación ha sido más bien el final de un proceso que parte de los pensadores del derecho romano y que, aún hoy, presenta grandes diferencias conceptuales entre la doctrina.

- Definición unitaria de autor:

Todas las personas que intervienen en la realización de un hecho delictivo, sin importar su contribución material y con independencia de la importancia de dicha colaboración en el marco de la totalidad del hecho, son autores. En consecuencia, no distingue entre autores, inductores, cómplices y encubridores.

Este método a primera vista puede parecer sencillo y práctico. Sin embargo, existen importantes reservas al mismo. La más importante es que desemboca en una pérdida de matización, porque excluye la posibilidad de marcos diferenciados de penalización, castigando de igual forma tanto a quien realiza el tipo, por ejemplo, quien dispara el arma y mata, como a quien meramente le ayuda, por ejemplo, el que le ha conseguido el arma.

- Las teorías diferenciadoras:

Las teorías diferenciadoras pretenden encontrar elementos que permitan distinguir entre los autores y los partícipes que intervienen en un hecho delictivo.

- La definición restrictiva de autor: la teoría objetivo-formal:

Esta teoría parte de la idea de que sólo es autor quien realiza la acción típica, mientras la simple contribución a la causación del resultado mediante actos distintos a los típicos no puede considerarse autoría sino participación. Para determinar quién realiza el tipo esta teoría parte de una posición eminentemente naturalista, que corresponde al movimiento del causalismo en derecho Penal. Para esta teoría es autor todo aquel que formalmente, es decir, por actos exteriores, realiza los elementos objetivos del tipo.⁴

Al establecer una definición de autor de carácter formal, la teoría objetiva lleva a resultados político criminalmente insatisfactorios, puesto que es incapaz de incluir los supuestos de autoría mediata. La definición formal, impediría considerar autor al padre que ordena a su hijo menor introducirse en la casa del vecino para hurtarle dinero. En estos casos, la teoría formal dejaría impune el hecho: El padre quedaría impune porque no ha realizado el tipo, mientras que el hijo menor quedaría impune por inimputable.

Jescheck apunta además que donde se manifiesta con mayor intensidad la insuficiencia de la teoría objetivo formal es en los delitos de resultado puro, porque aquí la descripción del injusto de la acción que sirva para distinguir entre autoría y participación. Con ello cualquier contribución al hecho podría ser considerada como autoría, expandiendo en forma desmedida el círculo que el tipo pretende abarcar.

Las limitaciones de la definición restrictiva de autor provienen principalmente del concepto de tipicidad del causalismo valorativo, que se basa esencialmente en el tipo objetivo, y relega el análisis del dolo y la culpa a la categoría de la culpabilidad. Esto, sin duda, provoca un análisis eminentemente objetivo y formal de la tipicidad, que imposibilita darle un significado social al hecho ilícito realizado. Esto sin embargo, no debe llevar a descartar la búsqueda de un concepto restrictivo de autor; pues, como señala Jescheck, *“procede aceptar el concepto restrictivo de autor como punto de*

⁴ Jescheck, H. H. **Tratado de derecho penal**. pág. 590.

partida”, por más que debe encontrarse un elemento de fundamentación de la tipicidad que se compadezca mejor con las modernas concepciones del tipo.

- La definición extensiva de autor:

*“Autor es todo aquel que coopera a la comisión de un delito poniendo una condición para su comisión, pero siempre que no esté comprendido en alguna de las categorías de participación expresamente reguladas en el Código Penal.”*⁵ Se trata de una definición residual de autoría, por el que se considera autor a cualquier persona que coopere causalmente a la comisión del delito siempre que no sea inductor, cooperador necesario o cómplice.

- Definición subjetiva de autor:

A la definición restrictiva de autor se le opone la definición subjetiva, que ya no atiende a la realización formal del tipo (realización de los actos exteriores), sino que busca el concepto de autor a partir de elementos subjetivos, de manera que se considera como autor a quien tiene interés en la realización del tipo.

Para esa teoría todas las aportaciones causales son iguales en cuanto a la realización del hecho típico, en virtud de que aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones. Dado que en el plano objetivo no pueden establecerse diferencias entre las contribuciones de los distintos intervinientes en el delito, pues tanto el autor como el partícipe han realizado aportaciones sin las cuales el hecho típico no se habría realizado, la diferencia entre las distintas aportaciones se debe encontrar en el plano subjetivo. A partir de ahí considera como autor a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, siempre y cuando dicha persona tenga un ánimo de autor

⁵ Cerezo Mir. **Derecho penal parte general**. pág. 135.

(animus auctoris). En cambio será partícipe aquel codelincuente que actúe con animus socii, es decir, el que quiere el hecho como hecho ajeno.

Así pues, para esta teoría será autor quien con voluntad de autor realiza la aportación causal del hecho (animus auctoris) cualquiera que sea el contenido de su acción. Será por el contrario partícipe, quien actúa con voluntad de partícipe (animus socii), igualmente con independencia de su contribución causal al hecho realizado.

Para esta teoría la diferenciación entre autor y partícipe deja de ser, en buena parte, una cuestión de tipo, para convertirse en otra de individualización de la pena. Pero, al apelar a la actitud interna del sujeto y enfatizar el ánimo con el que se realiza la acción, se están violentando algunos de los principios del derecho Penal liberal. En primer lugar, el principio de legalidad, ya que no respeta el elemento objetivo de los tipos penales, convirtiéndose en un derecho penal de ánimo. Pero, sobre todo, el principio de responsabilidad por el hecho, pues resultaría autor, no quien realiza el tipo, sino la persona que se beneficia o tiene interés en su realización.

- El dominio del hecho: la teoría objetivo-material.

Los problemas dogmáticos y político criminales de las teorías precedentes llevaron a la doctrina a buscar una solución al problema que no se basará la distinción en elementos puramente objetivos, ni en subjetivos. De esta manera se construye la teoría del dominio del hecho que es, esencialmente, iniciada por Welzel, para posteriormente ser desarrollada en su forma actual por Roxin. Esta teoría podría decirse que es, hoy, la doctrina destacada.

En los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el si y el cómo de su realización. A partir de este criterio, la teoría objetivo material considera que en los delitos dolosos existen

básicamente cuatro supuestos de realización de la acción típica, tomando como base la persona que posea el control sobre el suceso típico: El dominio directo: en este caso el dominio del hecho está en poder de una sola persona, quien lo realiza directamente; se refiere a la realización directa del tipo doloso, es decir, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo.⁶ El dominio funcional del hecho: en este caso diversos sujetos se dividen la realización de la acción típica, a partir de una planificación previa; este es el caso de los supuestos de coautoría, en donde cada uno de los sujetos realiza una porción de la acción típica. El dominio de la voluntad ajena: en los casos de autoría mediata una persona tiene el dominio del hecho, de un determinado curso causal, en la medida en que puede utilizar a un tercero, quien tiene el carácter de instrumento, a partir del dominio de su voluntad; autor mediato es el que realiza el tipo, aunque no lo ejecuta directamente, sino que se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. El dominio de un aparato de poder organizado: en estos casos se entiende que el jefe de una organización posee el dominio del hecho, en la medida en que sabe que sus órdenes van a ser cumplidas aun cuando desconozca con precisión quien será el autor material concreto; el autor material es fungible, es decir intercambiable, y si uno se niega realizar la acción típica se cuenta con otro que estará dispuesto a ejecutar el acto.

En el marco de esta teoría, se propone una definición mixta de autor, *“es preciso que las conductas prohibidas u ordenadas estén descritas en la ley, y autor es el que realiza la conducta típica”*.⁷ De esta forma, la autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino sólo en una realización de una acción típica. Sin embargo, ésta no se entiende únicamente como mero acaecer del mundo exterior, ni siquiera como una actuación exterior con determinada actitud personal, sino como una unidad de sentido objetivo – subjetiva.

⁶ Gómez, Benítez. **Derecho penal**. pág. 127.

⁷ Cerezo, Mir. **Ob. Cit.** pág. 136.

Esto impide entender la acción típica en un sentido estrictamente formal. Así, la interpretación de los tipos revela que la descripción de la acción, cuando el resultado se produce por la actuación conjunta de varios, a de entenderse de un modo material que admita su realización compartida. Por otra parte, el tipo, en ciertas condiciones, puede ser realizado también por instrumentos que realizan formalmente una acción típica que otros, los verdaderos autores controlan. Por ello, es preciso complementar el concepto restringido de autor con un concepto material de autor, que sea coherente con la concepción personal de lo injusto en que se basa el Código Penal. *“Así será autor el que realiza la conducta típica o alguno de sus elementos y en los delitos dolosos será también autor el que tenga el dominio finalista del hecho, aunque no hay realizada la conducta típica”*.⁸

Ahora bien, este concepto mixto sólo es válido para los delitos dolosos, en los que es posible hablar de dominio del hecho. En los delitos imprudentes no cabe hablar de dominio del hecho, pues en ellos se produce un resultado delictivo no querido por el sujeto como consecuencia de la observancia del cuidado objetivamente debida al realizar una determinada conducta en la vida social. En los delitos imprudentes rige el concepto restringido u objetivo formal de autor: Será autor el que realiza la conducta típica, es decir, todo aquel que contribuye a la producción del resultado delictivo con una acción que no responde al cuidado objetivamente debido, siempre que concurren los restantes elementos del tipo.

- La definición de autor en la legislación:

Para establecer una definición de autor en la legislación debe partirse, de la relación existente con el principio de legalidad. Dado que el Artículo 17 de la Constitución de la Republica de Guatemala claramente señala que sólo son punibles las acciones u omisiones previamente descritas por la ley, sólo podrá considerarse

⁸ **ibid.** pág. 137.

autor a la persona que realiza la conducta típica, en tanto que serán considerados partícipes todos aquellos que no realizan el tipo, sino únicamente contribuyen a la realización del hecho antijurídico de otro.

En virtud de lo anterior, el Código Penal ha establecido diferencias de pena entre los autores y los cómplices. En efecto, los Artículos 62 y 63 del Código Penal distinguen el marco penal de unos y otros, rebajando en una tercera parte el marco penal para estos últimos. Estos preceptos son una concreción del principio de desvalor subjetivo de la acción, que establece que el legislador no puede castigar con la misma pena conductas que son materialmente distintas, pues ello supondría violar implícitamente las normas constitucionales que regulan la igualdad y proporcionalidad.

Ahora bien, el Artículo 36 del Código Penal recoge entre los autores ciertas formas de participación, de forma que extiende la pena de los autores a personas que no realizan el tipo pero que han contribuido a la realización de la acción típica del autor. No obstante, esto no significa acoger una postura unitaria. En estos casos el legislador ha considerado que, por la importancia de su aportación a la realización del hecho ilícito (desvalor de acción), ciertos partícipes (los inductores y los cooperadores necesarios) deben ser castigados con la pena del autor y por eso, los equipara a efectos de pena a éste, aun cuando antológicamente tienen el carácter de partícipes y legalmente su hecho está en relación de accesoriedad con el hecho de autor.

En consecuencia, en la legislación guatemalteca no se admite el concepto unitario de autor, ni desde el punto de vista de los principios constitucionales, ni desde el desarrollo del Código Penal. Por el contrario, nuestra legislación establece un concepto restrictivo de autor, basado en el hecho de que la autoría se refiere única y exclusivamente a quienes realizan los elementos descritos en los tipos penales. Por ello, la inducción y la complicidad presuponen siempre, como forma de participación, la autoría de otro. Esta dependencia de la participación con respecto al tipo principal se

denomina accesoriedad de la participación, y es una exigencia inherente al concepto restrictivo.

El concepto de autor nace del Artículo 35, el cual remite, para concretar el concepto de autor, a cada uno de los tipos de la parte especial. Este concepto debe ser complementado con criterios objetivo materiales que aluden, para el caso de realización conjunta del hecho típico, al concepto del dominio funcional del hecho, que el legislador ha dejado incorporado en el Artículo 36 numeral 1º., y que posibilita los supuestos de coautoría. Asimismo el criterio del dominio del hecho a través de la voluntad ajena y de un aparato de poder organizado se expresa en la primera parte del Artículo 36 numeral 2º., donde se incluyen los casos de autoría mediata.

En cuanto a los sujetos que intervienen en el hecho sin tener el dominio del hecho, son partícipes. El Código ha distinguido entre los inductores y los cooperadores necesarios, contenidos en el Artículo 36 y a los que se le aplica la pena de los autores, y los cómplices, contenidos en el Artículo 37.

2.3. Modalidades de autoría en el ordenamiento jurídico.

- La autoría directa única:

El Artículo 36, inciso 1º., establece que son autores los que tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. En este inciso se encuentran, a mi juicio, incorporados dos supuestos de autoría, la individual o también denominada autoría directa única y la coautoría. En este apartado corresponde analizar únicamente la autoría individual.

La autoría directa única consiste en que un solo sujeto por sí mismo realiza todos los elementos descritos en el tipo y sin intermediarios. El concepto de autoría directa única contenido en el Artículo 36 numeral 1º. , es por tanto, un concepto restrictivo de autor, entendido desde una concepción objetivo formal. Podríamos decir de este modo que *“quien realiza actos ejecutivos es precisamente quien realiza actos típicos”*.⁹ Para tal efecto, en los casos de autoría directa – a diferencia de los supuestos de autoría mediata y coautoría directa – a diferencia de los supuestos de autoría mediata y coautoría – basta con ejecutar los elementos constitutivos de uno de los tipos penales de la parte especial, en solitario y sin aprovechamiento de ninguna otra persona, para tener la condición de autor.

En este sentido, el control del suceso típico, en su parte objetiva y subjetiva, corresponde a un único sujeto.

- La coautoría:

En el Artículo 36 numeral 1º., del Código Penal se contemplan también los casos de coautoría, es decir, los supuestos en donde varios individuos intervienen en la ejecución de un delito. Se entiende que todos tienen el dominio del hecho en la medida en que se han dividido las partes que integran la realización delictiva.

Junto a esta norma se deben agregar otras tres normas que, de manera general, regulan la responsabilidad penal en caso de realización colectiva de un hecho delictivo: el Artículo 36 numeral 4º., que contempla la doctrina del acuerdo previo, el Artículo 39, que contempla el delito de muchedumbre, y el Artículo 40, que regula la responsabilidad por delitos distintos a los conceptuados.

⁹ Diez Ripollés. **Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal**. pág. 229.

Con el objeto de aclarar los conceptos, primero expondremos la interpretación de la coautoría a la luz del Artículo 36 numeral 1º., del Código Penal, para luego analizar los otros supuestos de ejecución colectiva previstos en nuestra ley.

- La coautoría del Artículo 36 numeral 1º., del Código Penal:

Debido a la existencia de numerosos delitos realizados por grupos organizados – asaltabancos, bandas de secuestradores, etc.- definir la coautoría es muy importante en Guatemala.

Sin embargo, no hay que confundir el concepto de coautoría con el concepto de codelincuencia. La codelincuencia se da cuando a la comisión de un delito concurren varios delincuentes, pero es posible que sólo uno de ellos sea autor y los demás sean meros partícipes. Se está ante la coautoría, en cambio, cuando, varias personas, entre las que existe un acuerdo de voluntades, realizan cada una de ellas algún elemento del tipo.

La realización del tipo, por supuesto, no ha de ser entendida de una manera puramente objetivo formal. Con todo, esta concepción restrictiva de autoría debe ser el punto de partida inicial para la determinación de la calidad de coautor, aunque luego sea necesario complementarla con otros criterios materiales.

Así, en principio, debemos hacer uso de la teoría objetivo formal y entender que la realización de cualquiera de los elementos típicos por parte del interviniente es suficiente para considerarlo como coautor, siempre que haya acordado previamente con los otros autores una división funcional de la ejecución del delito.

Cerezo apunta que además es posible que se dé un caso de coautoría si uno de los coautores no realiza ningún elemento del tipo pero tiene el dominio funcional del

hecho. El concepto de coautoría de la teoría objetivo formal es complemento aquí por criterios materiales. Pero para ello se han analizar cuidadosamente los casos en donde puede apreciarse tal circunstancia, para no violar el principio de legalidad. Y es que estos conceptos, como señala Diez Repolles, carecen de legitimación para sustituir a los tipos legales, por lo que aquellos tendrán como misión singular la identificación de los comportamientos que realizan el injusto específico propio del tipo.

Así, no se considerarán formas de coautoría los actos meramente preparatorios: Por muy importante que sea el acto preparatorio, llegará un momento en el cual el que lo realiza tendrá que dejar en las manos de otro la decisión última de si el delito se comete o no. Desde esa perspectiva el dominio del hecho escapa de su control para entrar en la esfera de otro u otros sujetos que son los que realmente deciden sobre la realización del hecho y que tiene bajo su control la ejecución del mismo. Quienes intervienen en la fase anterior al delito sólo pueden alcanzar cuando su contribución haya sido de singular importancia, el carácter de cooperadores necesarios. Este sería el caso de los vigilantes o personas que en las bandas de secuestradores se dedican a investigar a las posibles víctimas elaborando informes sobre recorridos, cuentas bancarias, etc.; una vez que han dado la información, por valiosa que ésta sea, la ejecución material de los actos propios de la realización del delito corresponde a otros, los cuales son los que en concreto tiene en sus manos el control de la ejecución del delito.

Tampoco se consideran como supuestos de coautoría los casos en donde los diferentes intervinientes, de forma independiente y sin un plan preconcebido, realizan parcialmente acciones típicas. La coautoría requiere la ejecución de los actos propios del delito en forma colectiva, de forma que aunque cada interviniente realiza de forma incompleta o parcial el tipo el control del suceso se logra como consecuencia de la intervención conjunta de varios sujetos que se han dividido previamente la ejecución de los diferentes elementos típicos.

Tampoco pueden ser considerados coautores los sujetos que llevan a cabo los actos de auxilio, dado que su acción no ejecuta elementos del tipo. Sin embargo, considero que esto admite una excepción cuando la función asignada al sujeto es de carácter esencial para la ejecución del delito. De esa suerte, quedan incluidos en el concepto de coautor los sujetos que posean el dominio funcional del hecho. De ahí que sea coautor tanto quien realiza algún elemento del tipo como quien no lo realiza pero tiene el dominio funcional del hecho.

El dominio funcional del hecho existe cuando se realiza una acción que no se encuentra formalmente descrita en el tipo, pero por su significación sociovalorativa se entiende que es esencial para la realización del delito. Ahora bien, considero que en virtud del principio de legalidad este supuesto sólo cabe admitirse en quienes coordinan o dirigen la ejecución de los elementos del tipo por parte de los demás intervinientes. En todos los casos en donde la contribución al plan delictivo aparezca como inesencial el sujeto debe ser considerado como mero cómplice y lo mismo debe suceder cuando, siendo la contribución esencial, no conlleve la coordinación o dirección de los elementos típicos.

Finalmente, es necesario afrontar el problema de si cabe aceptar la coautoría con respecto a los delitos culposos. Una parte de la doctrina descarta esta posibilidad alegando que un requisito de la coautoría es el acuerdo de voluntades entre los distintos sujetos. En el delito culposo el resultado no es querido por el autor, por lo que no puede hablarse de un acuerdo de voluntades dirigido a la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria en España considera correcto afirmar la coautoría en los delitos culposos, pues si bien los sujetos no quieren causar el resultado delictivo y es cierto que no cabe un acuerdo de voluntades dirigido a la producción del resultado, sí es posible que varias personas se pongan de acuerdo para realizar una acción imprudente aunque ninguna de ellas quiera que se produzca el

resultado. Así, lo ha entendido también el Tribunal Supremo español. De ahí que proceda admitir la coautoría culposa.

- Otros supuestos de coautoría en la legislación guatemalteca:

Al estudiar los otros conceptos de coautoría que se encuentran contemplados en la legislación guatemalteca, tales como el acuerdo previo, el delito de muchedumbre y la responsabilidad por delitos distintos a los conceptuados, aclarando desde un principio que estas normas, si no son interpretadas a la luz de principios constitucionales, encarnan la amenaza de constituirse en formas de responsabilidad colectiva, en la medida en que la atribución de responsabilidad individual no exige una acción personal que conlleve la realización de elementos típicos. Una interpretación de tal naturaleza estaría violando claramente el principio de personalidad de las penas, que impide castigar a una persona por hechos ajenos, así como el principio de responsabilidad por el hecho personal, que exige la realización de una conducta individual.

- La doctrina del acuerdo previo:

El Código Penal introdujo en su texto una doctrina jurisprudencial formulada por el Tribunal Supremo Español, denominada la doctrina del acuerdo previo. *“Según el Tribunal Español se consideraba autor a quien tomaba parte en la resolución conjunta de ejecutar el hecho e intervenía luego en la realización del plan concertado, fuera cual fuera la forma concreta en que se materializara dicha intervención, aun cuando se tratara de meros actos de auxilio”*.¹⁰ El Artículo 36 numeral 4º., del Código Penal define de la siguiente forma “ quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito están presentes en el momento de su consumación”.

¹⁰ Muñoz Conde. **Derecho penal. Parte general.** pág. 481

Esta teoría fue fuertemente criticada por la doctrina española, en la medida en que lo se castiga fundamentalmente es el ánimo concreto del interviniente en el delito, basado, en consecuencia, la distinción entre autor y partícipe en un criterio subjetivo no previsto en la ley. Con base en estas críticas el Tribunal Supremo Español ha abandonado definitivamente esta doctrina.

En efecto, que no se debe aplicar el Artículo 36 numeral 4º., pues en virtud del principio de responsabilidad por el hecho y del principio de legalidad, es preciso establecer con certeza el acto concreto que la persona realizó en el momento de la ejecución del delito, y a partir de allí determinar si éste es típico o no. Sólo en la medida en que el autor realice actos que se encuadren en el tipo podrá afirmarse que ha actuado como autor, y para ello sus actos deben poseer los aspectos de acceso y de control propios del nivel de ejecución del tipo. En último término, el acuerdo previo no es más que un acto preparatorio que, sin una acción en la fase de ejecución del tipo, no puede considerarse como realización de éste. Por ello, si no quiere retornarse a un derecho penal del ánimo o a formas de responsabilidad colectiva, se debe rechazar la aplicación de la teoría del acuerdo previo. Parafraseando a Díez Repolles se puede decir que la doctrina del acuerdo previo termina por olvidarse de que todo autor tiene que realizar el hecho, exigencia que surge directamente del principio de legalidad.

- o El delito de muchedumbre:

El Artículo 39 del Código Penal establece una forma especial de coautoría con el delito de muchedumbre, que contiene dos supuestos.

En el inciso primero se indica que *“si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución, así como los que, sin haber tenido participación, asumieren el cargo de directores”*.

Este Artículo es compatible con el concepto de coautoría manejado en el Artículo 36 numeral 1º., como se ha visto, es perfectamente admisible que se consideren como coautores tanto a quienes hayan participado en su ejecución como a los directores del hecho, en la medida en que éstos tengan el control de la realización del tipo, aun cuando no realicen formalmente el tipo penal, y siempre que esta dirección se manifieste en el momento de la ejecución el delito.

Este primer Artículo, por tanto, excluye la atribución de la calidad de autor por el simple hecho de encontrarse en el lugar en el momento de la consumación del delito o, incluso, por la simple pertenencia al grupo, aún cuando se hubiera concertado previamente con los demás intervinientes del hecho. Es preciso que el sujeto realice una acción material de ejecución del tipo, o que se tenga la calidad de director, ya que, como se ha indicado, el director hace posible coordinar la ejecución del hecho típico y en este sentido posee un control de la realización del suceso típico.

El segundo supuesto del Artículo 39 del Código Penal, establece que *“si la reunión no tuvo por objeto cometer delito y éste se cometiere después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieran participado materialmente en su ejecución y como autores los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos”*.

La ley establece en el Artículo 39 numeral 2º., en primer lugar, una atenuación de la responsabilidad de los autores materiales, siempre que no hayan sido los instigadores del hecho, por cuanto la pena les es rebajada en una tercera parte. Es importante tener presente que el interviniente debe ser debidamente individualizada, pues de lo contrario se estaría sencillamente integrando una presunción de responsabilidad colectiva.

La realización de actos de ejecución material no es exigida, sin embargo, a los instigadores. A éstos se les aplica la pena de autores, lo cual es, en cierta medida, coherente con el grado de control que han tenido en el desarrollo de la realización del tipo, lo que vendría a ser una inversión de la idea tradicional de que es mayor el desvalor de quien realiza el acto material que el de que instiga su ejecución. Pero si se toma como punto de partida un concepto como el de control de la realización del tipo, se nota que el instigador posee en grado mayor el dominio del suceso, lo que justifica plenamente se desvalore más gravemente su acción.

Por lo tanto, se puede admitir la validez dogmática de los delitos de muchedumbre, siempre que no lleven a formas de responsabilidad objetiva o a supuestos de responsabilidad colectiva, en donde se penaliza la simple presencia en el momento de la consumación del hecho delictivo o la mera pertenencia a un grupo. El fundamento legal de la atribución de responsabilidad a título de autor está en la intervención conjunta de varios sujetos en el control del suceso típico, pero ello exige actos materiales de ejecución, aun cuando sea de manera incompleta o parcial, del injusto específico. En la medida en que no se haya materializado acto de ejecución alguno no se podrá atribuir autoría a los sujetos simplemente intervinientes, salvo, como señala la parte final del Artículo 39, cuando la reunión en sí misma esté prevista en la ley como delito.

- La responsabilidad por delitos distintos a los conceptuados:

El Artículo 40, dispone que *“si el delito cometido fuera más grave que el concertado o de igual gravedad, pero de distinta naturaleza o complicado por otros delitos, los partícipes extraños al hecho responderán por el delito concertado y cometido, y sólo por el cometido, sin concierto, en cuanto hubiera podido ser previsto, de acuerdo con los principios generales”*.

Al interpretar esta norma se debe partir, al igual que en el supuesto anterior, del hecho que los sujetos intervinientes actúan en forma conjunta realizando partes predeterminadas de la ejecución de un delito, de manera que sólo se le podrá adscribir la calidad de autores a quienes individualmente hayan materializado actos parciales de ejecución del tipo.

En cuanto al delito imputable sin concierto, el criterio para poderlo imputar es que sea una realización objetivamente previsible del riesgo creado por la acción inicial realizada por el interviniente. No cabe aquí imputar resultados que no sean previsibles, o que no sean consecuencia directa de la acción del sujeto: esto daría pábulo a apreciar formas de responsabilidad ajena o por el hecho de otro, lo cual es incompatible con la concepción de injusto personal exigida por nuestra Constitución. Es cierto que para que un resultado sea imputable a un sujeto deber ser objetivamente previsible, pero, antes que ello, deber ser una concreción del peligro creado por la acción personal, y no por la de una tercera persona.

En conclusión, este Artículo es admisible en tanto en cuanto sea interpretado a la luz del principio de responsabilidad por el hecho, y se exija, junto con la previsibilidad objetiva del resultado, una acción material dirigida a la realización del delito realizado sin concierto. Un ejemplo puede ser el asalto a un banco: Los delincuentes han decidido utilizar dinamitar para volar

la cerradura de la caja fuerte. Ellos saben que tal hecho puede causar la muerte de varias personas que laboran en el banco. En este punto se le puede atribuir las muertes provocadas por la explosión de dinamita.

- La autoría mediata del Artículo 36 numeral 2º.

El Artículo 36 numeral 2º., del Código Penal, señala que son autores: *“quienes fuercen... directamente a otro”* a ejecutar el delito: Este constituye un auténtico supuesto de autoría, y no de inducción, en donde se reconoce de forma expresa la autoría mediata en nuestra legislación.

Como se ha indicado, en la autoría mediata el autor realiza la acción típica a través de un intermediario, al cual ha convertido en instrumento personal. El sujeto que domina la voluntad de otro, del instrumento, se denomina en la doctrina el hombre de atrás. Es debido al dominio del instrumento que el *“hombre de atrás”* pasa a controlar la realización del suceso típico, de tal manera que si el hombre de atrás no priva de control sobre el suceso típico al instrumento, éste no es tal.

La autoría mediata debe entonces distinguirse de la inducción, que es una forma de participación. El inductor pretende crear una resolución delictiva en otro, quien realiza el tipo o posee el control del suceso típico. Por el contrario, el instrumento del autor mediato carece del control del suceso y su realización del tipo, total o parcial, constituye una mera instrumentalización de su actuación por el hombre de atrás.

Siguiendo a Diez Ripollés, consideró que no puede hablarse de instrumento, en el marco de la autoría mediata, cuando la conducta de la persona pretendidamente instrumentalizada cumple con las correspondientes exigencias de tipicidad y antijuricidad del delito en cuestión, aunque su injusto no sea culpable o punible, pues el problema de autoría es un problema de injusto. Si la conducta del pretendido

instrumento ya puede clasificarse de típica y antijurídica, éste ha tenido necesariamente el control del suceso, que es un elemento del injusto, y por tanto reúne todos los requisitos de la autoría, por lo que ya no puede calificarse la conducta del hombre de atrás como autoría mediata. Su comportamiento entrará en el ámbito de la participación, ya sea como inductor, cooperador necesario o cómplice o, si concurren sus específicas exigencias, en el de la autoría conjunta con la persona originalmente calificada como instrumento.

Esto dejaría los supuestos de autoría mediata en los siguientes casos:

- Casos de fuerza o, en general, de ausencia de posibilidad objetiva de control de la propia acción.

Debido a que en la autoría mediata no debe existir una acción típica y antijurídica del instrumento, queda claro que los supuestos de vis compulsiva, es decir, de coacción psicológica, no quedan incluidos en el concepto de autoría mediata.

Pero sí cabe incorporar los supuestos en donde existe falta de acción en el instrumento sin que se de vis absoluta: En estos casos no se elimina sólo la libre determinación de la voluntad, sino la voluntad misma, que es un elemento esencial del concepto de la acción. Aquí quedarían contemplados los casos de falta de acción por fuerza material irresistible, como el empujar el instrumento para golpear un vidrio, en donde no existe un movimiento corporal voluntario por parte de éste, y los casos de narcosis o hipnosis, en donde se ha entendido tradicionalmente que no existe acción y el control de la misma pasa a estar realmente en poder del hipnotizador. Lo mismo cabe apreciar en los restantes casos de ausencia de dominio de la propia acción, como la provocación intencional de un acto reflejo en otro.

En todos estos casos la persona instrumento de la que se sirve el autor mediato ni siquiera tiene el control de la acción, en tanto el autor mediato posee todo el control del suceso típico a través del instrumento.

- o Casos en los que el autor se sirve de instrumento no doloso.

El instrumento actúa sin dolo, pues desconoce uno de los elementos del tipo y esto obedece a un error inducido por el hombre de atrás, el cual sí conoce y domina la ejecución del suceso típico.

Como es sabido, el error de tipo excluye la realización de la acción típica, cuando es de carácter invencible, o la convierte en un tipo culposo cuando el error es de naturaleza vencible. Por consiguiente, quien crea en otro un error sobre el tipo y utiliza ese estado de error ajeno para una realización típica por medio de la persona errada, es autor mediato del delito doloso, ya que la persona que ejecuta directamente el delito pasa a convertirse en su instrumento, teniendo el control del suceso típico el hombre de atrás.

Así, el autor mediato introduce subrepticamente en el maletín de otra persona una bolsa conteniendo drogas sin que ésta lo sepa. La persona es descubierta al pasar por la aduana. En este caso falta el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo en el sujeto que ejecuta la acción, quien ha pasado a convertirse en un instrumento de otra persona que tiene el control del suceso típico, el hombre de atrás.

En los casos de error de tipo de naturaleza vencible el ejecutar directo podía prever tal acontecer y por lo tanto le es atribuible una infracción del deber cuidado y, en consecuencia, un delito imprudente. No obstante, la conducta del hombre de atrás sigue siendo de autoría mediata de un delito

doloso diverso, en la medida en que posee el control de la ejecución del suceso. Es el caso del médico que se vale de la enfermera para que ésta inyecte una sustancia letal a un enfermo, indicándole que se trata de un medicamento apropiado para el tratamiento de la enfermedad: La enfermera, que no desea la muerte del paciente, está actuando sin dolo, pero tiene el deber de analizar la orden conforme a la *lex artis*. Si de acuerdo a ella estaba en la obligación de actuación será imprudente y, por lo tanto, deberá responder por homicidio culposo. Si, por el contrario, conforme a la *lex artis* no le era exigible a la enfermera conocer los efectos de la sustancia, su actuación será impune. En todo caso, el médico, como hombre de atrás, responde por homicidio doloso consumado.

No se consideran autoría mediata, sin embargo, los supuestos de error de prohibición, por cuanto en estos casos sí existe una acción típica y antijurídica, y el error de prohibición únicamente afecta la culpabilidad.

- Casos en los que el autor se sirve de instrumento doloso no cualificado.

Según Muñoz Conde, también cabe apreciar esta figura en los casos en los que el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo. Es el caso del funcionario público que actúa a través de un intermediario para recibir el dinero en el delito de cohecho.

- Casos en los que el autor se sirve de instrumento amparado en una causa de justificación.

El sujeto que actúa amparado en la causa de justificación no comete un injusto penal, pues su acción está amparada en la causa de justificación. Sin

embargo, el hombre de atrás lo ha convertido en su instrumento, en la medida en que él ha creado la situación en la que el instrumento se ve forzado o motivado a actuar en una causa de justificación con la pretensión del hombre de atrás de lograr así su fin delictivo, manteniendo por tanto éste en todo momento el control del suceso.

Así, el hombre de atrás, que quiere matar a una persona, provoca a ésta para que le agreda de una forma que el instrumento se pueda apercebir de la agresión. Si bien el hombre de atrás no puede defenderse, al ser el provocador, sabe, y efectivamente así sucede, que el instrumento le va a defender matando al agresor provocado. El instrumento actúa justificadamente, al no ser el provocador, y el hombre de atrás consigue su propósito delictivo.

Otro caso es el del superior jerárquico que ordena la realización de una detención que parece amparada por ejercicio legítimo de un cargo: Si la detención es ilegal, pero el policía no tenía por qué conocer la ilegalidad de la orden, el policía estará amparado por una causa de justificación, ya que es deber de los oficiales de policía cumplir las órdenes emanadas de los jueces. El hecho es dominado por quien dio la orden, quien tiene el control sobre el suceso típico.

- La autoría mediata a través de un aparato de poder organizado.

Roxin, denomina así aquellos casos en los cuales el hombre de atrás se vale de un instrumento que opera como autor material en el contexto de un aparato de poder organizado, como sucede, por ejemplo, con la estructura militar. Roxin, la considera aplicable en dictaduras o regímenes donde se haya aplicada el terrorismo de Estado.

El hombre de atrás tiene a su disposición un aparato –generalmente organizado por el Estado-, con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización. El alto funcionario de una organización destinada, entre otras actividades, a consumir atentados políticos tiene una posición clave respecto del hecho, que descansa en el modo de actuar específico del aparato. Una organización de este tipo desarrolla una vida que resulta independiente de la cambiante composición de sus miembros. Cuando suceden estos acontecimientos, en los cuales los superiores dan la orden de ejecución, éstos pueden confiar que el ejecutor va a cumplir el objeto incluso sin necesidad de llegar a conocer a quienes lo van a ejecutar.

Dentro de esta estructura jerárquica quien se niegue a cumplir la orden recibida podría ser fácilmente sustituido por otro elemento que llevase a cabo la conducta delictiva. El dominio del hecho por tanto está en la fungibilidad del instrumento. Será autor no sólo él que tiene el dominio material del hecho –el autor directo- sino también sus superiores jerárquicos –autores mediatos-, subiendo por la escala jerárquica hasta el máximo dirigente de la organización.

2.4. Definición de participación.

De lo expuesto anteriormente se deduce que son partícipes las personas que contribuyen a la realización del delito por parte del autor. Los partícipes no tienen el dominio del hecho y por ello no realizan los elementos del tipo.

2.4.1. Fundamento.

La inducción y la complicidad son, frente a la autoría, acciones para la imposición de una pena. Desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor vigente en el código el establecimiento de formas especiales de participación, como la inducción y la complicidad, significa que la punibilidad se amplía a situaciones fuera del tipo, puesto que de acuerdo con el tipo mismo únicamente cabría castigar a quien personalmente ha realizado la acción prohibida. Los otros intervinientes, que sólo determinaron al autor a realizar el hecho (inducción) o le ayudaron en ello (cómplices), tendrían que quedar impunes si no fuera por los especiales preceptos para la inducción y complicidad contenidos en los Artículos 36 numeral 2; 36 numeral 3 y 37 del Código Penal.

De ahí que la punibilidad de la inducción y complicidad necesiten de una especial fundamentación. Hoy es dominante la teoría del favorecimiento, la cual fundamenta la razón del castigo de la participación en el hecho de que el partícipe da lugar a una acción típica y antijurídica provocando el dolo respecto al hecho, o auxiliando a su realización mediante el consejo o de forma material. De la teoría del favorecimiento se desprende el consejo o de forma material. De la teoría del favorecimiento se desprende que la voluntad del partícipe debe orientarse hacia la ejecución del hecho principal. Sólo esta teoría es compatible con la ley, en tanto deja claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo del delito, consistiendo su injusto en cooperar a la vulneración de la norma por parte del autor. Por ello, el injusto del hecho del partícipe tiene que depender, en su causa y medida, del injusto del hecho principal.

2.4.2. El principio de accesoriadad en la participación.

Expresa que la responsabilidad de los partícipes sólo puede exigirse si se ha producido una conducta ilícita por el autor, de la que ellos participan.

El principio de la accesoriadad ya no suele formularse, como exigía la teoría de la accesoriadad máxima, requiriendo que el autor haya realizado *“una acción punible, es decir, típica antijurídica y culpable que ofreciera todos los elementos de la punibilidad, salvo las causas personales de exclusión de pena y los presupuestos procesales. Hoy la doctrina mayoritaria considera como más correcta la teoría de la accesoriadad limitada, en donde se exige que el autor haya realizado una acción típica y antijurídica, pero donde el autor y el partícipe son castigados según su culpabilidad y con independencia de la culpabilidad del otro (principio de independencia de la culpabilidad)”¹¹.*

El Artículo 30 del Código puede, por otra parte, considerarse como una regla específica de accesoriadad relativa a las circunstancias que agravan o cualifican una infracción: la que caben en el párrafo 2, se aplicarán a los partícipes si conocen su utilización por el autor, mientras que las del párrafo 1 sólo se aplicarán a los partícipes si concurren en ellos personalmente.

2.5. Clases de participación.

En el Código Penal se puede apreciar tres clases de partícipes: los cómplices, contemplados de manera general en el Artículo 37 del Código Penal, y otros partícipes que para efectos de pena han sido equiparados en el Artículo 36 del Código Penal a los autores, esto es, el inductor y el cooperador necesario.

¹¹ Jeschek. **Tratado de derecho penal.** pág. 590.

2.5.1. La inducción.

El Artículo 36 numeral 2, señala que son autores: “...*quienes induzcan directamente a otro a ejecutarlo*”. La doctrina ha definido la inducción como el determinar dolosamente a otro a ejecutar un hecho antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución de realizar el hecho, sin tener participación alguna en el dominio del hecho por el autor. En ello se diferencia la inducción de la coautoría: la inducción es siempre una influencia espiritual del autor por convencimiento.

Aun cuando la ley no menciona los medios de inducción, en principio cualquier medio es idóneo para la inducción en la medida que implique influencia psíquica. La doctrina tiene reservas, sin embargo, en cuanto a considerar la inducción en cadena, es decir, la provocar a la inducción de un hecho principal.

La acción del inductor tiene que originar la resolución de cometer el delito en el autor principal. Si la persona ya estuviere decidida a cometer el delito, la inducción desaparecería y sólo cabría complicidad psíquica conforme al Artículo 37 del Código Penal: Alentar o animar a otros en su resolución criminal. Además, el hecho que se induce ha de consumarse o, cuando menos, llegar a una tentativa idónea conforme a las reglas del Artículo 14 del Código Penal. Si el hecho principal no llega a intentarse la inducción ha de quedar impune por ineficaz o, a lo más, cabría apreciar el delito de instigación a delinquir del Artículo 394 del Código Penal.

Se exige que el inductor actúe dolosamente, bastando para el efecto con que exista dolo eventual. No cabe castigar la inducción culposa. El dolo del inductor debe ir dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho en el autor, y su consecuente ejecución por éste, incluyendo los elementos típicos y la realización del resultado típico.

La doctrina entiende que el dolo debe ir dirigido a la consumación del hecho principal; si sólo se pretende que el autor llegue a la tentativa estaremos frente a un agente provocador, el cual debe quedar impune si garantiza que el delito no se va a consumir, éste podría ser el caso de investigadores que fingen comprar drogas para aprehender a los traficantes.

El dolo del inductor deber ser además concreto, o sea, hallarse dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, en el que ha de producirse la resolución de realizar aquel. Por tal motivo, la inducción desaparece tan pronto como no quepa individualizar el círculo de personas al que se dirige la incitación.

El autor responde en la medida en que el hecho principal coincida con su dolo. Si el autor principal hiciera más de lo deseado por el inductor, éste sólo responderá hasta el límite de su dolo, salvo que hubiera podido ser previsible, de acuerdo con los principios generales (Artículo 40 Código Penal). Si el hecho cometido es de menor gravedad que el inducido, el autor sólo responde por el delito cometido.

2.5.2. La cooperación necesaria.

El Artículo 36 numeral 3, establece que serán castigados como autores *“quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer”*. Esta figura es conocida como cooperación necesaria y por su importancia tiene prevista la pena del autor.

El cooperador necesario no realiza una acción típica de manera inmediata o mediata, pero sí una contribución esencial al hecho típico –aunque sin dominio del hecho- que hace político criminalmente necesario asegurar un equivalente punitivo al de la autoría.

El problema de la cooperación necesaria estriba en poder diferenciar el aporte esencial que hace al hecho, superior al de la complicidad y que aconseja una mayor punición de la conducta. Las dificultades de tal construcción han llevado a algunos autores a rechazar este concepto, *“en la medida en que no se puede diferenciar entre la eficacia causal mayor o menor de las diversas condiciones y en que exige, indebidamente una perspectiva ex post”*.¹²

Sin embargo, *“es posible diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad introduciendo criterios que, yendo más allá de un enfoque puramente causal, determinen valorativamente la importancia de la contribución, sin que nada obste a la utilización de perspectivas ex ante para ello. El criterio por él sugerido consiste en determinar desde una perspectiva ex ante lo que una persona media, partiendo del plan idóneo de los autores, considera aportaciones esenciales y cuáles no. Se aplicarían aquí las reglas de previcibilidad objetiva con unos criterios de intensidad a convenir”*.¹³

La diferencia entre cooperador necesario y cómplice es muy importante por las consecuencias jurídicas que genera. El cooperador necesario es castigado como autor, es decir, con la pena contemplada en el marco penal del específico delito, en tanto que el cómplice tiene la pena del autor rebajado en una tercera parte.

2.5.3. La complicidad.

La complicidad puede definirse como el auxilio a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado. Al igual que el inductor y el cooperador necesario, el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, pero no posee el dominio del hecho. Al igual que en las anteriores formas de participación, la complicidad presupone también una conexión entre el hecho principal y la acción del cómplice.

¹² Diez, Ripolles. **Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal**. pág. 243.

¹³ **Ibíd.** pág. 243.

El código en el Artículo 37, establece expresamente las formas de complicidad: *1.- Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer delito. 2.- Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito. 3.- Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para el delito. 4.- Quienes sirvieran de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia en estos delitos”.*

El cómplice debe actuar dolosamente. La complicidad imprudente no es punible. En cuanto a la clase de dolo, basta que exista el dolo eventual. El dolo del cómplice deber referirse tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento, de modo que ha de ser doble. El dolo debe dirigirse a un hecho principal individualmente determinado, aunque tratándose de acciones de favorecimiento en la fase previa no se precisa que conste de manera definitiva la persona del autor o las características concretas del hecho.

La complicidad se castiga con la pena del autor rebajada en una tercera parte si el delito es consumado. Para el caso de tentativa, el cómplice es castigado con la pena del autor rebajado en dos terceras partes, Artículo 63.

- Modalidades de complicidad.
 - Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.

Esta forma de complicidad puede confundirse con la inducción. No obstante existen un criterio diferenciador bastante claro: el inductor actúa sobre una persona que aún no tiene el dolo de cometer el delito y origina su resolución criminal; el cómplice, por el contrario, refuerza la voluntad criminal de una persona que ya había tomado la resolución de cometer un delito.

Ambos, en todo caso, aportan una contribución espiritual o psíquica a la realización del hecho.

Es lo que se denomina a complicidad psíquica. El fundamento de su punición está en que, en lugar de actuar para desanimar o impedir la comisión del delito, se alienta o anima al autor a realizarlo. La menor importancia de su contribución respecto a la de la inducción hace que se castigue con una pena rebajada en una tercera parte respecto a la del autor, a diferencia de lo que sucede con la inducción.

- Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.

Debe entenderse que la persona se ha concertado con otros para cooperar a la realización del delito, pero con un acto posterior a la ejecución del mismo, como ocultar o destruir pruebas, a los delincuentes o ayudar a su fuga.

Este supuesto presenta dificultades de distinción, tanto con las figuras de cooperación necesaria, como con el delito de encubrimiento:

Esta complicidad se distingue del delito de encubrimiento de los Artículos 474 y 475 del Código Penal, en que el sujeto realiza su ayuda después de la realización del delito, la ofrece con anterioridad, existiendo conocimiento y conveniencia en la realización del plan delictivo. Si la connivencia previa la figura deja de ser considerada como complicidad y pasa a convertirse en encubrimiento: el encubridor sólo tiene conocimiento del hecho delictivo después de la realización del mismo y no es hasta ese momento que ayuda a los autores o cómplices.

La complicidad en este caso requiere concretarse en un acto material de auxilio, sin que baste la simple promesa; lo contrario implicaría un retorno a la censurable teoría del acuerdo previo. Encontraría aquí cabida la persona que se queda esperando en el automóvil mientras el resto de la banda realiza el asalto y luego conduce para escapar con la banda de la escena del delito.

Por diferenciar esta clase de complicidad de la cooperación necesaria, el legislador ha utilizado un criterio temporal: todo acto de cooperación posterior que sirva para la ejecución del delito, siempre que haya sido prometido con anterioridad, debe ser considerado como complicidad, con independencia de su importancia.

- Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para el delito.

En este caso se entiende que la contribución prestada por el partícipe no es necesaria. Si tuviere ese carácter la figura se consideraría como cooperación necesaria, con un marco penal equivalente al del autor. No obstante diferenciar la importancia de los informes o medios suministrados por el partícipe para catalogarla de esencial o no es una tarea que no tiene todavía un criterio absolutamente nítido.

Habrá que valorar la gravedad de la conducta, a partir de criterios objetivos relacionados con las circunstancias concretas en las que actúan las personas determinadas en el momento de la realización del delito. Así, sería cooperación necesaria la conducta que, ex ante, incrementa sustancialmente el riesgo de realización del delito por el autor, por consistir en una aportación que, de ser retirada, podría desbaratar el plan delictivo. La mayor Punibilidad del cooperador necesaria vendría así determinada por un cierto control del suceso típico. La

aportación del cómplice no adquiere este grado de control del suceso típico, de manera que su contribución no es esencial para la realización del suceso típico.

La conducta del cómplice ha de ser, en todo caso, peligrosa, de manera que desde una perspectiva ex ante sea objetivamente previsible que contribuya a la realización del hecho por parte del autor, Ello ocurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea más rápida, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella.

Pero la mera peligrosidad de la acción no basta para apreciar complicidad, pues será preciso, además, que el riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor se materialice en el resultado típico, y para ello deben utilizarse los criterios de imputación objetiva. Una conducta, para ser considerada complicidad, debe ser de tal manera causal que realmente haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del hecho o intensificado el resultado del delito en la forma en que era previsible.

- Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

En este caso el sujeto actúa como un intermediario que conecta a los posibles intervinientes de un hecho delictivo, y logra su concurrencia en el hecho delictivo. Éste puede ser el caso del sujeto que actúa como intermediario entre la persona que se encuentra dispuesta a pagar por matar a su mujer y el sicario a sueldo. Es menester que efectivamente logre obtener la resolución de realizar el delito. Si, por cualquier motivo, el sicario y el inductor no llegan a un acuerdo, no nace responsabilidad para el intermediario.

El cómplice sirve de intermediario entre sujetos que están resueltos a cometer un delito, es decir, el sujeto conoce la voluntad o resolución delictiva de varios sujetos, y los pone en contacto para llevar a cabo el delito. Si las personas invitadas por el cómplice no aceptan participar en el delito o no concurren a su realización, se entenderá como una complicidad intentada, la cual es impune, a no ser que esté expresamente tipificada en la parte especial del Código.

CAPÍTULO III

3. Los grados de realización del delito.

3.1. El iter criminis.

El delito, desde que se origina en la mente de su autor, hasta su ejecución completa, pasa por distintas etapas o grados, conocidos en su integridad como iter criminis, que son los distintos niveles de realización que alcanza la voluntad del sujeto. El primer nivel abarca la fase interna o subjetiva, en la que el hecho se concibe en la mente del autor, y comprende dentro de sí la atención criminal, la deliberación sobre los motivos de la realización del hecho y la resolución en relación con la realización o no del hecho.

El segundo nivel se refiere a la fase externa u objetiva, que comienza con los actos preparatorios, objetivamente hablando, a los que siguen los actos de ejecución y la consumación del hecho, la cual se dará al haberse realizado plenamente el tipo penal.

3.2. Actos internos.

En cuanto a la fase interna, rige el principio cogitationis poenam nemo patitur, es decir, nadie puede ser penado por el mero pensamiento, idea que, si bien procede del Digesto Romano y se atribuye a Ulpiano, es un pilar del derecho Penal contemporáneo. Se fundamenta, ante todo, en que los fines de control social del Derecho Penal no legitiman a éste para extender su actuación hasta las actitudes internas, sin trascendencia externa, de los ciudadanos; en segundo lugar, en lo difícilmente captables que son estos actos internos, por lo que los procedimientos para su prueba son prácticamente imposibles; en tercer lugar, en la consideración de que no muestra la

misma energía criminal lo que simplemente se piensa que lo que plasma finalmente en actos.

3.3. La preparación del delito.

La comisión de un hecho calificado como delictivo, para su perpetración tiene fases internas y externas, siendo las primeras las que en la mente del autor están y de las cuales el derecho no tiene campo de acción, caso contrario en la segunda de las fases es donde tiene campo el derecho penal.

3.3.1. Definición y excepcionalidad de su punición.

Dentro de la fase externa suelen distinguirse los actos preparatorios y los actos de ejecución. A veces los preparatorios suelen colocarse como fase intermedia entre los actos internos y los actos de ejecución.

Desde la época de la escuela clásica se sigue la doctrina de la impunidad de los actos preparatorios, salvo casos excepcionales. Se alude a que los actos preparatorios no demuestran concretamente la clase de hecho a que se dirigen, pudiendo dar lugar a equívocos respecto a su auténtica naturaleza, además de no llegar a lesionar más que potencialmente los bienes jurídicos. Se han esgrimido también razones de responsabilidad aunque desista tras haber realizado actos preparatorios, no le compensaría desistir de su acción.

De acuerdo con el Código Penal los actos preparatorios son, en general, impunes, salvo que revistan una de las formas específicas de actos preparatorios punibles previstos de modo general en la ley, en el Artículo 17 del Código Penal, y siempre que, además, esté prevista tal punición en el delito correspondiente. Tales

actos preparatorios punibles son en el derecho guatemalteco la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción.

3.3.2. Conspiración.

De acuerdo con el Artículo 17 del Código Penal, hay conspiración *“Cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo”*, además, tal conducta sólo será punible en caso que la ley lo determine expresamente. Entre los supuestos mencionados por la ley cabe mencionar el Artículo 386 del Código Penal: la conspiración para cometer el delito de rebelión.

“La conspiración puede concebirse de dos maneras, bien como autoría anticipada, lo cual requiere que los conspiradores resuelvan participar ellos mismos como autores, bien sin que el conspirador resuelva participar como coautor, bastando con que influya decisivamente en la adopción de la resolución de que se ejecute el delito, aunque sea por parte de otro u otros”¹⁴. El Código Penal, se ajusta a la tesis de la autoría anticipada, es decir, a la de que los conspiradores deben ser ellos mismos autores, lo cual deduzco de la redacción legal *“resuelven ejecutarlo”*.

Con todo, hay quien dice, como Cerezo Mir, *“que de tal expresión no se deriva que todos los conspiradores resuelvan llevar a cabo actos ejecutivos, cabiendo también el caso en que se asignan, de acuerdo con el plan delictivo, conductas de mera participación”¹⁵*.

3.3.3. Proposición.

El Artículo 17 del Código Penal, en su párrafo segundo, establece que hay proposición, *“cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas*

¹⁴ Mir Puig. **Derecho penal. Parte general.** pág.333.

¹⁵ **Ibíd.** pág. 40.

a ejecutarlo”. Se aprecia entonces que nuestra ley contempla la proposición como una forma de resolución criminal que, como se ha visto, es de carácter colectivo.

Cabe mencionar el castigo en el Artículo 377 de la proposición para realizar el delito de genocidio.

3.3.4. Provocación, instigación e inducción.

En cuanto a la provocación, instigación e inducción, el Código Penal, no hace una definición alguna, limitándose a señalar que les es de aplicación la regla legal que establece el Artículo 17, o sea, solo son punibles en los casos en que la ley expresamente lo determina.

El concepto de provocación, si quiere ser delimitado adecuadamente de la inducción del Artículo 36 numeral 2, o del supuesto de complicidad del Artículo 37 numeral 1, del Código, debe entenderse referido a animar a cometer delitos o cierto tipo de delitos a personas indeterminadas, a diferencia de la inducción del Artículo 36 numeral 1, que incide sobre personas determinadas que ya han resuelto cometer cierto delito, confirmándoles en su decisión.

Por su parte, el concepto de instigación parece ir referido a la incitación pública a cometer delitos determinados, como se deduce de su empleo en los Artículos 365, 377 y 394 del Código Penal.

Por último, la inducción aludida en el Artículo 17 no puede ser distinta de aquella a la que se alude en el Artículo 36 numeral 1, como forma de participación, si bien en el Artículo 17 parece pensarse en aquellos tipos autónomos de inducción dispersos por el Código Penal como son los de inducción al suicidio del Artículo 128, inducción a la corrupción de menores del Artículo 190, inducción al abandono de hogar del Artículo

212 e inducción al uso de estupefacientes del Artículo 310. En ellos la conducta de inducción constituye un comportamiento de autoría en cuanto que está integrada en un delito autónomo.

Sería en extremo conveniente que una futura legislación diferenciara más claramente entre todos estos conceptos.

3.4. La ejecución del delito.

Los actos de ejecución del delito dan comienzo cuando se materializan externamente actos directamente encaminados a su consumación, es decir, cuando se comienzan a realizar los elementos de la conducta descrita en el tipo.

Sin embargo puede observarse en la práctica que a veces el delincuente realiza actividades encaminadas a la consecución de sus fines, a través de actos externos típicos idóneos, pero no logra su meta, por causas ajenas al mismo. De esta manera, tendremos la variedad de la ejecución del delito que la tentativa, distinta de la consumación.

3.4.1. Tentativa.

De acuerdo con el Artículo 14, del Código Penal, *“hay tentativa cuando con el fin de cometer el delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”*. En consecuencia, el concepto legal de tentativa se extiende a todo el proceso de ejecución del delito previo a la consumación.

Teniendo en cuenta la doble configuración, objetiva y subjetiva, de los tipos, elementos objetivos del tipo de la tentativa son el comienzo de ejecución y la ejecución

parcial o total de la conducta típica. A su vez, elemento subjetivo lo es el dolo o resolución delictiva.

3.4.1.1. Principio de ejecución del delito.

Para explicar el comienzo de ejecución una aproximación objetiva que *“parte de necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel campo previo a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio”*¹⁶.

El primer criterio objetivo es la fórmula de la concepción natural de Frank, que indica que son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica que según la concepción natural aparecen como parte suya. Sin embargo, la concepción natural es muy amplia y no concreta cuándo se da unión de los actos a la acción típica.

La doctrina alemana, en postura iniciada por Welzel y complementada más recientemente por Jescheck y Roxin, ha concluido que en la determinación de cuándo da comienzo la ejecución del hecho debe tomarse en cuenta el plan del autor, valorándolo desde un punto de vista objetivo, y que los criterios de valoración del plan del autor pueden ser, bien el de la puesta en peligro inmediata, bien el de la inmediatez temporal. Como es obvio, conforme al primer criterio el comienzo de la tentativa se produce cuando se pone en peligro el bien jurídico, y según el segundo se da en el momento de iniciar la ejecución. Por ser más preciso el segundo criterio, el legislador alemán ha adoptado el criterio del comienzo inmediato, a tenor del cual la tentativa ocurre cuando el autor, según su representación del hecho, da principio directamente (o inmediatamente) a la ejecución del tipo.

¹⁶ **Ibid.** pág. 338.

Se estima que una futura legislación penal guatemalteca debe poner en evidencia la necesidad de la conexión directa entre el hecho y su realización típica, situación que no capta plenamente la expresión relativa a la idoneidad de los actos, que contiene el Código Penal, vigente.

3.4.1.2. Ejecución parcial o total de la conducta típica.

El segundo elemento objetivo se refiere a si el intento es acabado o inacabado, es decir, si el intento ha realizado en su totalidad los elementos de la acción típica, o solo parcialmente.

Con lo dicho pueden establecerse los conceptos de tentativa acabada e inacabada. La primera se concibió en el Código Penal de 1936 como frustración, o sea *“aquella en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. La tentativa inacabada es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica”*.¹⁷

La distinción entre la tentativa que supone la ejecución completa de la conducta típica, y la que sólo supone una ejecución parcial, es importante, pues puede servir de base para la determinación de la pena. Sin embargo, en el derecho esta distinción no está acogida. Tal carencia es una laguna que impide al juez diferenciar en la práctica entre comportamientos que merecen una valoración distinta.

3.4.1.3. La resolución delictiva.

El aspecto subjetivo de la tentativa se encuentra en el dolo respecto a la realización de los elementos objetivos del tipo. Se necesita que el sujeto quiera realizar los actos constitutivos del hecho, lo cual se aprecia en la declaración legal al referirse

¹⁷ Zaffaroni. **Manual de Derecho Penal**. pág. 647.

a *“con el fin de cometer un delito”*. De lo anterior se evidencia que los tipos culposos no pueden admitir tentativa, pues solamente la habrá si existe finalidad de cometer un delito.

3.4.1.4. El desistimiento voluntario.

El Artículo 16 del Código contempla expresamente el supuesto en el que se ha comenzado la ejecución de un delito y el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo.

Como puede apreciarse en esta definición legal, se trata de un desistimiento referido a una tentativa inacabada, pues se trata de abstenerse de realizar voluntariamente los actos consecutivos a los que ha comenzado a realizar y sin cuya consecuencia no se dará la consumación. Y es que las formas del desistimiento son distintas según si la tentativa es acabada o inacabada: En la tentativa inacabada basta que suspenda la ejecución de los actores restantes, en la acabada debe ejecutar un acto que impide que la ejecución ya completa produzca el resultado. El Código, sin embargo, debería admitir el desistimiento también en la tentativa acabada por ser todavía una etapa en la que el hecho no se ha consumado.

La sanción, como se encarga de establecer el Artículo 16, alcanza únicamente a los actos ejecutados si éstos constituyen delito por sí mismos.

El problema se plantea con la determinación de la voluntariedad del desistimiento. A tal efecto, la teoría psicológica, que parte de una fórmula de Frank, explica que será voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede lograrla, y es involuntario si no quiere porque no puede. Por el contrario, las teorías valorativas expresan que la voluntariedad del desistimiento solo será estimable si obedece a un motivo susceptible de una valoración ética positiva.

3.4.2. Delito imposible o tentativa inidónea.

En estos casos sucede que los medios utilizados para la ejecución del delito, o los sujetos u objetos a los que se dirige la acción, hacen imposible su consumación. La ley sustantiva se refiere al tema en el Artículo 15, donde se menciona tanto la imposibilidad de los medios como el objeto. Se exige que la consumación resulte absolutamente imposible, con lo que se introduce la distinción entre delito absolutamente o relativamente imposible, de forma que sólo en el primer supuesto se dará el concepto legal. Un delito será absolutamente imposible cuando en cualesquiera circunstancias, dados el medio o el objeto escogido, resulta imposible que se produzca la consumación. Será, no obstante, relativamente imposible si, dadas las circunstancias del caso concreto, se sabe de antemano que no se va a producir la consumación con esos medios o respecto a ese objeto, pero no se puede excluir que esos mismos medios u objeto fueran los adecuados en otras circunstancias.

La realización de un delito imposible no queda sin reacción penal, pero ésta no es una pena sino, como prevé el Artículo 15, una medida de seguridad que atienda a la peligrosidad de quien propiamente ha querido cometer el delito.

3.4.3. La consumación.

Todos los tipos penales se refieren al delito de su forma consumada, de tal suerte, podemos decir, que la consumación se da cuando se realizan todos los elementos del tipo penal. Así, por ejemplo, en el delito doloso de homicidio concurrirá cuando se cumple el tipo objetivo (acción de matar a una persona y su correspondiente resultado de muerte) y el tipo subjetivo (querer esa muerte, sabiendo que la acción que se realiza puede producirla).

Con lo anterior se ha expresado un concepto formal de consumación, la denominada consumación típica, que es la que contempla el Artículo 13 del Código Penal. En los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento en que se da el resultado típico; en el homicidio, cuando acaece la muerte del sujeto pasivo. En los delitos de peligro, ésta se produce en el momento en que se pone en peligro el bien jurídico; en el delito de conducción de un vehículo de motor con temeridad manifiesta poniendo en peligro la vida de las personas, cuando una persona entra en el radio de acción de ese manejo del automóvil temerario.

Ahora bien, también existe la consumación material del hecho, o agotamiento del delito, que es cuando el autor, además de haber realizado todos los elementos del tipo, consigue satisfacer el objetivo que tenía, y por el cual realizó el hecho. Esta consumación material carece, por lo general, de relevancia jurídica o penal, pues va más allá de las previsiones típicas; no obstante, en algunos casos la consumación formal no es suficiente, y es preciso que vaya acompañada, al menos, de un propósito ulterior a ella que, si se consiguiera, daría lugar a la consumación material; por ejemplo, el ánimo de lucro en el robo y hurto.

3.4.4. Delito putativo.

Se da cuando un sujeto realiza actos que cree constitutivos de delito, no siéndolo. Se dice que en este caso se encuentra ante una especie de error de prohibición al revés, que es irrelevante jurídicamente, a lo que es lo mismo, que no convierte en punible el comportamiento.

CAPÍTULO IV

4. Consideraciones generales del derecho procesal guatemalteco.

4.1. Definición.

Puede definirse el proceso Penal como el conjunto de normas jurídicas, actividades y formas mediante los cuales los órganos competentes preestablecidos por la ley observando los requisitos legales, juzgan en aplicación de la ley en cada caso concreto y ejecuta lo resuelto.

En el proceso Penal guatemalteco la entidad encargada de la Investigación es el Ministerio Público y según la Constitución Política de la República, en el Artículo 251, establece: *“El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país”*. Y el Artículo 107 del Código Procesal Penal, establece que *“El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme las disposiciones de este Código”*.

El juzgamiento y decisión de las causas penales esta a cargo de jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley, corresponde también la ejecución penal a jueces de ejecución, ello tal como lo establece el Artículo 7 del Código Procesal Penal.

4.2. Principios del proceso penal guatemalteco.

El proceso penal se rige por principios, que marcan las reglas del juego del enjuiciamiento penal, dotándolo de garantías o instrumentos idóneos para

predeterminar supuestos y circunstancias en que el Estado puede restringir la libertad y otros derechos fundamentales de los ciudadanos en el ejercicio de la justicia Penal. También sirven para establecer las consecuencias que las violaciones de estos derechos por parte del poder estatal puedan suponer en el desarrollo del proceso.

En consecuencia existen principios constitucionales y principios técnicos, que se desarrollan a continuación:

4.2.1. Principios constitucionales:

- El Principio acusatorio:

El sistema acusatorio posee como nota esencial la división del proceso Penal en dos fases diferenciadas: la de instrucción y la de juicio oral las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos.

El principio acusatorio comprende el derecho a ser informado de la acusación, exige que se conozca el hecho imputado y su calificación jurídica, con suficiente tiempo para preparar la defensa, Artículo 81 del Código Procesal Penal.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, del 16 de diciembre de 1999, Gaceta número 54, página 49, expediente 105/1999, relaciona expresamente el derecho de defensa con el derecho a un debido proceso, al decir *“Se refiere a la posibilidad de realizar todos los actos encaminados a la defensa de la persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho a accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de garantía constitucional del debido proceso....”*

Asimismo, el principio acusatorio comprende el derecho a un juez imparcial, constituye una garantía protegida en la Constitución, según el Artículo 203, en el cual se indica que los jueces y tribunales son independientes y únicamente están sometidos al imperio de la Constitución y las leyes.

- Principio de presunción de inocencia:

Este principio se encuentra plasmado en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República, *“Toda persona es inocente mientras no se haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”*, así como en el Código Procesal Penal en el Artículo 14.

En un sentido lato se condensa en el principio *“in dubio, pro reo”*, que no se debe confundir la presunción de inocencia, pues el primero es un principio del proceso y el segundo, actúa mas bien como criterio de valoración de prueba. Es objeto de reconocimiento expreso en el último párrafo del Artículo 14 del Código Procesal Penal *“la duda favorece al imputado”*.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 31 de marzo de 1998, se califica dicho principio de presunción iuris tantum, precisando la última de las resoluciones citadas, que esta presunción *“esta dirigida a garantizar que el sindicado no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en la prueba pertinente, y valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque en caso contrario, en principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor”*.¹⁸

¹⁸ Gaceta 47, expediente No. 1011-1997. pág. 109.

La admisión de este principio implica a su vez el reconocimiento del principio por libertatis, lo que determina la imposición restrictiva de medidas privativas de libertad.

Al respecto resulta sumamente ilustrativa la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de mayo de 1987, expedientes acumulados 69-87 y 70-87, a propósito de la prisión preventiva, diciendo *“la regla general es la libertad personal, y la excepción es la prisión provisional. Los procesalistas coinciden en señalar que esta es un mal necesario, que solamente se justifica por su finalidad asegurativa o cautelar (en donde entrarían los valores de seguridad y bien común). Según este marco legal superior la prisión provisional tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar o asegurativa, y se configuran en ella los siguientes elementos: 1) Debe ser la excepción. 2) No debe ser pena anticipada, esto es, en ningún caso puede aplicarse con fines punitivos... 3) No debe ser obligatoria, esta es, como afirma el Consejo de Europa en su resolución 11/1986 que ‘la autoridad judicial ha de ser libre para tomar su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y por último 4) Debe prolongarse en el tiempo lo menos posible”*.

- Principio de audiencia y contradicción:

Se encuentra recogido en el aforismo *“Nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en Juicio”*.

Ello supone que la persona a la que se le atribuye un hecho punible ostente desde un primer momento la condición de imputada, o como dice el Código Procesal Penal, quien denomina en el Artículo 70, *“Se denominará sindicado, imputado, procesado o acusado, a toda persona a quien se señale de haber cometido un hecho delictuoso, y condenado a aquel sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria”*.

Este reconocimiento le va a permitir contradecir las pruebas de la acusación y efectuar su preceptiva defensa *“los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización”*.

En cuanto al derecho de defensa, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca del 10 de julio de 1989, expone: *“El derecho de defensa involucra en su contenido el principio jurídico del debido proceso, pues se plasma precisamente en la serie de actos que constituyen el proceso, es decir que éste último actúa como vehículo de aquel. Así el derecho de defensa asume la doble condición de ser un derecho subjetivo y de constituirse en garantía de los demás derechos. El de petición también se relaciona con el debido proceso, pues faculta a las personas, respecto de asuntos del orden judicial, a dirigir solicitudes a los órganos jurisdiccionales, y conlleva la obligación de éstos de resolverlas con fundamento en la ley y por los procedimientos legalmente establecidos, observando obligadamente en toda resolución o sentencia que profieran, el principio de supremacía constitucional (Artículo 204)”*.¹⁹

- Principio de igualdad:

Supone igualdad de condiciones entre acusación y defensa. En el Artículo 4, de la Constitución Política de la República, recoge expresamente el principio de igualdad, asimismo este principio tiene acogida en el Código Procesal Penal en el Artículo 21.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 1992, expediente número 141-1992, Gaceta número 24 página 14, se precisa que *“el principio de igualdad plasmado en el Artículo 4º. De la Constitución Política de la*

¹⁹. Gaceta 12, expediente 90-89. pág. 18.

República impone que en situaciones iguales, sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, conforme a sus diferencias.

Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio el hecho de que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la constitución acoge”.

En la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad del 4 de noviembre de 1998, expediente número 482-1998, Gaceta número 59, página 698 se expone que la *“igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino que se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de su estimación jurídica. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes, no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad”.*

4.2.2. Principios técnicos:

- Iniciación e investigación de oficio:

Para la iniciación del proceso penal, no se requiere necesariamente la presencia de una parte acusadora privada, salvo en los casos en que se exige previa denuncia o querrela.

En el sistema guatemalteco, específicamente en los delitos de acción privada, se admite que junto con el fiscal o exclusivamente actúen las acusaciones privadas. En consecuencia no gozan de la misma posición procesal que el fiscal, sino accesoria.

La investigación corresponde al Ministerio Público en términos generales, salvo las facultades concedidas al respecto a los Jueces de Primera Instancia, contenida en el Artículo 47 del Código Procesal Penal. Conforme lo dispone el Artículo 8 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público como institución, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma que determina este Código, salvo la subordinación jerárquica contenida en su propia ley.

- Legalidad:

En el proceso Penal guatemalteco, los tribunales están sometidos al imperio de la ley, recogiendo el principio de legalidad *Strictu Sensu* en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que *“no hay delito ni pena sin ley”*.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1986, se explica su significado *“En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege, como lucha por el Derecho. Opera como opuesto al ius incertum, por lo que, además de su significado en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó su jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos. En aparecidos términos, se expresa el Artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos nadie puede ser condenado*

por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivas según el derecho aplicable.

El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido determinado...”.

- Oralidad y escritura:

En fase de instrucción rige el principio de escritura, existiendo como referencias en el Código Procesal Penal, el Artículo 83, 146.

Por el contrario, durante la fase del debate rige el principio de oralidad, reconociéndose el mismo en el Artículo 362 del Código Procesal Penal; en conexión con éste principio relativo al juicio oral, se establecen los principios de inmediación y en relación con éste el de concentración, según se establece en los Artículos 354 y 360 del Código Procesal Penal.

- Publicidad:

El derecho a un proceso público está reconocido en la Constitución Política de la República en el Artículo 14. La garantía de publicidad de las actuaciones judiciales es una conquista del Estado de Derecho. La publicidad, en este sentido debe entenderse como facultad que asiste a los ciudadanos de percibir y conocer las actuaciones llevadas a cabo por los Tribunales de Justicia; la finalidad es garantizar el control social y la credibilidad de las actuaciones de los Tribunales de Justicia.

- Libre valoración de la prueba:

En este sistema libre o de la sana crítica la ley deja al juez que aplique las máximas que éste ha adquirido por su experiencia en la vida, y en el caso de que la máxima no sea común, sino especializada, le permite servirse de la prueba pericial (por esto el experto o perito puede considerarse un auxiliar del juez), en consecuencia los Artículos 186 y 385 del Código Procesal Penal, hacen referencia a la sana crítica razonada como método de valoración de las pruebas en la sentencia.

- Principio de la doble instancia:

El principio de doble instancia, puede ser entendido en un sentido estricto, así basta que la sentencia dictada en primera instancia sea objeto de recurso ante un órgano judicial distinto y superior, aunque este sólo pueda valorar una serie de puntos, o en un sentido más amplio, como derecho a un recurso en el que el tribunal distinto y superior, pueda conocer con la misma plenitud que lo hizo el órgano en primera instancia.

- Principio de celeridad y proscripción de dilaciones indebidas:

Este principio busca que un proceso sea tramitado con la mayor prontitud posible respetando siempre los plazos que la ley establece y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios. En contraposición a este principio es necesario determinar cuando se encuentra ante un supuesto de dilaciones indebidas, que contendrá cierto grado de dificultad que impiden y entorpecen el debido proceso, ante lo cual se debe valorar la problemática del asunto y el tiempo medio de resolución con dichas características.

En este punto cabe recordar el viejo aforismo que dice que una sentencia tardía es siempre una sentencia injusta.

4.3. Fases del proceso penal.

El proceso penal guatemalteco se divide en cinco fases principales:

1º. Fase de investigación, instrucción o preliminar: Cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación y por ende el juicio oral y público.

2º. Fase intermedia: Donde se critica, se depura y analiza el resultado de esa investigación.

3º. Fase de juicio oral y público: Etapa esencial, plena y principal que define el proceso penal por medio de la sentencia.

4º. Fase de control jurídico procesal sobre la sentencia: Este se desarrolla a través de los medios de impugnación.

5º. Fase de la ejecución penal: En la que se ejecuta la sentencia firme.

4.4. Flujo del procedimiento.

El sistema penal guatemalteco, tiene distintos actos que llevan a cabo las instituciones encargadas del mismo, en el cual intervienen de forma directa el Ministerio Público, con ente investigador, el Organismo Judicial, con ente contralor de la investigación, y la Policía Nacional Civil, con institución encargada de la seguridad pública, en consecuencia es necesario analizar las distintas actividades existentes dentro del proceso penal.

4.4.1. Inicio del proceso.

- La acción pública:
De conformidad con el Artículo 24Bis del Código Procesal Penal, indica que los delitos de Acción Pública, serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad.
- Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera de autorización judicial.
Este tipo de acción se ejercita por el Ministerio Público, con la colaboración de la parte ofendida o agraviada, ya que sin esa colaboración el ente investigador se abstendrá de continuar la persecución penal.
- Acción privada: Se ejercita mediante querrela, presentada por el propio agraviado u ofendido, ante un Tribunal de Sentencia competente, en delitos tales como: los relativos al honor; daños; violación y revelación de secretos y estafa mediante cheque.

4.4.2. Excepciones al ejercicio de la acción penal.

- Criterio de oportunidad. El fiscal podrá abstenerse del ejercicio de la acción Penal, cuando el interés público o la seguridad ciudadana no estén afectados por el delito, siempre que se plantee antes del debate.
- Mediación. Se realizará a través de centros registrados por la Corte Suprema de Justicia, se trasladará al Juez de Paz para homologación, tratándose de delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada, y en los que proceda el criterio de oportunidad.

El fiscal podrá abstenerse del ejercicio de la acción penal:

- Si se tratare de delitos no sancionados con la pena de prisión.
- Si se tratare de delitos perseguibles a instancia particular.
- En los delitos de acción pública cuya pena no exceda de cinco años.
- Que la participación del imputado en el hecho sea mínima.
- Que el inculpado haya sido afectado por un delito culposo y la pena resulte inapropiada.

4.4.3. Suspensión condicional de la persecución penal.

En los delitos culposos y aquellos en que la pena no exceda de cinco años de prisión, el Ministerio Público podrá pedir al Juez la suspensión de la persecución cuando el imputado no revele peligrosidad y si concurren requisitos establecidos en el Artículo 72 del Código Penal.

Exige reconocimiento de los hechos y pacta de satisfacción de responsabilidades civiles, y en caso de insolvencia la imposición de normas de conducta o abstenciones.

La suspensión tendrá una duración no inferior a dos ni superior a cinco años, durante los cuales el imputado no debe volver a delinquir, sometiéndose a los planes de conducta que le establezca el Juez.

En caso de no aceptación por el juez de este procedimiento, o cuando concurren incumplimiento de las condiciones o cuando el imputado cometa otro delito, se aplicará el procedimiento abreviado.

4.4.4. Suspensión de la persecución penal.

Procede en casos de incapacidad del imputado, hasta que desaparezca dicha incapacidad y sin perjuicio de las reglas que rigen el juicio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección.

4.4.5. Extinción de la acción penal.

- Por muerte del imputado.
- Por amnistía.
- Por prescripción que se interrumpe por fuga del imputado.
- Por el pago del máximo para la pena de multa.
- Por vencimiento del plazo máximo de prueba en casos de suspensión de la persecución.
- Por renuncia o abandono de la querrela respecto de delitos perseguibles a instancia de parte.
- En caso de delitos de acción privada, por muerte del agraviado, pudiendo ser continuada por sus herederos.
- Por revocación de la autorización particular para perseguir por el agraviado o su representante.

4.4.6. Obstáculos a la persecución penal.

- Cuestiones prejudiciales. Cuando la persecución penal dependa de una cuestión prejudicial que deba ser resuelta en un proceso independiente, el Fiscal lo promoverá, o en otro caso vigilará la promoción a quien corresponda.
- Antejudio. El tribunal, de oficio o a petición del Ministerio Público solicitará el Antejudio a la autoridad que corresponda.

- Excepciones: Incompetencia, falta de acción, extinción de la responsabilidad Penal.

4.4.7. Procedimiento común actos introductorios.

- Denuncia
- Prevención policial
- Querrela

4.4.8. Investigación preliminar.

- Prevención policial, a instancia de la policía cuando tenga noticia de un hecho punible perseguible de oficio, que informará inmediatamente al Ministerio Público o instancia de éste último.
- Objeto de reunir o asegurar con urgencia elementos de convicción o evitar la fuga ocultación de sospechosos.
- Actos jurisdiccionales, los jueces de instancia emitirán autorizaciones respecto de medidas de coerción y cautelares que procedan conforme a la ley, y estarán presente en aquellas diligencias que el fiscal lo solicite.

4.4.9. Procedimiento preparatorio (instrucción).

- Objeto: La búsqueda de la verdad, la realización de diligencias útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias concurrentes quienes son los partícipes y sus circunstancias personas y el daño causado por el delito.

El fiscal puede pedir al Juez el archivo de la denuncia, querrela o prevención policial cuando el hecho no sea punible o no se pueda proceder. Si el Juez no accede, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Jefe que decida si el fiscal continúa en el cargo o designa a otro.

Las diligencias constaran en una sola acta, que resumirá lo acontecido firmándola el fiscal y todos los intervinientes. En esta fase se podrá decretar las reservas de las actuaciones, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la realidad y no se hubiere dictado auto de procesamiento, por un plazo de 10 días corridos, pudiendo prorrogarse.

Esta fase finaliza: Si el fiscal encuentra fundamento serio en la investigación para el enjuiciamiento del imputado, requerirá por escrito al juez la apertura del juicio, formulando la acusación; caso contrario si el fiscal estima que no existe fundamento para la apertura del juicio, solicitará el sobreseimiento o clausura provisional, pudiendo dar el Juez la orden de acusar si no está de acuerdo.

La etapa preparatoria finaliza a los tres meses si existe auto de prisión preventiva o a los seis meses si se dicto medida sustitutiva, sin embargo, mientras no exista vinculación procesal mediante prisión preventiva o medida sustitutiva, la investigación no estará sujeta a estos plazos.

4.4.10. Procedimiento intermedio.

En esta fase el fiscal puede pedir la apertura del juicio oral, el sobreseimiento o la clausura provisional del procedimiento, la vía especial del procedimiento abreviado, el criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución Penal.

El juez convocará en una audiencia si existe fundamento para someter a la persona a un proceso oral y público, o para someterla a otra de las peticiones del fiscal.

Si el fiscal formula escrito de acusación, la audiencia se convocará en un plazo no inferior a diez ni mayor a quince días. En dicho escrito el fiscal identificará al imputado, los hechos y su calificación jurídica, circunstancias concurrentes, tribunal competente. Junto a ello se remitirá actuaciones y medios probatorios en su poder, por lo que al dictar el auto de apertura del juicio, el juez citará a quienes se les haya otorgado participación definitiva en el procedimiento, a sus mandatarios, a sus defensores y al Ministerio Público para que en el plazo común de diez días comparezcan a juicio al tribunal designado y constituyan lugar para recibir notificaciones. Si el juicio se realizare en un lugar distinto al del procedimiento, el plazo de citación se prolongará cinco días más.

En la audiencia el fiscal puede formular solicitud de apertura a juicio, sobreseimiento o clausura provisional, la suspensión condicional, el criterio de oportunidad o el procedimiento abreviado. Las partes podrán plantear objeciones y pedir que cesen medidas cautelares. Tras la audiencia, el juez dicta resolución, decidiendo las cuestiones planteadas, acordando: el sobreseimiento o la clausura provisional, o la suspensión del proceso o el criterio de oportunidad, ratificará, sustituirá o impondrá medidas, o dictará auto de apertura de juicio (exigiendo al Fiscal en su caso la formulación de acusación).

4.4.11. Juicio.

- Audiencia por seis días, en la que se propondrán recusaciones y excepciones.
- Resueltos estos incidentes, las partes ofrecerán prueba por ocho días.
- El tribunal podrá acumular o separar causas
- División: Se puede acordar en el acto de apertura, tratando en una primera sesión de la culpabilidad, y en la segunda sobre la imposición de pena o medida de

seguridad. Lo primero se resolverá en sentencia y lo segundo en interlocutoria aparte, junto con la responsabilidad civil.

- Debate: Se levantará acta con los requisitos que marca la ley, siendo comunicada al final del debate. Tiene valor demostrativo de lo ocurrido.

4.4.12. Impugnaciones.

- Recurso de reposición: Procede contra las resoluciones dictadas sin audiencia previa, y que no sean apelables y contra las resoluciones dictadas durante el juicio.
- Recurso de apelación especial.
- Recurso de casación.
- Recurso de revisión.

4.4.13. Procedimientos especiales.

- Procedimiento abreviado.
- Procedimiento especial de averiguación.
- Juicio por delito de acción privada.
- Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección.
- Juicio por faltas.

CAPÍTULO V

5. El tipo de acoso sexual una forma de dignificación de la mujer guatemalteca.

5.1. Definición.

"El acoso sexual es cualquier tipo de acercamiento o presión de naturaleza sexual tanto física como verbal, no deseada por quien la sufre, que surge de la relación entre dos personas y que da por resultado un ambiente hostil, un impedimento para hacer las tareas y/o un condicionamiento de las oportunidades de ocupación de la persona perseguida".²⁰

El acoso sexual, es una actitud que no necesariamente se da únicamente en el ámbito laboral, ya que existen casos en los cuales se da entre maestro con alumnos, médicos con pacientes, funcionarios públicos con ciudadanos y así en distintos ámbitos de la vida diaria, sin embargo es más común encontrar casos que se denuncian en la Procuraduría de Derechos Humanos, por víctimas trabajadoras de maquilas, ya que debido al aislamiento de los demás casos las víctimas no denuncian, debido a la presión psicológica a la cual se somete a la persona por parte del victimario, en consecuencia en la presente investigación se analiza ampliamente el ámbito laboral, sin ignorar los otros ámbitos sociales en los cuales también lamentablemente se dan casos y por ello en la reforma que se plantea se incluyen los otros campos sociales, toda vez que no es posible que se proteja el ámbito laboral ignorando otros sectores sociales que son golpeados por la actitud de personas que ostentando poder hacen de él mal uso.

Según la Organización Internacional del Trabajo OIT, para que haya acoso sexual deben integrarse tres elementos: un comportamiento de carácter sexual, que no

²⁰ González, Carmen. **Acoso sexual**. pág. 36.

sea deseado y que la víctima lo perciba como un condicionante hostil para su relación con su agresor, convirtiéndolo en algo humillante.

El acoso sexual es, por encima de todo, una manifestación de relaciones de poder. Las mujeres están mucho más expuestas a ser víctimas del acoso sexual precisamente porque carecen de poder, se encuentran en posiciones más vulnerables e inseguras, les falta confianza en sí mismas, o han sido educadas por la sociedad para sufrir en silencio. Pero también corren peligro de padecer semejante conducta cuando se las percibe como competidoras por el poder.

El acoso sexual es una forma de discriminación por razón del género, tanto desde una perspectiva legal como en su concepto. Si bien los hombres pueden ser también objeto de acoso sexual, la realidad es que la mayoría de víctimas son mujeres. El problema guarda relación con los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres en la vida social y económica que, a su vez, directa o indirectamente, afecta a la situación de las mujeres, principalmente en el mercado del trabajo.

5.2. Formas de comisión del delito.

La comisión de este delito tiene distintos aristas de los cuales se vale el acosador, para provocar en la víctima temor y psicosis, en redonda en perjuicio en el desempeño de sus actividades diarias, siendo las actitudes más comunes las siguientes:

- Acorralar o encerrar a la víctima en lugares en los cuales no existen más personas.

- Tocar, agarrar o pellizcar cualquier parte del cuerpo.
- Enviar notas o fotografías con contenidos sexuales.
- Hacer sugerencias, gestos, miradas, bromas, o comentarios sexuales (esto puede incluir sonidos tales como ladrar)
- Hacer proposiciones, o decir rumores sexuales.
- Desnudarse o semidesnudarse ante los o las demás personas.
- Besar por la fuerza.

Según investigación realizada en 1994 por la Secretaría de la Mujer de la UPCN, con trabajadoras del sector público, se determinaron cinco niveles de conductas de acoso sexual, para las que se tuvo en cuenta el tipo de interacción (verbal - no verbal), el contenido del mensaje (menos o más coercitivo) y la implicación o no de contacto físico:

Nivel 1) Acoso leve, verbal: chistes, piropos, conversaciones de contenido sexual.

Nivel 2) Acoso moderado, no verbal y sin contacto físico: Miradas, gestos lascivos, muecas.

Nivel 3) Acoso medio, fuerte verbal: Llamadas telefónicas y/o cartas, presiones para salir o invitaciones con intenciones sexuales.

Nivel 4) Acoso fuerte, con contacto físico: Manoseos, sujetar o acorralar.

Nivel 5) Acoso muy fuerte: Presiones tanto físicas como psíquicas para tener contactos íntimos.

El agresor sabe o debería saber que la persona destinataria de su accionar lo considera ofensivo. Es necesario establecer la diferencia entre sabe o debería saber para poder amparar tanto las situaciones en que la víctima le ha hecho saber su molestia u ofensa al agresor como aquellas en las que éste no ha sido puesto en conocimiento pero que resultan claramente ofensivas o no resultan propias de las relaciones entre trabajadores.

El acoso sexual es una forma de violencia de género, intersección de la violencia sexual y la violencia laboral e institucional. Según María José Libertino, por un lado, el acoso sexual "fortalece el estereotipo y desequilibrio cultural del hombre productor (dominante) y de la mujer reproductora (sumisa), reduciendo a la mujer a objeto sexual y negándole el derecho de actuar en espacios considerados masculinos y, al mismo tiempo, absolviendo a los hombres de una mayor responsabilidad en el ámbito de la reproducción". Para la especialista, dado que no sólo responde a diferencias de poder real sino también al poder cultural, la mayoría de las víctimas de acoso son mujeres, si bien los varones también pueden también ser víctimas de acoso sexual por parte de mujeres o gays, especialmente cuando éstos son sus superiores jerárquicos.

Por otro lado, *"el acoso sexual viola derechos sexuales básicos como el derecho a la libertad sexual (la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida) y el derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y seguridad del cuerpo sexual, lo que incluye el control y el placer de nuestros cuerpos libres de violencia de cualquier tipo"*, para Libertino. Y, todos los especialistas concluyen que, cuando esta violación a la

integridad humana se da en el ámbito del trabajo, representa una violación del derecho de trabajar en un ambiente digno y humano, es decir, es también violencia laboral.

5.3. Sujetos activos del tipo penal.

En el acoso sexual existen elementos personales que intervienen, siendo el acosador el individuo que se vale de distintos medios de superioridad, para seducir a otra persona, para alcanzar el objetivo propuesto, mediante ofrecimientos que por méritos propios la víctima ha alcanzado; por lo que a dicha víctima se le conoce como acosada, todo vez que recibe presiones exteriores, para que permita el acceso carnal generalmente con su superior.

5.4. Daños morales y psicológicos en la víctima.

El acoso sexual puede ocasionar que una mujer deje la actividad que realiza para no afrontar el problema, si bien debido a la actual crítica situación socioeconómica del país lo más probable es que calle y se someta para no perder su dignidad y ser víctima de rechazo social. Puede ser despedida o perder sus perspectivas de promoción por no haber accedido a las sugerencias que le fueron hechas. La mujer acosada tiene siempre una sensación de culpabilidad generada por la carga social y cultural que, ante estos hechos, ve a la mujer como una "provocadora".

Las víctimas sufren de tensión nerviosa, irritabilidad y ansiedad, que a menudo pueden dar lugar a depresión, insomnios y otros trastornos psicosomáticos como jaquecas, problemas digestivos, cutáneos, etc.

El acoso sexual dificulta el desempeño de las funciones y la satisfacción de llevarlas a cabo. Si la víctima informa del incidente o rechaza acceder, el acosador dispone muchas veces del poder de afectar sus condiciones de trabajo, oportunidades de formación o promoción y su seguridad en el empleo.

Pero además, "el daño infringido a la mujer como consecuencia de hostigamiento sexual perjudica también a la compañía. Cuando una empleada se enferma o tiene problemas de concentración o cuando comete errores en el trabajo, la productividad baja y esto significa dinero"²¹.

Con relación a los empleados, las consecuencias del acoso sexual pueden ser demoledoras para la víctima. Además de los dañinos efectos físicos y psíquicos mencionados antes, la víctima corre el riesgo de perder su trabajo o experiencias relacionadas con él, tales como su formación profesional, o llegar a sentir que la única solución posible es renunciar a todo ello. El acoso sexual lleva a la frustración, pérdida de autoestima, abandono de trabajo y una merma de la productividad.

Con relación a las empresas, además de los efectos negativos ya apuntados, el acoso sexual incluso puede ser la razón oculta de que empleados valiosos abandonen o pierdan su puesto de trabajo, cuando, por otra parte, habían dado muestras de un buen rendimiento. Y si la empresa consciente un clima de tolerancia hacia el acoso

²¹ Van der Vliet, Corine. **Hostigamiento sexual en el trabajo, ¿un problema exclusivo de las mujeres.** pág. 35.

sexual, su imagen puede verse dañada en el supuesto de que las víctimas se quejen y hagan pública su situación. Por añadidura, corre también crecientes riesgos financieros, porque cada día son más los países en que una acción judicial a instancia de las víctimas puede fácilmente determinar daños e imponer sanciones económicas.

Las consecuencias para la sociedad, en su conjunto, podrían resumirse diciendo que el acoso sexual impide el logro de la igualdad, condona la violencia sexual y tiene efectos negativos sobre la eficiencia de las empresas, que entorpecen la productividad y el desarrollo.

5.5. El sector laboral y el acoso sexual.

El acoso sexual es un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones, denunciado por distintas organizaciones e instituciones y constatado por distintas investigaciones que han evidenciado la existencia, extensión y gravedad de este fenómeno en el ámbito laboral.

El acoso sexual puede ser sufrido tanto por hombres como por mujeres. Sin embargo la mujer se convierte en la principal víctima del mismo porque su situación en el mercado laboral es claramente inferior respecto a los hombres, por su inestabilidad en el empleo y su subordinación jerárquica profesional.

El acoso sexual en el ámbito laboral se inscribe en tres grandes ejes: la Violencia contra las mujeres, un entorno laboral sexista, y un marco de abuso de poder (tanto jerárquico como de género).

- En primer lugar, el acoso sexual en el ámbito laboral se inscribe en un contexto de violencia contra las mujeres, es decir, lo que subyace al mismo es la violencia como instrumento de poder de género. En este sentido, se defiende que su carácter sexual sería secundario, al tratarse sobre todo de un abuso de poder masculino.
- Asimismo, se encuadra en un entorno laboral sexista, en el que se producen otros actos discriminatorios contra las mujeres, tales como las diferencias de salario, el reparto de tareas por sexos. De manera secundaria, se asocia también a otros tipos de acoso que se producen en el ámbito laboral, tales como el psicológico o moral.
- En tercer lugar, se produce en un marco de abuso de poder, y por lo tanto puede acompañar a otro tipo de conductas abusivas, no sólo sexistas, sino también racistas, homófobas. En este sentido, el acoso sexual vertical se considera más grave que el ejercido entre compañeros/ as, puesto que en el primer caso el acosador se aprovecha de una doble posición de ventaja: la que le proporciona ser jefe -y que de él dependan la continuidad en la empresa de la víctima, su sueldo y su promoción-, y la que emana de su género.

La experiencia de la OIT indica que, inclusive cuando en una sociedad concreta haya algunos que nieguen la existencia de este fenómeno, ésta se ve confirmada positivamente por quienes lo sufren; lo que quiere decir que ignorancia de que exista no significa necesariamente que no ocurra. Más aún, se dispone ya de un creciente *corpus* de investigaciones empíricas, incluida jurisprudencia, que documenta la incidencia del acoso sexual en el trabajo. Estudios realizados en los últimos años en diversos países coinciden en aseverar la existencia del acoso sexual en el trabajo.

En 1996, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizó una encuesta entre trabajadores/as de treinta y seis países en la que se registraron las observaciones sobre lo que les ocurría en su ámbito laboral.

Según el informe, Francia, Argentina, Rumania, Canadá e Inglaterra señalaron las tasas más elevadas de agresiones y de acoso sexual. En los Estados Unidos, alrededor de 1000 personas mueren anualmente en sus trabajos, siendo el homicidio la principal causa de defunciones en el lugar de empleo para las mujeres y la segunda, para los hombres.

Centrado en el análisis de las tendencias globales, el informe señala: -los brotes de violencia *"que se producen en los lugares de trabajo de todo el mundo permiten concluir que ese problema rebasa, en efecto, las fronteras de los países, los ámbitos de trabajo o cualesquiera categorías profesionales"*. -en algunos lugares de trabajo y ocupaciones, como taxistas, personal del servicio sanitario, personal docente o el trabajo solitario, sobre todo en el turno noche de los comercios, existe un grado de riesgo a la violencia mucho mayor que el correspondiente a otros ámbitos u ocupaciones.

-Dicho riesgo es considerablemente mayor para las mujeres, dado que se concentran en las ocupaciones más expuestas como la enseñanza, el trabajo social, la enfermería, la banca y el comercio minorista. -tanto trabajadores como empleadores reconocieron la importancia de las agresiones psicológicas y el hostigamiento como forma grave de la violencia laboral.

5.6. Caso concreto de acoso sexual.

Estela (nombre ficticio) es una joven de dieciocho años de edad, trabajadora de una maquila del Municipio de El Tejar departamento de Chimaltenango, se graduó de Bachiller en Ciencias y letras en un Colegio del mismo departamento, sin embargo por las escasas fuentes de trabajo y poco recurso económico de sus padres no pudo continuar sus estudios, por lo cual optó por buscar fuentes de ingreso, y un amigo personal, la invito a trabajar en una maquila de ropa, ante la necesidad que la agobiaba aceptó acercarse a dicho centro de trabajo, después de cuatro visitas, para ingresar como trabajadora del centro laboral, fue aceptada inicialmente en el departamento de mantenimiento, debido a la inexperiencia que tenía en el ramo, a decir de ella, al principio le fue un poco incomodo barrer y trapear las instalaciones de la empresa, sin embargo se conformó, durante veinte días trabajó sin recibir ninguna amonestación verbal, no obstante recibir miradas constantes de su jefe inmediato, pero el día veintidós de labores comenzó la pesadilla para la señorita trabajadora, ya que su jefe inmediato le dijo que ella era muy buena trabajadora, dedicada, pero que eso no era suficiente para poder ser trasladada a otro lugar, a lo cual ella le respondió que estaba feliz con el trabajo que desempeñaba y que por el momento no pretendía trasladarse a otro puesto de trabajo, a lo cual él le dijo que el supervisor de la línea seis, había preguntado por ella, y que era una oportunidad de ganar mejor, pero si ella quería trasladarse tenía que pagarle en especie, ante su ingenuidad dicha señorita le dijo que le explicara como, a lo cual dicho jefe le dijo que era sencillo, ya que lo única que tenía que hacer era después de la jornada laboral llegar a la oficina de él para que a solas le explicara detalladamente lo que tenía que hacer y como era de esperarse ella no llegó, por lo que a partir de ese día hasta un mes después continuaron las insinuaciones, hasta el extremo de proponerle que se quedará a dormir una noche con él, y en más de una ocasión intentó besarla por la fuerza.

Para Estela, este primer acoso sexual término hasta cuando uno de los supervisores de la maquila le propuso que se trasladará a trabajar dentro de la planta, pero como ella no sabía coser en máquina plana ni overlok, le propusieron estar en el departamento de planchado a lo cual ella accedió, pero como ella no tenía experiencia en ese trabajo, el encargado del departamento le dijo al terminar su primera jornada laboral que quería hablar con ella, y le dijo que debía procurar aprender a planchar, porque a los “chinos” (dueños de las maquilas), no les gusta tener trabajadoras sin experiencia, pero que él podía ayudarla, si ella colaboraba, ella le dijo que estaba en la mejor disposición de hacerlo, a lo cual él dijo que era sencillo, únicamente debía existir voluntad para que nadie saliera lastimado, a lo cual la señorita preguntó ¿Por qué iba haber alguien lastimado?, fue en ese momento cuando ella entendió de las insinuaciones que se le hacía, no obstante a ello dicho encargado por la fuerza intentó besarla, a lo cual ella salió corriendo de la oficina y se retiró a su casa.

Estela, no entendía lo que estaba pasando, ante la incertidumbre decidió abandonar el trabajo, durante un tiempo, sin embargo la necesidad la hizo volver a trabajar en la misma empresa, debido a una enfermedad que padecía uno de sus familiares, y logró ingresar al departamento de producción en el cual uno de los supervisores desde el primer día que ella comenzó a trabajar no la dejaba de ver y como para ella, el joven era atractivo, no le prestó mayor atención a esa actitud, al tercer día de estar trabajando el supervisor se le acercó y entablo conversación con ella, las conversaciones se dieron frecuentemente durante aproximadamente una semana, y compañeras de trabajo le advirtieron a Estela que se cuidara porque dicha persona solo pretende aprovecharse a ella, toda vez que es casado y no es la primera vez que conquista a una persona, sin embargo Estela hizo caso omiso de la advertencia y un día aceptó salir con él a cenar, no obstante le parecía raro que él le contaba aventuras sexuales que tuvo con otras parejas, lecturas de revistas pornográficas y chistes que le contaba con contenido sexual, a pesar de ello salió con él,

al terminar la cena Estela recibió una declaración de amor de parte del supervisor, a ella le agradaba tanto él que lo aceptó, pero aún no habían salido del restaurante cuando él le propuso tener relaciones sexuales, ella se negó y comenzó la instigación de él, y en el trabajo se volvió insoportable la presión hasta que ella decidió nuevamente renunciar, de este caso conoció la Procuraduría de Derechos Humanos y la Inspección de Trabajo, ambos con sede en el Municipio de Chimaltenango.

El presente caso ilustra la forma como el acosador utiliza distintos métodos para seducir a su víctima, es por ello que se propone abarcar distintos ámbitos para la tipificación del delito de Acoso Sexual, toda vez que los actos introductorias se dan desde las miradas permanentes y constantes y las palabras que el acosador dirige a su víctima.

También se buscó la forma de hablar con los acosadores, sin embargo no se pudo contactarlos, pero amigos cercanos a ellos comentaron que son personas inestables emocionalmente, toda vez que mantienen ciertas diferencias personales en sus hogares, lo cual hace pensar, que la actitud asumida por ellos es en desahogo a sus fracasos matrimoniales.

Se pudo establecer que en las maquilas, opera la misma forma de acosar principalmente a la mujer, lo cual ha provocado cierta inconformidad entre los trabajadores, sin embargo indicaron que no toman ninguna medida toda vez que ha habido casos en los cuales se ha denunciado ante el Ministerio Público, porque existen mujeres que han quedado embarazadas, y en represalia en contra de la denunciante ha sido su destitución por causa justificada, ya que se les atribuye el robo de materia

prima, y también se ha destituido a más de una persona que de una u otra forma estaba dispuesta a colaborar con la víctima.

5.7. La mujer trabajadora de maquilas.

Sobre la problemática del acoso sexual en las maquilas del Municipio de El Tejar del departamento de Chimaltenango, se entrevistó a trabajadoras de dichas empresas y se pudo constatar que hay una falta de visibilidad social del acoso sexual, debido sobre todo a la tendencia al ocultamiento y su escasa notoriedad mediática, que tiende a circunscribirlo exclusivamente a la frontera del delito. Al tratarse de un grave problema social, es necesario que se abra a su concepto más amplio.

- Existe un entorno social que tiende a negar el acoso sexual, que lo oculta. Tan sólo se reconoce en sus situaciones más graves y también cuando se trata de casos paradigmáticos.
- Así, sólo una de cada cuatro trabajadoras (24.3%) ha percibido la presencia de conductas asociadas a acoso sexual en su trabajo. Más en concreto:
- Sólo el 4.6% de las entrevistadas afirman que situaciones de acoso se producen de forma más o menos habitual en sus empresas.
- El 23.3% de las situaciones observadas se enmarcan dentro de un tipo de acoso leve, si bien un 9.2% ha percibido conductas de acoso grave (un 1.0% de forma habitual) y un 3.9% indica haber advertido comportamientos de acoso sexual muy grave en su empresa (el 0.3% de forma habitual).

Cuando se expuso a la consideración de las mujeres trabajadoras de las maquilas del municipio de El Tejar del departamento de Chimaltenango, su opinión ante diferentes situaciones o actitudes relacionadas con el acoso sexual, el análisis de las respuestas señala una fuerte unanimidad, principalmente en tres aspectos esenciales:

- El acoso sexual es una forma de violencia (92.4%).
- El acoso sexual no tiene que venir necesariamente de un superior (solamente el 4.7% aceptan la relación de acoso sexual y jerarquía laboral).
- El acoso sexual no se produce debido a una actitud complaciente de la mujer (solamente el 11.0% de las mujeres aceptan que el acoso se inicie por que la mujer no se ha puesto en su sitio).

Hay que prestar una especial atención a una división de opiniones sobre que el acoso sexual “es una forma de discriminación sexual”, probablemente debido a que las trabajadoras de maquilas enfatizan más el componente de agresión implícito en este tipo de conductas que el propio de la segregación que puede suponer este tipo de actitudes machistas.

CAPÍTULO VI

6. Tipificación concreta del acoso sexual.

6.1. Síntesis del caso.

La necesidad de tipificar el acoso sexual como delito dentro del ordenamiento jurídico sustantivo guatemalteco, garantiza la libertad sexual y la libre elección de una actividad tanto en el sector público, como el privado de un hombre o una mujer, toda vez que en Guatemala, aún dicha conducta es indirectamente avalada por el Estado, no obstante como ha quedado plasmado anteriormente, los efectos sociales, económicos y psicológicos, que produce en la víctima y en muchos casos irreversibles.

En consecuencia es imperativo, regular la conducta del acoso sexual, ya que se pudo establecer que tanto en empresas, personas que ejercen profesión liberal, el comercio la industria o ubicadas en el sector público, es frecuente esta conducta, sin embargo no se presentan denuncias y las pocas que se hacen se archivan, toda vez que no existe tipo penal que proporcione sanción alguna en contra del acosador.

En Guatemala existe acoso sexual, en todos los ámbitos cotidianos, siendo el sector más vulnerable el femenino, a quienes se les considera como objetos sexuales, ante lo cual los superiores jerárquicos, valiéndose del puesto, obtienen favores sexuales a cambio de permitir ascensos, aumentos de ingresos económicos, traslados y en ocasiones mejores condiciones de trabajo, cuando en mucho de los casos son los

mismo trabajadores quienes se han ganado los méritos, sin embargo los superiores, no se los hacen saber de esa forma, sino hasta haber alcanzado el objetivo.

En consecuencia se propone dignificar a la mujer guatemalteca, dotando de herramienta legal para no continuar, bajo el yugo de la opresión por la jerárquica o el poder otorgada a personas con escasa comprensión del papel que juegan dentro de las instituciones públicas o privadas, toda vez que hasta la fecha es víctima del mismo Estado guatemalteco, quien no ha garantizado hasta este año la libertad sexual y superación personal, principalmente del sector femenino.

6.2. Propuesta de reforma al Código Penal, Decreto 17-73.

El actual Código Penal guatemalteco, no tiene contemplado en su normativa el tipo de acoso sexual, lo que hace que especialmente el sector femenino sea vulnerable a ser víctima de dicha actitud, de parte del hombre por situación jerárquica en el ámbito laboral, en consecuencia se cae en una alteración del bien jurídico tutelado tal como es la libertad y seguridad sexual, toda vez que dicha conducta inhibe a la mujer para elegir con quien compartir una intimidad sexual, sin ser víctima de la opresión para mantener un puesto de trabajo, el cual lo puede desempeñar por capacidad física o intelectual, pero la actual situación económica del país, debilita las posibilidades de encontrar una fuente de trabajo digna que ayude a satisfacer las necesidades económicas de cada familia, hecho que hace vulnerable a la mujer trabajadora del país.

El acoso sexual se presenta de muchas formas. Una de las más notorias es el llamado acoso por jerarquía, expresión que describe la situación de la empleada obligada a elegir entre acceder a unas demandas sexuales o perder algún beneficio

algo que le corresponde por su trabajo. Dado que esto sólo puede ser hecho cometido por alguien con el poder de dar o quitar un beneficio derivado del empleo, este acoso jerárquico es una forma que entraña un abuso de autoridad por parte del empleador (o por el agente del empleador en el que éste ha delegado su autoridad para fijar cláusulas y condiciones). Semejante chantaje sexual se considera en general particularmente reprobable, puesto que supone una violación de la confianza y un abuso de poder.

En el Código Penal actual Decreto 17-73, del Congreso de la República, se propone agregar al título III, el capítulo VIII, Artículo 200 Bis, en cual se contemple el delito de Acoso Sexual, bajo diferentes formas:

- En el caso que el acoso sexual esté individualizado, es decir cuando está dirigido a una o varias personas en particular deben incluirse:
 - Todos los contactos físicos destinados a tener relaciones sexuales.
 - Todo acto de naturaleza sexual que no configure exhibición obscenas
 - Todo comentario de connotación sexual, sexista u homofóbica o toda alusión hiriente sobre el aspecto físico o sobre la vida privada de la víctima.

- Cuando el acoso sexual es ambiental, es decir que crea un clima de intimidación, humillación, hostilidad, sin que esté dirigido a una o varias personas en particular:
 - Todo acto de naturaleza sexual, sexista u homofóbica, especialmente afiches, comunicaciones, exposición de material pornográfico o sexual.
 - Todo comentario de connotación sexual, sexista u homofóbica.

- Deben considerarse circunstancias agravantes los casos siguientes:
 - Cuando la persona que comete el acoso está en una posición de poder respecto a la persona acosada: especialmente jefe / subordinado / a, médico / paciente, psicoanalista / persona analizada, profesor / alumno / a, funcionario público / ciudadano, propietario / locatario, sindicato / afiliado / a.
 - Cuando la persona acosada ha sufrido, por el hecho del acoso, la pérdida de su empleo (despido o renuncia provocada o forzada) y/o de algún beneficio que podía pretender y/o la pérdida de la posibilidad de continuar su carrera (lucro cesante).
 - Cuando hay pluralidad de autores.
 - Cuando el autor aproveche el estado de vulnerabilidad económica, social de la víctima, de su origen, de su deficiencia física o psíquica.
 - Las penas deben reflejar la relación con el bien jurídico tutelado (la libertad sexual de las personas) .

6.3. Propuesta de Reforma al Código Procesal Penal, Decreto 51-92.

Con la tipificación del acoso sexual, se propone reformar el Artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal, en el sentido de incluir en el mismo el numeral 11) en el cual se incluya el tipo señalado anteriormente, toda vez que se busca que el tipo penal de Acoso Sexual, sea de acción pública dependiente de instancia particular.

Dicha propuesta se hace con el fin de contar con la colaboración de la víctima, en virtud que en la actualidad el Ministerio Público, no cumple con su función legal de una investigación objetiva y oficiosa, ya que existen casos en los cuales no se ha impulsado acción alguna, por no contar con la ayuda de los parientes o la misma víctima.

La presente propuesta lleva implícito el lema de la justicia guatemalteca “pronta y cumplida”, porque es urgente que la mujer recupere los espacios perdidos y sea escuchada, cuando sus derechos han sido violados, principalmente en el ámbito laboral, que en la actualidad es relegada a espacios de segundo plano, bajo el dominio masculino, lo cual la hace más vulnerable a ser víctima de acoso sexual.

6.4. Propuesta de decreto para la tipificación del acoso sexual.

En aras de fortalecer el sistema de justicia, para que la misma sea pronta y cumplida en el ramo Penal, se recomienda realizar la siguiente reforma al Código Penal:

DECRETO NÚMERO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO

Que la mujer guatemalteca debe ser dignificada en todos los ámbitos de la vida y que la igualdad consignada en la Constitución Política de la República, debe ser una realidad para que se le reconozca sus derechos y obligaciones.

CONSIDERANDO

La amplitud de acoso sexual, la gravedad de sus efectos, las consecuencias perjudiciales en términos de salud mental, física y desestabilización en el marco del empleo, que toda persona tiene el derecho al respecto de su integridad física y psíquica, que la legislación actual, tanto penal, como laboral, es inadecuada ya que deja impunes numerosas agresiones.

CONSIDERANDO:

Que el Estado guatemalteco ha suscrito tratados y convenciones internacionales tendientes a garantizar el respeto de los derechos de las mujeres, en consecuencia es imperativo la creación del tipo penal de Acoso Sexual.

POR TANTO:

Con fundamento en lo que disponen los Artículos 171 inicio a), 174, 175, 176, 177 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo 1. Se adiciona al Título III, del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, el siguiente:

Capítulo VIII, Del Acoso Sexual.

Artículo 200 Bis. Acoso Sexual. Acoso sexual es cualquier tipo de acercamiento o presión de naturaleza sexual tanto física como verbal, no deseada por quien la sufre, que surge de la relación de jerarquía o poder dentro del sector público y privado y que da por resultado un ambiente hostil, un impedimento para mantener una relación tanto profesional o de subordinación que alcancen un condicionamiento de las necesidades y oportunidades de la persona perseguida.

Será sancionado el autor del delito con prisión de tres a seis años cuando su conducta se encuadre en los siguientes actos:

- Todos los contactos físicos destinados a tener relaciones sexuales.
- Todo acto de naturaleza sexual que no configure exhibición obscenas
- Todo comentario de connotación sexual, sexista u homofóbica o toda alusión hiriente sobre el aspecto físico o sobre la vida privada de la víctima.
- Todo acto de naturaleza sexual, sexista u homofóbica, especialmente afiches, comunicaciones, exposición de material pornográfico o sexual.
- Todo comentario de connotación sexual, sexista u homofóbica.

La pena se agravará en una tercera, en los siguientes casos:

- Cuando la persona que comete el acoso está en una posición de poder respecto a la persona acosada.
- Cuando la persona acosada ha sufrido, por el hecho del acoso, la pérdida de su empleo (despido o renuncia provocada o forzada) y/o de algún beneficio que podía pretender y/o la pérdida de la posibilidad de continuar su carrera (lucro cesante).
- Cuando hay pluralidad de autores.
- Cuando el autor o los autores aprovechen el estado de vulnerabilidad económica o social de la víctima o de su origen o de su deficiencia física o psíquica.

Artículo 2. Se adiciona al Artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, el siguiente numeral:

11) El Acoso Sexual.

Artículo 3. El presente decreto entra en vigor ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Remítase al Organismo Ejecutivo para su sanción promulgación y publicación

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala a los ____ días del mes de _____ de dos mil _____.

CONCLUSIONES

1. El autor ejecuta directa o indirectamente la comisión de un delito poniendo una condición para su comisión, pero siempre que no esté comprendido en alguna de las categorías de inductor o cómplice, diferenciándose de la participación porque en este último caso únicamente se contribuye o facilita la realización del delito por parte del autor.
2. El iter criminis, es el camino del delito que se compone de una fase interna, en la cual el hecho se concibe en la mente del autor y comprende dentro de sí la atención criminal, la deliberación sobre los motivos de la realización del hecho y la resolución en relación con la realización o no del hecho y por la fase externa que comienza con los actos preparatorios, la ejecución y consumación del tipo penal y es éste último lo que el derecho penal sanciona.
3. El proceso penal guatemalteco es funcional en consecuencia, es urgente la creación del acoso sexual como delito, para la dignificación de la mujer guatemalteca por ser el sector más vulnerable y propenso a este tipo de actos ilícitos, protegidos actualmente por el sistema legal establecido en este país.
4. El acoso sexual es cualquier tipo de acercamiento o presión de naturaleza sexual tanto física como verbal, no deseada por quien la sufre, que surge de la relación de poder o jerarquía en sector público y privado y que da por resultado un ambiente hostil, un impedimento para hacer las tareas y/o un condicionamiento de las oportunidades de ocupación de la persona perseguida, siendo la mujer el sector más proclive a sufrir esta clase de acción abominable para la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. El acoso sexual es una conducta humana que debe ser tipificada como delito dentro del marco legal guatemalteco y se debe tomar en cuenta que dicho tipo penal contenga los elementos de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.
2. Es imperativo la creación del tipo de Acoso Sexual, como forma de dignificar a la mujer guatemalteca, en consecuencia y de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, la Universidad de San Carlos, debe impulsar la iniciativa de ley para la reforma del Código Penal y el Código Procesal Penal.
3. En el tipo de Acoso Sexual, debe establecerse una sanción de prisión y condena al pago de responsabilidades civiles al autor del delito, ya que debe definirse claramente que es el autor el ejecutor del hecho delictivo, porque si bien existen cómplices del acto los mismos muchas veces son sometidos a presiones de índice laboral para que se mantengan al margen de los hechos.
4. La consumación del tipo penal de Acoso sexual, debe quedar establecido desde el momento en el cual la víctima es constantemente observada por el acosador, es sometida a interrogatorios con contenido sexual, a bromas o chistes con el mismo contenido, y proposición con contenido sexual.

5. Dentro del proceso Penal guatemalteco, existe una institución encargada de la investigación de los hechos delictivos, en consecuencia se debe reformar el Código Procesal Penal, en el sentido que el delito de Acoso Sexual, sea de acción pública dependiente de instancia particular con el único objetivo que el Ministerio Público, cuente con la estrecha colaboración de la víctima, para el esclarecimiento del hecho.
6. En virtud del constante acoso sexual, al cual es sometida la mujer trabajadora, prudente es hacer pública la denuncia y señalar los centros de trabajo para que las empresas tomen las medidas que sean necesarias y que los actos cometidos por sus trabajadores de confianza, no les afecte en el prestigio comercial que ostentan.
7. Es imperativo reformar el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República para adicionar al título III, el capítulo VIII, Artículo 200 Bis, en el cual se tipifique el acoso sexual, el cual incluya:
 - En el caso que el acoso sexual esté individualizado, es decir cuando está dirigido a una o varias personas.
 - Cuando el acoso sexual es ambiental, es decir que crea un clima de intimidación, humillación, hostilidad, sin que esté dirigido a una o varias personas.
 - Deben considerarse circunstancias agravantes los casos siguientes:
 - Cuando la persona que comete el acoso está en una posición de poder respecto a la persona acosada.
 - Cuando la persona acosada ha sufrido, por el hecho del acoso, la pérdida de su empleo, algún beneficio que podía pretender y/o la pérdida de la posibilidad de continuar su carrera.

- Cuando hay pluralidad de autores.

- Cuando el autor o los autores aprovechen el estado de vulnerabilidad económica o social de la víctima o de su origen o de su deficiencia física o psíquica.

- Las penas deben reflejar la relación con el bien jurídico tutelado (la libertad sexual de las personas)

ANEXO

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

BOLETA DE ENCUESTA

La presente encuesta se hace con el único fin de complementar información respecto al acoso sexual, en consecuencia su utilización es eminentemente académico, por lo que para resguardar la integridad de la persona se le solicita completar la información requerida, sin consignar su nombre.

1. Ha sido usted víctima de acoso sexual?

SI _____ NO _____

2. Cuáles han sido las principales manifestaciones de acoso sexual que ha sufrido?

3. Ha sido habitual el acoso sexual en su empresa?

SI _____ NO _____

4. Como considera usted el acoso sexual?

Leve _____

Grave _____

Muy Grave _____

5. Considera usted que el acoso sexual es una manifestación de violencia?

SI _____ NO _____

6. El acoso sexual es una actitud exclusiva de los jefes?

SI _____ NO _____

7. Considera usted que la mujer es quien provoca el acoso sexual?

SI _____ NO _____

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires Argentina: (s.e.), 1945.
- ARAGONÉS ARAGONÉS, Rosa. **Temas fundamentales del proceso penal guatemalteco**. Guatemala: (s.e.), 2005.
- ARDÓN QUIÑÓNEZ, Roberto. **Justicia laboral**. Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2004.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Unidad del orden jurídico como interés general**. (s.l.i.), (s.e.), 2000.
- CEREZO MIR. **Derecho penal parte general**. Barcelona, España: (s.e), (s.f).
- CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. Vol. 3; México: Ed. Repoflo, 1999.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: (s.e.), 1957.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Guatemala: (s.e.), 1954.
- DE MATA VELA, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: (s.e.), Junio 1996.
- DIEZ RIOPLLÉS, José Luis y Esther Giménez-Salinas i Colomer. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Artemio Edinter, 2001.
- GÓMEZ, Benítez. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 2000.
- JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal**. México: (s.e.), 1991.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Vol. 7; México: Ed. Repoflo, 1999.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **Causalismo y finalismo en derecho penal**. Buenos Aires, Argentina; (s.e.), 1994.
- RUIZ CASTILLO DE JUAREZ, Crista. **Teoría general del proceso**. 6ª. ed. Guatemala: Ed. Impresos praxis, 1997.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

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

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (CEDAW) de 1979.

La Convención para prevenir, erradicar y castigar la violencia contra las mujeres.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del 20 de diciembre de 1993, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.