


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, likely a saint or a historical figure, holding a staff. Above the shield is a crown. The shield is flanked by two columns. The entire emblem is surrounded by a circular border containing Latin text. The text at the top reads "UNIVERSITAS CAROLINA ACADÉMIA COACTEMALENSIS" and the text at the bottom reads "FUNDATA 1676".

**ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, ÚNICA PERSECUCIÓN E
IRRETROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO
Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

JORGE ERNESTO RUIZ SOSA

GUATEMALA, JUNIO DE 2010.

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

**ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, ÚNICA PERSECUCIÓN E
IRRETROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO
Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

TESIS

Presenta a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE ERNESTO RUIZ SOSA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2010.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Rosa María Ramírez Soto
Vocal:	Licda. Marisol Morales Chew
Secretario:	Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Secretaria:	Licda. Magda Nidia Gil Barrios

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

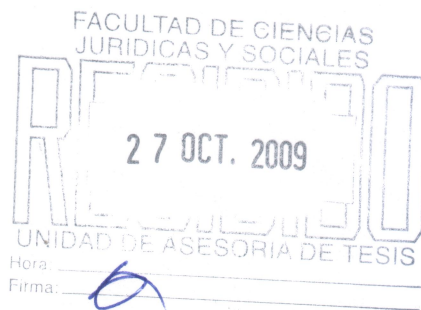


M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGÓN
Boulevard Sur 1-025 zona 04 de Mixco, Residenciales El Pedregal del
Naranja
Teléfono 24374220

Guatemala, 19 de Octubre del año 2009


Licenciado:

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



Por éste medio me dirijo a usted, con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se me hiciera para asesorar al bachiller JORGE ERNESTO RUIZ SOSA, respecto a su trabajo de tesis intitulado ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, UNICA PERSECUCIÓN E IRRETROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que la suscrita consideró pertinentes, los cuales fueron atendidos por el Bachiller RUIZ SOSA.

También, quiero manifestar que el trabajo desarrollado por el Bachiller RUIZ SOSA es interesante, se refiere a una realidad concreta desde el punto de vista jurídico y la problemática en que pueden encontrarse los jueces cuando apliquen la ley, respecto a los principios que fueron analizados ampliamente en el trabajo de investigación, y que sin lugar a dudas, la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, fue creada como una reacción a los índices de violencia que golpean a la mujer sin embargo, adolece, como concluye el bachiller RUIZ SOSA, de consistencia y creará dificultad especialmente en los jueces cuando


LICENCIADA
Coralia Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA

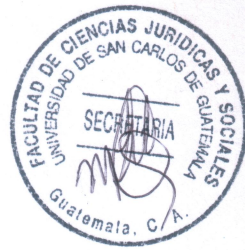


los defensores sean diligentes y eficientes en hacer los planteamientos y cuestionamientos respecto a los supuestos que el presente trabajo refiere, por lo que considero que el mismo tiene un contenido científico y técnico, y el Bachiller RUIZ SOSA utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente con los hallazgos; aceptable en cuanto a las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero que cumple con los requisitos que para el efecto establece el artículo 32 del reglamento vigente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y emito el presente dictamen en forma FAVORABLE.

Atentamente,

LICENCIADA
Coralía Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA

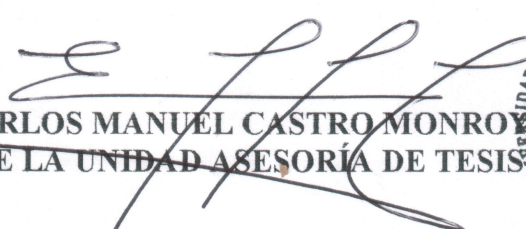
M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGÓN
Colegiada Activa 5656

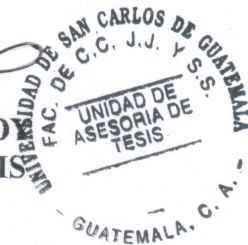


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de octubre de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONALD DAVID ORTÍZ ORANTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JORGE ERNESTO RUIZ SOSA, Intitulado: "ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, ÚNICA PERSECUCIÓN E IRRETROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA 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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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

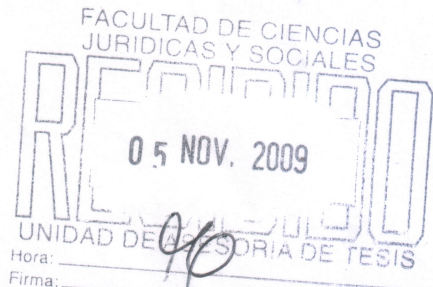


BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
Avenida Reforma 12-01 zona 10
Edificio Reforma Montufar, Of. 1-112
Teléfonos: 23316675, 23317255 y 23344631.



Guatemala, noviembre 4 de 2009.

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



Distinguido Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que, en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis, en donde se me nombra como Revisor de tesis del Bachiller **JORGE ERNESTO RUIZ SOSA**, intitulada **“ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, UNICA PERSECUCIÓN E IRRECTROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”**. Para el efecto hago constar, que el sustentante tomó en cuenta las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación y así mismo efectuó las investigaciones y correcciones que en el desarrollo de la revisión se formularon, obteniendo con ello una investigación de suma importancia para la sociedad guatemalteca.

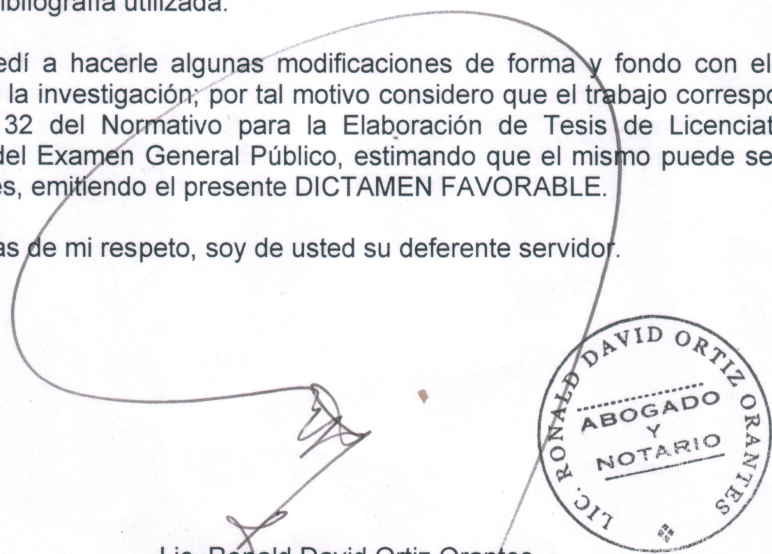
El contenido científico del trabajo que investiga es de carácter jurídico doctrinario, en el cual se desarrolla lo concerniente al estudio del derecho penal.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; se realizó con los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo, que las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada.

Asimismo procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación; por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Con las muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.

Atentamente,



Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Abogado y Notario
Colegiado 4,995



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JORGE ERNESTO RUIZ SOSA, Titulado ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, ÚNICA PERSECUCIÓN E IRRETROACTIVIDAD APLICADOS A LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS: Por haberme dado vida y talento para culminar este sueño que comparto con los seres que me aman y que amo. Te amo mucho Señor Jesús.

A MIS PADRES: Por sus consejos, su ejemplo, la paciencia y fe que han tenido por y para mí. Los amo mucho y espero que esta meta cumplida sea una pequeña honra y tributo al esfuerzo suyo.

A MIS HERMANAS Y SOBRINAS: A quienes pretendo dar un buen ejemplo de dedicación, perseverancia y determinación a seguir.

A MI ESPOSA: Por tu amor y apoyo incondicional; por ser esa persona tan especial que Dios colocó en mi camino para que su transitar fuera más agradable. Te amo.

A MIS HIJOS: Por ser el regalo más hermoso que Dios me ha dado.

A LAS MUJERES: Que en un grito desesperado, claman justicia.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala,
esencialmente a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales.

A: Usted en especial.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Breve análisis del derecho penal guatemalteco	1
1.1 Breves antecedentes	1
1.2 Definición de derecho penal	8
1.3 Características fundamentales del derecho penal	10
1.4 Principios fundamentales del derecho penal sustantivo.....	12

CAPÍTULO II

2. Concurso aparente de leyes penales	25
2.1 Aspectos generales	25
2.2 Definición	28
2.3 Criterios para la solución del concurso aparente de leyes penales	30
2.4 Necesidad de regular el concurso aparente de leyes penales	36

CAPÍTULO III

3. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)	39
3.1 Definición	39
3.2 Unidad de acción y de delito	40
3.3 Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal)	42

	Pág.
3.4 Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real)	47
3.5 Pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado)	50

CAPÍTULO IV

4. La ley penal en el tiempo	57
4.1 Eficacia temporal de validez de la ley penal	57
4.2 La irretroactividad de la ley penal	58
4.3 La extractividad de la ley penal	60
4.4 Supuestos que pueden presentarse en la sucesión de leyes penales	62
4.5 La retroactividad de la ley penal y la cosa juzgada	65
4.6 Leyes penales intermedias	66
4.7 Leyes penales excepcionales o temporales	67

CAPÍTULO V

5. Análisis de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer	69
5.1 Aspectos considerativos y exposición de motivos	69
5.2 Análisis de los aspectos más relevantes de la ley	73
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por finalidad desarrollar aspectos importantes relacionados con la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, cuya normativa es de creación reciente.

El objetivo general trazado es el análisis de los tipos penales contenidos en la citada ley y la comparación con aquéllos que se encuentran regulados en el Código Penal, considerando que entre éstos podría suscitarse un concurso aparente de normas o leyes penales; y, como consecuencia de una mala interpretación, la violación de principios fundamentales como el de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal.

Los objetivos específicos establecen en qué consiste el derecho penal, sus antecedentes, los principios que lo fundamentan y su asidero legal en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal, Código Procesal Penal y convenios y tratados internacionales; se enfatiza en el estudio de los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, y su aplicación ante un concurso aparente de normas penales entre la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y el Código Penal.

De lo anterior deviene establecer los aspectos incongruentes y contradictorios de los tipos penales regulados en las citadas leyes, y el análisis de los bienes jurídicos tutelados por ambas; por último, se establece que la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer constituye normativa vigente, mas no positiva y como consecuencia lógica de ello se propone la reforma en el sentido de introducir al ordenamiento jurídico, ciertos aspectos que se consideran importantes para subsanar el problema que se plantea para su aplicación.

Para arribar a las conclusiones y recomendaciones finales de la investigación, se planteó la siguiente hipótesis: Existe concurso de normas entre la Ley contra el

Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, y por tanto, con su aplicación simultánea al mismo hecho, se violan a los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal.

La metodología empleada se basó en el método analítico y sintético, y las técnicas de investigación utilizadas fueron la bibliográfica que al final se detalla, así como la lectura de revistas y la navegación en internet.

La división capitular del presente trabajo es el siguiente: en el capítulo primero se elabora un breve análisis del derecho penal, sus antecedentes, definición, características y principios fundamentales; en el segundo se aborda lo concerniente al concurso aparente de leyes penales, los criterios para su solución, y la necesidad de su regulación en el Código Penal; en el tercero, se trata el tema del concurso de delitos y sus distintas modalidades; en el cuarto capítulo se estudia la ley penal en el tiempo, su eficacia temporal de validez, la irretroactividad y extractividad de la ley penal, así como los supuestos que pueden presentarse en cuanto a la sucesión de las leyes penales en el tiempo; y, el quinto capítulo, contiene un análisis de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, siendo esta la parte que se considera más importante dentro de esta investigación, en virtud que se ponen de manifiesto desde errores en su redacción hasta violación a los principios de favorabilidad y *ne bis in ídem*.

Finalmente, la investigación se propone incentivar a los estudiosos del derecho penal y a quienes de una u otra forma están involucrados en la administración de justicia, para que a partir de la misma ahonden en el estudio de las ideas expuestas y de esa manera poderla enriquecer en cuanto a su contenido y sobre todo en lo referente a su aplicación a casos concretos.

CAPÍTULO I

1. Breve análisis del derecho penal guatemalteco

En el presente capítulo, se elabora un estudio de algunos de los conceptos básicos del derecho penal, dando inicio con las distintas épocas por las que dicha ciencia ha atravesado a lo largo de la historia hasta convertirse en lo que actualmente conocemos.

Y en ese sentido, encontramos que uno de los logros más significativos de esta ciencia fue la creación de la ley penal y que a partir de ello se le considera su fuente principal, en virtud que se arriba a la conclusión de que no puede sancionarse un hecho si el mismo no está descrito en una norma como delito, y esa descripción debe ser anterior a la comisión del hecho y haber sido elaborada por el organismo estatal competente.

Luego se aborda el tema del derecho penal, definiéndolo como tal, enumerando sus características principales, para finalmente analizar los principios fundamentales de esta ciencia que han de tomarse en consideración al aplicarse un precepto jurídico penal a un caso concreto.

1.1 Breves antecedentes

El derecho penal al igual que otras ciencias, ha tenido un período de evolución e historia, de la cual se establece que tanto doctrinaria como legislativamente se hace

necesario introducir cambios en el ordenamiento jurídico penal, como consecuencia de las mutaciones que constantemente sufre la sociedad, lo que conlleva la creación de nuevos tipos penales y sanciones para los mismos.

Al estudiar al derecho penal, diversos tratadistas concuerdan con clasificar la historia del mismo en las épocas siguientes:

1) Época de la venganza privada: Se afirma que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público o estatal no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual. La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Como en dicha época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual y cada quien se hacía justicia por su propia mano; esto dio origen –dice Cuello Calón- a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, ya que los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible.

Para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, la venganza

privada fue atenuada por la Ley del Tali3n, seg3n la cual no pod3a devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su v3ctima –ojo por ojo y diente por diente– reconociendo as3 el grupo o la colectividad que el ofendido s3lo ten3a derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido. Adem3s de la Ley del Tali3n, aparece como otra limitaci3n de la venganza privada la composici3n, a trav3s de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que 3stos no ejercitaran el derecho de venganza.

2) 3poca de la venganza divina: En esta 3poca se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios; los jueces juzgan en su nombre y las penas se impon3an para que el delincuente exp3e su delito y la divinidad deponga su c3lera.

3) 3poca de la venganza p3blica: Se deposita en el poder p3blico la representaci3n de la vindicta social respecto de la comisi3n de un delito. El poder p3blico ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jur3dicos han sido lesionados o puestos en peligro, caracteriz3ndose por la aplicaci3n de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relaci3n al da3o causado, e inclusive los jueces ten3an la facultad de imponer penas no previstas en la ley.

4) Per3odo humanitario: Se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas. La etapa humanitaria del derecho penal comienza a fines del siglo XVIII con la

corriente intelectual del Iluminismo y los escritos de Montesquieu, Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, que el en año de 1,764 publicó su famosa obra denominada De los Delitos y de las Penas, en la cual se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido; el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Consideró además que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre; es más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crece con el vigor de la imaginación y la propia flaqueza, y es más útil porque cuando es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de ideas, delito y pena, de tal modo que funcionan el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario.

5) Etapa científica: Se inicia con la obra de César Bonnesana. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar el derecho penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico. Luego de la Escuela Clásica aparece la Escuela Positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri consideró que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose, para su

estudio, del método positivista o experimental, contrapuesto al lógico abstracto de la Escuela Clásica.

Luego de esta etapa, Eugenio Cuello Calón, considera que surge el llamado derecho penal autoritario cuya principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de tipo político, que en regímenes democráticos tuvieron trato benévolo en grado sumo, fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

6) Época moderna: Respecto a este lapso los tratadistas guatemaltecos Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela exponen: “Actualmente existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que la ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico.”¹

Como anteriormente se indicó, eran los particulares quienes ejercían la venganza privada cuando se veían afectados por la comisión de un hecho delictivo perpetrado en su contra. Pero esta venganza en muchos de los casos resultaba totalmente desproporcionada, de tal suerte que se puso un límite a dicha venganza con la denominada Ley del Talión. Posteriormente hubo una transición en cuanto al ejercicio

¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Págs. 18 y 19.

de la represión penal, pues la misma pasó a manos del Estado, quien en nombre de la colectividad vengaba, por así decirlo, el daño causado a los particulares. Sin embargo, en innumerables casos los jueces imponían penas no establecidas en la Ley.

He aquí la importancia de otro de los grandes avances de nuestra Ciencia: La creación de la ley penal. En este sentido Guillermo Cabanellas indica: “Constituye una de las fuentes del derecho, tal vez, la principal, del derecho. En sentido amplio, se entiende por ley toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinado tiempo y lugar.”²

Efectivamente, sin una norma jurídico penal que establezca claramente cuál es el hecho punible, no puede sancionarse dicho hecho. Pero la norma debe haber sido creada por el poder estatal, con anterioridad a la comisión del hecho.

Así, dentro de las características de la ley penal, se encuentran las siguientes:

- a) Generalidad, obligatoriedad e igualdad:** La ley penal es dirigida a todas las personas naturales o jurídicas, que habitan un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; la ley penal, entonces, resulta ser general y obligatoria para todos dentro del territorio nacional, sin ningún tipo de discriminación en cuanto a raza, sexo, color, religión, posición económica, social, política, etc.

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Pág. 634

- b) Exclusividad de la ley penal:** Esta característica se encuentra regulada en los Artículos del 1 al 7 del Código Penal, y se refiere a la exclusividad de la ley en la creación del derecho penal, que le corresponde al Estado en su ejercicio, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa y de reserva que contiene el Artículo 1 del Código Penal, sólo a través de la ley penal se pueden crear delitos y faltas, así como establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos.
- c) Permanencia de la ley penal:** La ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley penal la derogue, y mientras que esta permanezca debe ser ineludible para todos los habitantes del territorio nacional; los numerales 3 y 4 del Artículo Único de las disposiciones finales del Código Penal, se refieren concretamente a éste principio.
- d) Imperatividad de la ley penal:** Las normas penales al contrario de otro tipo de normas, contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir; no deja librado nada a la voluntad de las personas, manda hacer o prohíbe hacer sin contar con la anuencia de la persona que sólo debe acatarla y en caso contrario la amenaza con la imposición de una pena anteriormente establecida en el Código Penal.
- e) Es sancionadora:** A pesar de que según el derecho penal moderno, se considera que el fin supremo no es la sanción, en virtud que primordialmente pretende prevenir, reeducar, reformar, rehabilitar, reorientar a través de las medidas de seguridad y atención directa del delincuente; sin embargo, la ley

penal siempre conlleva una sanción.

- f) Es constitucional:** La ley penal, como cualquier otra, debe tener su fundamento en la ley suprema que es la Constitución Política de la República de Guatemala, y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos que se constituyen ley vigente en el Estado al ser aprobados y ratificados por Guatemala.

1.2 Definición de derecho penal

Conforme el diccionario: “Es el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas.”³

El Derecho Penal, se encuentra constituido por un conjunto de normas jurídicas, principios, y leyes que regulan los delitos, las penas, las medidas de seguridad y la ejecución de las mismas; es por ello, que se ha dicho que el sistema penitenciario constituye uno de los fines del quehacer del Estado.

Se encuadra, entonces, el derecho penal en el ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede

³ Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe. Pág. 1351

variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto.

“Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* (ningún crimen, ninguna pena sin ley previa). Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro. El delito responde a un tipo descrito en el código penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas.”⁴

⁴ *Ibíd.* Pág. 333

El derecho penal: “Se encarga no solamente de describir y señalar los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el bien de la colectividad, sino también, se basa en los principios que rigen no solo en el momento a la sociedad, sino que estos han ido variando en tiempo y espacio, y de esa manera también la legislación debe irse reformando para ajustarlos a esos cambios, tendientes a la resolución de los conflictos que surgen en la sociedad, con el fin de proteger precisamente esos bienes jurídicos.”⁵

De acuerdo a lo anotado anteriormente, se establece que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, instituciones, y principios, creados por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia penal comprende el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido, ser preventivo, rehabilitador y se encuentra investido de una serie de principios fundamentales.

1.3 Características fundamentales del derecho penal

Dentro de las características principales del derecho penal se encuentran las siguientes:

1) Es una ciencia social y cultural, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso.

⁵ **Ibíd.** Pág. 345

2) Es normativo, porque está compuesto por normas jurídico penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana.

3) Es de carácter positivo, ya que el derecho penal vigente es solamente aquel que el Estado ha promulgado con ese carácter.

4) Pertenece al derecho público, porque siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes.

5) Es valorativo, porque el derecho penal califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valorar la conducta de los hombres.

6) Es finalista, porque su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen.

7) Es fundamentalmente sancionador, porque el fin del derecho penal es precisamente castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito.

8) Debe ser preventivo y rehabilitador, porque además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

1.4 Principios fundamentales del derecho penal sustantivo

Existe una serie de principios propios e innovadores del derecho penal contemporáneo, y tomando ello en consideración se analizan los que son más importantes para la presente investigación:

1) De legalidad o de intervención legalizada: Este principio establece que no puede haber delito ni pena si no existe una ley anterior que lo regule. En un Estado democrático de derecho, este principio resulta fundamentalmente necesario, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley. Entonces, radica en el hecho de legitimar al derecho penal, porque establece en forma clara las infracciones que constituyen delito y cuales son las infracciones que no y que son consideradas como faltas.

Se basa en que no existe delito ni pena sin ley anterior; es decir, *nulla crimen nulla poena sine lege*, y a través del mismo se cumple la función de seguridad jurídica, conceptualizándose esta como la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho entorpezca la mala voluntad de los gobernantes para que pueda causarles perjuicio. Este principio está ligado íntimamente con la legitimidad democrática, pues de no contar con la seguridad jurídica, podría ocasionarse un caos en la justicia criminal y la función de legitimidad democrática es garantista de la seguridad jurídica.

En base a lo expuesto, el principio de legalidad comprende lo siguiente:

- Garantía criminal, porque se requiere que el delito se encuentre determinado en la ley previamente.
- Garantía penal, porque en la ley se debe establecer la pena en correspondencia al hecho.
- Garantía judicial, que exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena, sean determinados por una sentencia judicial.
- Garantía de ejecución, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal.

El fundamento legal de este principio está plasmado en los Artículos 5 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales preceptúan: Artículo 5. Libertad de acción. “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.” Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.”

De este principio se derivan los siguientes subprincipios:

- a) Reserva de ley:** Este tiene su fundamento en el hecho de que el poder legislativo es el único que tiene la potestad para definir los delitos y las penas; es decir, que

únicamente el Congreso de la República como representante de la voluntad popular, se encuentra legitimado para decidir qué conductas se deben perseguir y en consecuencia sancionar.

b) Taxatividad: Por esta se entiende que el legislador debe determinar en forma técnica, clara y precisa las conductas punibles. En ese sentido, en la jurisprudencia española se ha establecido que la necesaria taxatividad de las definiciones penales es una exigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, lo que evita que el legislador establezca lo que se denomina tipos abiertos, en los que las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, con el consiguiente perjuicio a la seguridad jurídica.

2) De favorabilidad: Este principio es una regla de interpretación que indica con amplitud como debe interpretarse la norma sustantiva penal en caso de duda sobre circunstancias fácticas que fundamentan la imputación o cualquier circunstancia para imponer una medida de coerción o también para la aplicación e interpretación de la ley.

En ese sentido, la doctrina ha pregonado que la duda siempre favorece al reo, y que por lo tanto este principio busca asegurar una mejor administración de justicia represiva ante el supuesto de encontrarse el juzgador ante la posible aplicación de dos o más normas jurídico penales distintas, en virtud de lo cual debe aplicar la que más favorezca al imputado.

3) Retroactividad de la ley penal: Como primera premisa o regla general existe la no retroactividad de la ley; sin embargo, en materia penal existe la única excepción a esta regla, siempre que la aplicación retroactiva de la norma favorezca al reo.

En ese sentido, el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: Irretroactividad de la ley. “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.”

De lo anterior se deduce que en materia penal, puede aplicarse una la ley nueva a los actos, hechos o consecuencias jurídicas del delito regido por la ley vigente al tiempo en que se lo cometió, siempre y cuando se favorezca al reo.

En igual sentido preceptúa el artículo 2 del Código Penal: Extractividad. “Si la ley vigente, al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean favorables al reo aún cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo la condena.”

3) Prohibición de la analogía *ad malam partem*: En cuanto a este principio, es preciso determinar en primer lugar en que consiste la analogía. Esta no es más que la aplicación de la ley a supuestos no contemplados en ella, pero que son similares o análogos a los que la ley describe.

Muñoz Conde y García Arán exponen: “La prohibición de analogía afecta, sin género

de dudas, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir, a la denominada analogía *in malam partem*. Lo anterior es consecuencia directa del sentido garantista del principio de legalidad que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que fundamentan la responsabilidad penal porque definen conductas punibles, ni tampoco aquéllas que la agravan en función de determinadas circunstancias.”⁶

Este principio se encuentra fundamentado en el Artículo 7 del Código Penal que preceptúa: “Exclusión de la analogía. Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.”

4) De única persecución o ne bis in ídem: Este principio constituye una garantía propia del Estado democrático de derecho, con arreglo al cual se prohíbe castigar a una persona dos veces por el mismo hecho.

La misma no se encuentra contenida de manera expresa en el ordenamiento jurídico constitucional; no obstante, ésta se encuentra consagrada en los principales tratados en materia de derechos humanos, verbigracia, en el numeral 7 del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 8 numeral 4 con lo cual ingresa al ordenamiento jurídico interno guatemalteco por virtud del Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 123.

Sin embargo, enlazar un estudio dogmático de la garantía del principio *ne bis in ídem* requiere hacer un análisis de su doble dimensión.

En efecto, esta garantía presenta dos vertientes: una, en sentido meramente material o de carácter penal sustantivo (que es la que se analiza en el presente trabajo) y, otra en sentido propiamente procesal.

Como se observa de las diferentes fórmulas que han acogido el principio, la del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la de más amplio alcance, pues incorpora tanto la garantía de no sancionar dos veces el mismo hecho (no imposición de la pena en sentido material), como en sentido procesal (no juzgar dos veces los mismos hechos). El mismo literalmente preceptúa: “Nadie podrá ser **juzgado** ni **sancionado** por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Respecto al tema el jurista Alejandro Rodríguez Barillas expone: “El principio de *ne bis in ídem* en su vertiente material o sustantiva es una manifestación del principio de legalidad. Su importancia radica en que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho, de tal manera que no puede sancionarse dos veces la misma conducta. Desde esta perspectiva, el principio de *ne bis in ídem* es una manifestación del Artículo 17 de la Constitución, y aún cuando no se encuentra expresamente consagrado, ha sido desarrollado por la moderna dogmática penal en el sentido que no se puede

imponer dos sanciones: De diferente naturaleza por el mismo hecho, y no se puede imponer dos penas de distinta naturaleza penal para castigar el mismo acto.”⁷

De lo anterior se deduce que, el principio de *ne bis in ídem* en su sentido penal sustantivo, es aplicable a aquellas conductas que podrían dar lugar a la aplicación de una sanción de naturaleza penal y administrativa. Con ello quiero decir, que en estos casos existen hechos constitutivos de delitos y a la vez los mismos pueden considerarse definidos como infracciones administrativas o disciplinarias por las que puede imponerse la correspondiente sanción.

En tal supuesto, la doctrina se decanta por el criterio relacionado a la imposibilidad de aplicar una pena administrativa o disciplinaria, a quien ya ha sido sancionado en la legislación penal. En tales circunstancias considero que al proceso penal por su mayor entidad, se le debe dar prelación sobre el proceso administrativo sancionador. La idea principal es que el mismo hecho no debe sancionarse administrativamente, cuando existe la posibilidad de aplicar una sanción penal.

Con lo anteriormente expuesto no tengo por finalidad ahondar en el tema relacionado a sanciones penales versus sanciones administrativas, pero considero necesario que ello sea analizado con lo que a continuación estimo y que considero podría tener algún tipo de repercusión en la aplicación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer.

⁷ Rodríguez Barillas, Alejandro; Binder, Alberto; y Ramírez Silvana. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 173

En el ámbito de las normas jurídico penales rigurosamente consideradas, el principio de *ne bis in ídem* representa que no se sancione dos veces la misma conducta. Presume pues, que no se aplique más de un precepto jurídico penal en el caso de que exista un concurso aparente de normas penales. En ese orden de ideas, parece notorio que a una sola conducta podría aplicarse dos o más tipos penales.

En la legislación penal guatemalteca aparecen algunas expresiones del principio referido, así: el Artículo 29 del Código Penal establece que “no se apreciarán como circunstancias agravantes las que por sí mismas constituyen un delito especialmente previsto por la ley, ni las que esta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiere cometerse.”

En cumplimiento de este precepto, verbigracia, a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos no puede aplicárseles la agravante del Artículo 27.12 consistente en cometer o ejecutar el hecho prevaliéndose de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de funciones que anteriormente hubiere tenido.

En ese sentido, afirmo que cada precepto jurídico penal (tipo penal) fue concebido para sancionar un solo acto, y los diferentes elementos constitutivos de la figura penal precisan la norma legal en la cual hay que subsumir la conducta delictiva. Pero esa subsunción de los hechos en la norma requiere en primer lugar una adecuada selección de las circunstancias y datos del supuesto de hecho que puedan tener relevancia en el

ámbito jurídico, lo que requiere lógicamente una reconstrucción judicial de los hechos lo más precisa, exacta y completa posible para no menospreciar factores internos o externos que puedan tener alguna repercusión jurídica.

No obstante, existen casos en donde no es claro cuando se está frente a un solo hecho que pueda considerarse definido bajo dos o más normas distintas. Esta es la problemática del denominado concurso de leyes o de normas penales, y que se resuelve decidiendo cual de las normas aparentemente concurrentes debe prevalecer sobre la otra; esta es la razón por la cual el principio *ne bis in ídem* se contiene en vertiente penal o sustantiva en el principio de legalidad o de intervención legalizada. En definitiva se trata de decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado, lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogen solo algunos aspectos del mismo.

Este principio debe ser tomado muy en cuenta en la aplicación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, especialmente en los tipos penales de violencia contra la mujer y violencia económica, contenidos en los Artículos 7 y 8 de la normativa citada, toda vez que en los mismos se indica que pese a la aplicación de la sanción penal correspondiente a los responsables por tales ilícitos, podría aplicarse la pena establecida en tipos contenidos en otras leyes penales.

Lo anterior lo ejemplifico así: El Artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer establece que comete este delito, quien en el ámbito

público o privado ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias: El mismo cuerpo legal define la violencia sexual como acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, ...

Recientemente a través del Decreto número 9-2009 del Congreso de la República fue emitida la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, y éste a su vez reformó la denominación del capítulo I del título III del libro II del Código Penal guatemalteco, denominándolo “de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas”. Asimismo, entre las múltiples reformas introducidas mediante la citada ley, se produjo la del Artículo 173 del Código Penal en el que se establece que comete el delito de violación, quien con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona... .

Haciendo un burdo análisis legal comparativo entre ambas figuras delictivas, se puede establecer que el bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual de las personas (obsérvese además que no se hace distinción de género) y que en ambas figuras delictivas, uno de los elementos objetivos de los tipos es precisamente la utilización de violencia física o psicológica para que el sujeto activo logre su propósito (pues toda acción delictiva conlleva una finalidad) que en este caso sería el acceso carnal contrario a la voluntad de la víctima.

Pero como antes lo afirmé, cada tipo penal contiene elementos objetivos que lo definen, y los hechos que se producen en la vida real deben ser encuadrados con la mayor precisión posible a efecto de que se aplique aquella figura delictiva que de mejor forma englobe todo el desvalor de la acción, y con ello no se lesione el principio de *ne bis in ídem* en su vertiente material o sustantiva, y sólo cuando esa conducta desborde los elementos del tipo habría que recurrir a un concurso de delitos para que el hecho no quede parcialmente impune.

En conclusión, se afirma que el derecho penal tiene por finalidad el estudio de las normas, las conductas que las infringen y las sanciones aplicables a las mismas. Sin embargo, no cualquier conducta puede ser reprimida penalmente, sino solo aquellas que han sido previamente establecidas en una norma antes de que esa conducta se produzca (principio de legalidad o intervención legalizada).

También se afirma que en el supuesto de que varias normas sean aplicables a un caso concreto, el juzgador se debe decantar por la que más favorezca al reo (principio de favorabilidad), aún si la conducta fue cometida bajo el imperio de una norma no vigente (principio de retroactividad de la ley penal).

Y, por último, se afirma que ninguna persona puede ser castigada dos veces por el mismo hecho, de tal manera que no puede sancionarse dos veces la misma conducta (principio de *ne bis in ídem* en sentido material o sustantivo). Presume pues, que no se aplique más de un precepto jurídico penal en el caso de que exista un concurso

aparente de normas penales, sino solo aquel que englobe en su totalidad la conducta delictiva.

CAPÍTULO II

2. Concurso aparente de leyes penales

El concurso aparente de leyes o normas penales (como también se le llama), se produce cuando a un mismo hecho, en apariencia se le pueden aplicar más de un precepto jurídico penal, pero solo uno de ellos puede serlo. El problema se suscita por la circunstancia de que aparentemente esos preceptos contienen elementos objetivos muy similares, y que si se comete el error de realizar un burdo análisis cualquiera o todas las normas concurrentes se podrían aplicar; sin embargo, uno de ellos ofrece aquellos elementos que son más específicos y que, por lo tanto, solo esa norma o precepto es aplicable al caso concreto.

No obstante, ese análisis muchas veces representa cierta dificultad, en virtud de lo cual la doctrina moderna ha elaborado ciertos criterios para la solución de esta problemática, que dicho sea de paso no está regulada en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, contrario por ejemplo a la legislación española.

2.1 Aspectos generales

En primera instancia, se puede señalar que la ley penal, es la única fuente capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad, y por ello tiene que reunir los requisitos materiales y formales correspondientes.

La ley penal expresa el pensamiento del legislador e implica siempre un juicio de valor - imperativo y desfavorable- sobre determinada conducta que se desaprueba y se castiga con una pena. La función que desempeña la ley penal es castigar determinadas conductas, implicando indirectamente la prohibición de las mismas o estableciendo mediatamente una norma de conducta. Las normas que describen delitos o faltas y establecen penas se dirigen a todos los ciudadanos que integran la sociedad y también a los órganos judiciales encargados de su aplicación, mientras que estos órganos judiciales del Estado son los únicos destinatarios de las normas que describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad.

Adicionalmente, no es posible concebir en una sola ley o cuerpo normativo una serie de circunstancias que acontecen en el quehacer de la realidad, principalmente en cuanto a la aplicación judicial del derecho penal, y es por ello que surgen problemas que deben ser resueltos mediante la aplicación de una serie de principios.

Dentro de los problemas que se pueden suscitar especialmente en cuanto a la aplicación de la ley se encuentra el concurso de leyes o concurso aparente de leyes o normas penales aplicables al caso concreto, que consiste que a una situación determinada puede aplicársele aparentemente más de un precepto jurídico penal, pero en realidad solo uno de ellos engloba por completo el injusto y por lo tanto solo uno le es aplicable, mediante los criterios que más adelante se explican.

Respecto a esto los juristas Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela exponen: “Existe unidad de criterio entre los penalistas en cuanto a que el nominativo *concurso de leyes* adoptado por vez primera en Alemania por Merkel, no es el más adecuado ya que en realidad el concurso no es más que aparente toda vez que no existe mera concurrencia de leyes que regulen el caso concreto, porque la aplicación de una excluye necesariamente la aplicación de otras. Regularmente puede parecer sencilla la tarea de tipificar, encuadrando una conducta delictiva a un tipo penal concreto de los que presenta el Código Penal en su parte especial; sin embargo, se presenta el problema cuando una misma conducta está aparentemente comprendida dentro de la esfera de influencia de dos o más normas penales que la regulan, dando la impresión de que se hubiese regulado dos o más veces la misma situación, lo cual no es cierto; y si no se resuelve podría caerse en el absurdo jurídico de tipificar dos o más delitos, sin que realmente se trate de un concurso de delitos”⁸ lesionando eventualmente el principio de *ne bis in ídem* en su vertiente sustantiva.

Por su parte Alejandro Rodríguez Barillas afirma que: “En el ámbito de las normas penales estrictamente consideradas el principio de *ne bis in ídem* significa que no se sancione dos veces la misma conducta. Supone pues, que no se aplique más de un precepto penal, en el caso en que exista un concurso (aparente) de leyes.”⁹

Por último, José Luis Diez Ripollés y Esther Gimenez – Salinas i Colomer indican: “El concurso de leyes no se encuentra expresamente regulado dentro de nuestra

⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 100.

⁹ Rodríguez Barillas, Alejandro; Binder, Alberto; y Ramírez Silvana. **Ob. Cit.** Pág. 176

legislación. Constituye, pues, un problema eminentemente de interpretación legal determinar qué hacer si uno o varios hechos pueden ser incluidos en varios preceptos legales pero solo uno debe aplicarse. El concurso de leyes hace efectiva la garantía material de *ne bis in ídem*, es decir, la no punición de un mismo hecho dos veces. Para ello, el elemento esencial estriba en la constatación de que uno de los preceptos penales aprehende en su totalidad el desvalor de un hecho o de los hechos concurrentes”.¹⁰

2.2 Definición

Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela exponen que: “Hay concurso aparente de leyes o normas penales, cuando una misma conducta delictiva cae o está comprendida por dos o más preceptos legales que la regulan, pero un precepto excluye a los otros en su aplicación al caso concreto.

De aquí se deduce los dos presupuestos para que exista el aparente concurso de normas:

- Que una misma acción sea regulada o caiga bajo esfera de influencia de dos o más preceptos legales; y
- Que uno de estos preceptos excluya la aplicación de los otros al aplicarlo al caso concreto.

¹⁰ Díez Ripollés, José Luis y Giménez – Salinas i Colomer, Esther. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Pág. 512

Según el maestro hispano Federico Puig Peña, en este último supuesto se encuentra la diferencia entre el concurso de leyes o normas penales y el concurso de delitos, que pueden tener cierta similitud ficticia, puesto que también un mismo hecho provoca la concurrencia de dos o más preceptos pero en el concurso ideal de delitos estos preceptos o normas penales son compatibles entre sí, mientras que en el concurso de leyes éstas se excluyen entre sí, o se aplica una norma o se aplica otra, no pueden aplicarse todas al mismo tiempo.”¹¹

No existe en la doctrina ni en la legislación alguna definición respecto de este tópico; sin embargo, en términos generales, es el conflicto que surge cuando en apariencia una conducta delictiva es regulada por dos o más preceptos jurídico penales, pero solo uno le es aplicable al caso concreto, en virtud de que engloba por completo todo el desvalor de la conducta delictiva cometida. Ahora bien, podría darse el supuesto de que un solo precepto jurídico penal no englobase en su totalidad un hecho delictivo, en virtud de lo cual se tendría que recurrir al concurso de delitos, produciéndose éste cuando para tipificar la conducta realizada por una persona sea necesario recurrir a más de un tipo penal. Sin embargo, este último tema será analizado en el capítulo correspondiente.

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo

¹¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 101.

hecho solo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina.

2.3 Criterios para la solución del concurso aparente de leyes penales

Siguiendo un criterio lógico excluyente, se enumeran y explican los siguientes principios:

1) Principio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*): Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán exponen: “En efecto, cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico.”¹²

Así, por ejemplo, el asesinato (Art. 132) contiene junto a las características generales del homicidio (Art. 123: muerte de otra persona) otra más específica (alguna de las circunstancias agravantes citadas en el Art. 132); por tanto, en caso de concurrencia aparente de los dos preceptos, solo el más específico será aplicable, es decir, el asesinato.

Este principio se encuentra contenido en el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial al establecer que ***las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes.***

¹² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. **Ob. Cit.** Pág. 472.

2) Principio de subsidiariedad (*lex primaria derogat lex subsidiariae*): Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán al respecto comentan: “El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible. La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable.”¹³

Por su parte José Luis Diez Ripollés y Esther Gimenez –Salinas i Colomer indican: “Esta subsidiariedad puede ser *expresa*, cuando un concreto precepto penal condiciona su propia aplicación a que el hecho previsto en él no constituya un delito más grave o esté incluido en otra norma, tal es el caso del delito de coacción contra la libertad política contemplado en el Artículo 216, o el delito de abuso de autoridad del 418 del Código Penal. La subsidiariedad también puede admitirse en forma *tácita*, aunque en este último supuesto pueden surgir dudas acerca de si estamos ante preceptos principales o subsidiarios. Aquí la norma pone de manifiesto que no pretende ser aplicada cuando concurre otra posible calificación jurídico penal más grave del hecho por constituir éste una forma de ataque más intensa o acabada del mismo bien jurídico. Los casos que se incluyen en la subsidiariedad tácita son varios, según Mir Puig. Se pueden citar como ejemplos los supuestos en los que el sujeto interviene como partícipe y como autor, o en distintas modalidades de participación: En este caso se considera subsidiaria la forma de intervención menor grave, que ha de ceder frente a la más grave. El delito imprudente, indica también Mir, es subsidiario con respecto al

¹³ *Ibíd.* Pág. 472.

doloso. Por último, se dice que las fases delictivas anteriores son subsidiarias de las más avanzadas, así, el delito tentado es subsidiario del consumado.”¹⁴

En conclusión podría decirse que una ley tiene tal carácter con relación a la principal cuando ambas describen grados o estadios diversos de violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito para el principal, queda absorbido por ésta. Tal es el caso de una disposición cuya aplicación se condicione a la circunstancia de que el hecho no constituya un delito sancionado en forma más grave, usando una misma expresión equivalente.

Es importante tomar en cuenta la diferencia entre subsidiaridad expresa, cuando la ley coloca la aplicación de una norma limitándola a la inaplicación de otra, y la subsidiaridad tácita, la cual se alcanza por razón de la vía interpretativa.

El principio de subsidiariedad penal, o última ratio, establece que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del derecho penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.

De esta manera, el derecho penal es utilizado como último recurso, exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos mediante el derecho civil, el Derecho administrativo - sancionatorio.

¹⁴ Díez Ripollés, José Luis y Giménez – Salinas i Colomer, Esther. **Ob. Cit.** Págs. 513 y 514.

La subsidiariedad también se manifiesta en la determinación de la propia pena o sanción, de forma que no podrá acudir a sanciones graves si es suficiente con la imposición de sanciones más leves.

De esta manera, la lógica penal establece que existe una vinculación entre la gravedad de la pena y su grado de subsidiariedad. Así, inspirándose también en el principio de necesidad, se establece que la pena más grave será subsidiaria, es decir, sólo podrá darse en casos en los que la alternativa menos grave no baste.

3) Principio de consunción o absorción (*lex consumens derogat lex consumpta*):

Respecto a este principio Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán exponen:

“Con este criterio se establece que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte. Así, por ejemplo, la tentativa queda consumida por el delito consumado; el delito de lesiones (Arts. 144 y ss.) en el delito consumado de homicidio (Art. 123) o de asesinato (Art. 132) (los artículos citados corresponden a la legislación penal guatemalteca). Igualmente deben solucionarse con ayuda de este criterio los llamados actos copenados, anteriores o posteriores. Introducir en territorio nacional la moneda que previamente se ha falsificado o usar un documento que ya antes se ha falsificado son actos posteriores o copenados impunes, porque ya el desvalor de la falsificación consume la introducción o posterior uso en el tráfico jurídico del objeto falsificado.

Obviamente, para apreciar este principio los diversos hechos han de estar en una misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico protegido, pues de lo contrario ya no habría concurso de leyes, sino de delitos (así, por ej., se considera que entre la falsificación de documentos públicos – falsedad material o falsedad ideológica- y la estafa no hay concurso de leyes, sino de delitos, por tratarse de bienes jurídicos distintos).”¹⁵

Por su parte Alejandro Rodríguez Barillas indica: “Para lograr un rendimiento satisfactorio del principio de consunción la doctrina ha agrupado dos grupos de casos de aplicación:

- Los supuestos de un hecho que acompaña normalmente a otro (hecho típico acompañante). Procede, según Jescheck, cuando el legislador, al establecer un precepto penal cualificado, ha tenido ya en cuenta la circunstancia de que el hecho suele aparecer conectado a otro con un contenido del injusto esencialmente menor. Aquí no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos, aunque normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. De ahí que se supone que el legislador ha tenido presente este hecho “acompañante” al momento de fijar la pena. Por ejemplo, el homicidio consume las lesiones a través de las cuales el autor provoca la muerte de la víctima, aunque el tipo de homicidio no implica necesariamente infligir tales lesiones.

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. **Ob. Cit.** Págs. 472 y 473.

- Otro supuesto son los actos posteriores impunes: Son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior, ni aumentan el daño producido por el mismo. Aquí lo típico de la relación entre el delito y el hecho posterior radica en que el autor debe por lo general realizar ese hecho posterior si desea que el principal tenga algún sentido para él. Por ejemplo, la persona que a través de un engaño consigue que un banco le acredite indebidamente un dinero, deberá ser castigado solo por estafa y no por apropiación indebida.”¹⁶

4) Principio de alternatividad: Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán respecto a este principio argumentan: “Cuando el problema del aparente concurso de leyes no puede ser resuelto con los criterios anteriormente señalados, hay que acudir simplemente al precepto que imponga al hecho una pena más grave. Ello parece lógico, por cuanto si de un mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, la valoración de mayor gravedad parece traducir más fielmente la voluntad del legislador. Este cuarto criterio, llamado de alternatividad, debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación

¹⁶ Rodríguez Barillas, Alejandro; Binder, Alberto; y Ramírez Silvana. **Ob. Cit.** Pág. 183.

de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica.”¹⁷

Sin embargo, comparto el criterio de Alejandro Rodríguez Barillas, en el sentido que en el caso de la legislación guatemalteca es preferible aplicar la pena menor, en virtud de que los jueces deben interpretar la ley tomando en consideración el principio *in favor rei* que anteriormente quedó expuesto.

2.4 Necesidad de regular el concurso aparente de leyes penales

Ha quedado establecido que la problemática que podría plantearse al ocurrir un concurso aparente de normas o leyes penales, no se encuentra regulada en el Código Penal, y tan solo en la Ley del Organismo Judicial se regula el principio de especialidad, por lo que dicha temática únicamente podría ser solucionada con base en planteamientos de índole doctrina y talvez jurisprudencial en caso exista.

Sin embargo, considero que es necesaria la inclusión de un precepto jurídico penal en el que se regule de manera clara cuál sería el tipo penal aplicable, en el supuesto que en un caso concreto aparentemente dos o más de ellos puedan aplicarse.

A tal efecto, estimo que el Artículo 8 del Código Penal español es claro al preceptuar: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de éste

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. **Ob. Cit.** Págs. 473.

código, y no comprendidos en los Artículos 73 a 77, (estos se refieren al concurso de delitos) se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª. El precepto especial se aplicará con presencia al general.

2ª. El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declara expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible.

3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel.

4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

Respecto a esta normativa, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán argumentan: “Como se deduce de la propia redacción del primer párrafo del Artículo 8, el llamado concurso de leyes no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás.”¹⁸

De lo anterior puede inferirse que un asesinato es también un homicidio y en caso no estuviera tipificado en el Código Penal, podría perfectamente ser castigado como un delito de homicidio, ya que de todos modos igual que este delito también el asesinato

¹⁸ **Ibid.** Págs. 470 y 471.

es la muerte de una persona. También el robo podría ser castigado como hurto, en la medida en que en ambos existe el apoderamiento de una cosa mueble ajena.

Pero algo nos dice que, desde el momento que en el Código Penal y otras leyes penales, hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes el mismo núcleo típico fundamental, solo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros.

CAPÍTULO III

3. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)

Este apartado de la investigación tiene por finalidad el desarrollo del tema conocido comúnmente en el derecho penal guatemalteco como concurso de delitos.

Tal y como quedará expuesto, existen supuestos en los cuales un solo tipo penal no engloba en su totalidad toda la conducta delictiva cometida, y con el objetivo de que la misma no quede parcialmente impune, es necesario recurrir a esta institución jurídica.

No obstante, antes de ello y para no abusar de esta institución, es necesario realizar un análisis en el sentido que quedó expuesto en el capítulo anterior. Es decir, en primer lugar se debe constatar si la conducta encuadra perfectamente en un solo tipo penal y con ello evitar la violación del *ne bis in ídem*.

Si a pesar de ello, se verifica que un solo tipo penal no es suficiente para encuadrar la conducta, entonces y solo entonces se debe recurrir al concurso de delitos para que la misma no quede parcialmente impune.

3.1 Definición

Como se dijo anteriormente, cuando existe conflicto de leyes o normas penales, estas en apariencia regulan a través de dos más preceptos jurídico penales, una misma

conducta delictiva, pero solo uno le es aplicable al caso concreto, en virtud que el mismo engloba por completo todo el desvalor de la conducta delictiva cometida.

Sin embargo, podría darse el supuesto de que un solo precepto jurídico penal no englobase en su totalidad un hecho delictivo, en virtud de lo cual se tendría que recurrir al concurso de delitos, produciéndose este cuando para tipificar la conducta realizada por una persona sea necesario recurrir a más de un tipo penal, con la finalidad de que precisamente esa conducta no quede parcialmente impune.

El problema del concurso de delitos es sumamente importante para la determinación de la pena. Las reglas concursales imponen diversos criterios de solución en función de si existe o no una unidad de la conducta típica.

Nuestra legislación ha contemplado el concurso de delitos en los Artículos 69 a 71 del Código Penal, los cuales expondré en el presente capítulo.

3.2 Unidad de acción y de delito

Un problema común en el tema que se aborda es determinar cuándo hay una o varias acciones (o hechos conforme lo regula nuestro Código Penal). Desde el inicio hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales o dar ocasión a que se produzcan varios resultados.

Para poder determinar el concepto final de unidad de acción se deben comprender los factores final y normativo.

Según Muñoz Conde, “el factor *final*, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar una pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar, los bolsillos de un abrigo).

El segundo factor es el *normativo*, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito de tenencia ilegal de armas).

Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados realiza un solo tipo delictivo, tenemos un caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales.”¹⁹

¹⁹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**. Pág. 172.

3.3 Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal)

Según Francisco Muñoz Conde, existe concurso ideal: “Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.”²⁰

Existe concurso homogéneo cuando se afecta varios bienes jurídicos de igual naturaleza, lo que necesariamente implica igual gravedad de los delitos en concurso. Existe concurso heterogéneo cuando se afecta varios bienes jurídicos de distinta naturaleza.

De lo anterior, se deduce que existe concurso ideal de delitos, cuando una sola acción (hecho según nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo) constituye dos o más delitos y en ese sentido lo regula el párrafo primero del Artículo 70 del Código Penal que literalmente preceptúa: “Concurso Ideal. En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.”

²⁰ **Ibíd.** Págs. 172 y 173.

Evidentemente no puede valorarse una acción que produce un solo delito, que esa misma acción cuando realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Solo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción valora plenamente el suceso, si bien, luego, la pena total resultante de la aplicación de todos los tipos delictivos se limita con ayuda de ciertos criterios.

Precisamente, la diferencia entre el concurso ideal y el concurso de leyes consiste en que el concurso de leyes, aparentemente, son aplicables diversos preceptos penales, pero luego de una correcta interpretación se deduce que solo uno de ellos es realmente aplicable, mientras que en el concurso ideal todos los preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con ciertas limitaciones respecto a la pena total aplicable.

Como anteriormente indiqué, el concurso de delitos se regula en el Artículo 70 del Código Penal: “un solo hecho constituya dos o más delitos”. Ejemplo: El puñetazo en la cara a una autoridad en el ejercicio del cargo (lesiones y atentado).

Problema básico para la aplicación de este precepto es establecer lo que se entiende por *un solo hecho*. Por tanto, indica Muñoz Conde: “Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto de concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos de

delitos (“dos o más delitos”); por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sea diversos.”²¹

Del estudio del Artículo 70, se infiere que la intención del legislador es evitar que la producción de varios delitos se equipare automáticamente a la realización de varias acciones, ya que no habría distinción entre el concurso ideal y el concurso real, y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido. Sin embargo, la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una y otra modalidad concursal.

El problema también se agrava porque en el citado artículo, además de regularse el concurso ideal propio, también se regula el impropio o medial en virtud del cual un hecho o una acción es medio necesario para cometer el otro. Ejemplo: El allanamiento de morada para lesionar al morador.

Expone Francisco Muñoz Conde: “Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare, al concurso ideal propiamente dicho. Lógicamente, cuando la conexión entre

²¹ **Ibíd.** Pág. 173.

los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos.”²²

En cuanto a los efectos jurídicos del concurso ideal, el problema en la práctica fundamentalmente es de determinación de la pena, y ante el mismo el legislador tiene varias opciones:

- a)** El principio de acumulación, en virtud del cual la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman.
- b)** El principio de absorción, por el cual solo se impone la pena correspondiente al delito más grave.
- c)** El principio de asperación, por el que se impone la pena más grave en su grado máximo.
- d)** El principio de la combinación, por el que se combinan las distintas penas aplicables en una sola pena.
- e)** El principio de la pena unitaria, en virtud del cual se impone una pena unitaria sin consideración al número de las diversas infracciones delictivas.
- f)** El principio de favorabilidad, por el cual se aplica la pena que más favorezca al imputado.

El Artículo 70 del Código Penal sigue un sistema mixto. En efecto, este artículo regula en su primer párrafo que en caso de que exista un concurso ideal, únicamente se

²² **Ibíd.** Pág. 175.

impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte (principio de absorción).

En el segundo párrafo indica que el tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior (composición entre los principios de acumulación y de favorabilidad).

Y el último párrafo del artículo citado preceptúa que, cuando se trate de un concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados solo con multa, el juez a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo (composición entre los principios de combinación y de favorabilidad).

En síntesis, para determinar cuál es la infracción más grave debemos comparar las penas abstractas señaladas en la parte especial del código para cada una de las infracciones. Es decir, los respectivos marcos penales. Pero, además, deben tomarse en cuenta los grados de ejecución (delito tentado o consumado) y las formas de participación (autoría o participación), ya que éstas, de conformidad con los Artículos 62 y 63 del Código Penal, sirven para la fijación de la pena en abstracto.

De igual forma, el juez tiene que proceder a calcular cual de las reglas resulta más benigna, si la aplicación del aumento de la pena en una tercera parte, a partir de la

infracción más grave, o la suma de todas las infracciones por separado. Por ello, este artículo es una manifestación inequívoca de que el legislador pretende al establecer los concursos de delitos que los jueces hagan uso del criterio *favor rei* al momento de la determinación de la pena.

3.4 Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real)

Existe concurso real cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos. El sujeto ha realizado varias acciones y cada una de ellas es constitutiva de un delito.

El concurso real se encuentra regulado en el Artículo 69 del Código Penal que literalmente preceptúa: “Concurso real. Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena.

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

1º. A cincuenta años de prisión.

2º. A doscientos mil quetzales de multa.”

Del artículo antes citado se deduce que cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal deber ser el principio de la acumulación. Este

principio entendido de un modo aritmético conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica. Así, por ejemplo, un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad. Por otra parte, incluso en los delitos graves hay unos límites máximos que no deben pasarse. De lo contrario, llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de cárcel, multas de cuantías exorbitantes, etc. Es por ello, lógico que se arbitren determinados criterios, en los que, combinando los diversos principios antes citados, se llega a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos.

El Código Penal parte, en el tratamiento del concurso real, del principio de la acumulación estableciendo una regla para determinar el orden a seguir cuando las penas sean susceptibles de cumplimiento simultáneo. Sin embargo, el mismo artículo establece una regla que modifica el principio anteriormente citado con el principio de asperación, indicando que el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración.

No obstante, Alejandro Rodríguez Barillas opina que los criterios teóricos susceptibles de aplicación en el concurso real son los siguientes:

- a) “Acumulación material de penas: Según el cual se suman todas y cada una de las penas de los delitos cometidos. Opina Mir Puig que esta solución parece más

coherente con una perspectiva retribucionista porque cumplir una pena luego de haber extinguido la anterior resulta un sufrimiento más duro.

- b) Absorción:** Según el cual se absorbe la pena menor por parte de la más grave. Es el criterio opuesto al anterior y lleva consigo la impunidad de los delitos más graves.
- c) Acumulación jurídica:** Es una vía intermedia entre las dos anteriores. Impone una pena más grave que la correspondiente al delito de mayor gravedad pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas particulares, o bien establece una agravación dentro de la pena del delito más grave.”²³

En efecto, opina el connotado jurista, que “el Artículo 69 del Código Penal parte de la acumulación material, ya que señala que al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves. No obstante, limita este principio por medio del principio de acumulación jurídica, apreciable en dos reglas: En primer lugar, el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración; y, en segundo lugar, cuando las penas tuvieren igual duración, el conjunto no podrá exceder del triple de la pena.”²⁴

²³ Diez Ripollés, José Luis y Giménez – Salinas i Colomer, Esther. **Ob. Cit.** Pág. 510 y 511.

²⁴ **Ibíd.** Pág. 511

3.5 Pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado)

Según el maestro español Francisco Muñoz Conde, el delito continuado: “Consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones que infringen la misma norma jurídica. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito.”²⁵

Verbigracia, el cajero que durante cierto lapso se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero, no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto por el importe total.

Realmente, el delito continuado es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de considerar que solo había un delito de hurto para evitar las grandes penas que había que imponer a los autores del tercer hurto.

Doctrinariamente se ha considerado que los elementos del delito continuado son:

- 1) **Objetivos:** Homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal.
- 2) **Subjetivos:** La presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

²⁵ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 175.

Está claro que el origen del delito continuado es beneficiar al reo, al excluir sus acciones delictivas de las reglas del concurso real.

Según José Luis Diez Ripollés y Esther Giménez – Salinas i Colomer: “Para explicar la naturaleza jurídica del delito continuado se han propuesto tres teorías:

- 1) La teoría de la ficción, sostiene que el delito continuado supone realmente una pluralidad de hechos que daría lugar a un concurso real de delitos si no fuera porque se admite la ficción jurídica de que existe un solo delito, con el objeto de evitar la acumulación de penas. Como fundamento de esta ficción se exige del autor la unidad de plan o la de designio. Esta doctrina fue desarrollada por el penalista y juez italiano del siglo XVI, Farinaccio, con la finalidad humanitaria de evitar la aplicación de la pena de muerte en el tercer hurto.

- 2) La teoría realista afirma, por el contrario, que el delito continuado no es una ficción sino una unidad real de acción, en cuanto los actos parciales responden a un solo designio criminal y producen una misma lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución criminal se realice en una o varias ocasiones afectaría solo a los modos de ejecución. El Tribunal Supremo Alemán ha acogido una variante de esta teoría, al considerar que la base del delito continuado es la unidad de dolo y que en rigor en el delito continuado hay una sola acción y un solo delito.

3) Finalmente, la teoría de la realidad jurídica, elaborada por la ciencia penal alemana, admite que el delito continuado es una creación del Derecho. No exige unidad de dolo, ni de designio o plan criminal. Tampoco estima que obedezca a razones humanitarias, sino sobre todo prácticas, ya que con frecuencia no se sabe el número de acciones delictivas que el delincuente ha realizado.

De las tres teorías la más plausible es la teoría de la ficción, puesto que aun cuando el legislador considera que los hechos constituyen una pluralidad de hechos autónomos, pretende evitar los efectos de la acumulación de penas y favorecer de esta manera al delincuente”.²⁶

La regulación legal del delito continuado está contenida en el Artículo 71 del Código Penal que literalmente preceptúa: “Delito continuado. Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes:

- 1º. Con un mismo o propósito o resolución criminal.
- 2º. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona.
- 3º. En el mismo o en diferente lugar.
- 4º. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación.
- 5º. De la misma o de distinta gravedad.

²⁶ Diez Ripollés, José Luis y Giménez – Salinas i Colomer, Esther. **Ob. Cit.** Pág. 500.

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

Según los juristas José Luis Diez Ripollés y Esther Giménez – Salinas i Colomer: “Es erróneo entender que cada uno de los presupuestos, por si solos dan lugar a la aplicación del delito continuado. Estos requisitos no deben ser interpretados en forma independiente e inconexa, sino a partir de su clasificación entre elementos fundamentales y secundarios.

Siguiendo a Mir, podemos estimar que existen dos elementos fundamentales que dan lugar a la aplicación del delito continuado:

En lo objetivo, la existencia de una pluralidad de acciones y la unidad de la ley violada, requisito este último que se encuentra recogido en el inciso 2, cuando indica violación de normas que protejan el mismo bien jurídico. La regulación legal no exige la unidad del sujeto pasivo del delito, puesto que admite allí mismo que los bienes jurídicos puedan pertenecer a la misma o a diferente persona.

En lo subjetivo, y de acuerdo al inciso 1, se exige la unidad de designio, entendida como propósito, intención o dolo. Es decir, se acoge la doctrina de la realidad, exigiendo la existencia de un mismo propósito o intención criminal, esto es, un dolo conjunto que abarca de antemano las situaciones parciales. Junto a este elemento subjetivo, nuestra legislación también admite el dolo continuado, que se encuentra contemplado en el

inciso 4, al señalar que el delito deriva del aprovechamiento de la misma situación, de manera que el hecho se habrá cometido obedeciendo, no a un plan inicial preconcebido, sino a situaciones motivacionales semejantes.

De esta manera se recogen en la norma precitada las dos posiciones doctrinales que existen al respecto: La del dolo conjunto, que abarca de antemano los distintos actos parciales dentro de un mismo propósito o resolución criminal; y la del dolo continuado, que se basa en el aprovechamiento consciente de una idéntica ocasión. Así, cabe apreciar delito continuado tanto en el cajero de banco que pretende hurtar 10 mil quetzales a partir de la sustracción de cantidades pequeñas durante diversos actos (unidad de designio que conlleva la apreciación de un dolo conjunto), como en el cajero que, aprovechando la no presencia de su jefe, ha ido sustrayendo diversas cantidades en varias ocasiones (dolo continuado pues no existe unidad de designio, pero si aprovechamiento de la situación).

Además de los elementos de carácter fundamental, la ley establece otros de naturaleza secundaria, como son su aplicación a hechos de la misma o distinta gravedad (inciso 5), o su realización en diferentes lugares (inciso 3), o en el mismo o diferente momento (inciso 4), o contra la misma o diferente persona titular del bien jurídico (inciso 1). Estos elementos presuponen a los elementos fundamentales anteriores. Es decir, desde el punto de vista objetivo han de estar encuadrados dentro de la lesión a un mismo bien

jurídico y, desde el punto de vista subjetivo, han de encontrarse amparados por la unidad de designio (dolo conjunto) o por la unidad de ocasión (dolo continuado).”²⁷

En cuanto a los efectos derivados de la aplicación del delito continuado, se tiene en primer lugar el aumentar la pena del delito correspondiente en una tercera parte. Verbigracia, un padrastro ha abusado sexualmente de su hijastra menor de edad en distintos momentos aprovechando la ausencia de la madre y de otras personas adultas de su hogar. En este caso la norma a aplicar sería en principio el Artículo 174 del Código Penal referido al tipo penal de violación agravada, el cual establece una pena abstracta de 8 a 20 años de prisión (por cada hecho). Sin embargo, tomando en cuenta lo preceptuado por la norma que contempla el delito continuado se aplicaría una sola pena dentro de un nuevo marco penal que sería de 10 años con 8 meses a 26 años con 8 meses.

Además es importante indicar que el Código Penal no ha establecido limitaciones en cuanto a las figuras delictivas o bienes jurídicos a los cuales se les puede aplicar el delito continuado, de lo que se infiere que dicha institución podría aplicarse a cualquiera de los tipos penales contenidos en la parte especial del citado cuerpo normativo y a los contenidos en leyes de carácter especial. Sin embargo, debe tenerse presente que en algunas figuras delictivas, por su naturaleza no podría aplicársele el delito continuado, como por ejemplo en los delitos contra la vida, porque no podría dársele muerte dos veces a una misma persona.

²⁷ **Ibíd.** Pág. 501 y 502.

A pesar de lo anterior, es importantísimo señalar que el delito continuado no puede ser utilizado en contra del reo. Es decir, que su aplicación está condicionada como consecuencia del principio *in favor rei*, a los casos en donde efectivamente su aplicación conduzca a la imposición de una pena menos gravosa.

CAPITULO IV

4. La ley penal en el tiempo

En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco este tema es tratado bajo la denominación de ámbito de validez temporal de la ley penal, entendiéndose por el mismo el tiempo de duración, período de vida o tiempo de vigencia de una ley penal, y los hechos o actos que deben regirse o regularse bajo su imperio. Las normas penales, al igual que cualquier otra norma legal, nacen y se proyectan siempre hacia el futuro, regulando únicamente hechos o actos nacidos con posterioridad a su vigencia, aplicando la regla general del principio de la irretroactividad de la ley.

Sin embargo, en el derecho penal se suscita a veces, que una ley ya no vigente puede ser aplicada a un hecho que ocurrió bajo su imperio, siempre que esta aplicación favorezca al imputado. De lo anterior se deduce que la única excepción a la irretroactividad de la ley se da en materia penal, ya sea mediante la retroactividad o la ultractividad, siendo condición *sine qua non* que se favorezca con ello al imputado. Sin más preámbulo, a continuación se presenta lo relacionado a este tema.

4.1 Eficacia temporal de validez de la ley penal

Denomínese así al período comprendido entre el inicio de la vigencia de una ley penal, hasta su abrogación o derogación; es decir, el tiempo que media entre su nacimiento por la promulgación y publicación, y su muerte por abrogación o derogación.

El proceso de nacimiento de una ley está determinado básicamente por tres fases: La aprobación, que es realizada por el Organismo Legislativo; la sanción y la promulgación, que es el acto por medio del cual el Organismo Ejecutivo declara su existencia y ordena su ejecución; y la publicación, que se refiere a la difusión de la ley en el Diario Oficial para conocimiento de la ciudadanía y cumplimiento de la misma.

El período que media entre la publicación de una ley (que generalmente es de ocho días o bien como lo establezca expresamente la ley) y el inicio de su vigencia, es lo que conocemos con el nombre de *vacatio legis*. Una vez finalizado este período, inicia la vigencia de la ley, es decir su eficacia temporal de validez, que termina con la abrogación (si es total) o la derogación (si es parcial) de la misma.

4.2 La irretroactividad de la ley penal

Se dice que la ***irretroactividad*** es un principio universalmente válido y reconocido por la mayoría de legislaciones del mundo en materia penal, y que además el mismo es consecuencia del principio de legalidad o de intervención legalizada, respondiendo con ello a razones de seguridad jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. Este principio se encuentra reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala que en su artículo 15 expresa que: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.”

Esto significa que una ley sólo puede aplicarse a aquellos hechos acontecidos luego de la entrada en vigencia de la misma; es decir, a hechos futuros y nunca a hechos pasados, salvo que la disposición legal se refiera a materia penal y que dicha aplicación favorezca al reo.

Este precepto es complementado con el Artículo 2 del Código Penal que establece que: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuera distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean favorables al reo aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena.”

Este principio también se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre 10 de 1948, que en su Artículo 11.2 preceptúa que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

Diez Ripollés y Giménez – Salinas i Colomer al respecto indican: “El principio de irretroactividad de las leyes penales, responde a razones de certeza y seguridad jurídica que debe tener toda persona frente al derecho de castigar del Estado en un sistema jurídico constitucionalmente organizado, eminentemente garantista y protector de los derechos humanos, y viene a ser consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*). La exigencia que para que un hecho pueda castigarse como delito es preciso de modo ineludible que previamente haya sido declarado como

tal por una ley, ha obtenido rango internacional, reflejándose en las declaraciones de derechos (Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948), se consigna a nivel constitucional (Artículo 15 de la Constitución guatemalteca), y se repite en el Código Penal (Artículo 2 del Código Penal).”²⁸

4.3 La extractividad de la ley penal

En cuanto a la denominada extractividad, el Código Penal guatemalteco contiene la excepción al principio general de la irretroactividad por el cual una ley sólo debe aplicarse a los hechos ocurridos bajo su imperio, es decir bajo su eficacia temporal de validez.

La duda que surge al respecto es que si es posible aplicar la ley penal a casos ocurridos fuera de la época de su vigencia. Ante tal interrogante se tiene una respuesta afirmativa con fundamento legal en los Artículos 15 de la Constitución de la República de Guatemala y 2 del Código Penal antes citados, de los cuales se interpreta que sí es posible aplicar la ley penal a casos acaecidos fuera de su eficacia temporal de validez; es decir, fuera del período de su vigencia, con la doble condición *sine qua non*, que sea en materia penal y que la aplicación de la misma sea favorable al reo. De esa forma cobra vida lo que en nuestra legislación penal se conoce como retroactividad y ultractividad.

²⁸ **Ibíd.** Págs. 113 y 114.

a) Retroactividad de la ley penal: La retroactividad de la ley penal favorable al reo, es la excepción a la regla general de la irretroactividad de la ley, y en nuestro país tiene rango de garantía constitucional al establecer que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.

La retroactividad consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia.

b) Ultractividad de la ley penal: La ultractividad consiste en aplicar una ley no vigente con efecto hacia el futuro; es decir, cuando una ley abrogada se utiliza para aplicarla a un caso nacido bajo su vigencia, porque favorece al reo.

Al respecto, es importante establecer que para que proceda la aplicación de una ley abrogada a un hecho concreto, es necesario que dicho hecho haya ocurrido durante la vigencia de la normativa abrogada y que la misma resulte beneficiosa para el reo, pues de lo contrario tendría que aplicarse la norma vigente. Para ejemplificar lo anteriormente afirmado se describe el siguiente caso:

Luis mata a Juan; al momento del hecho, la normativa penal sanciona con 30 años de prisión al responsable de tal ilícito. Sin embargo, a los pocos días esa normativa es reformada estableciéndose que la pena en tal caso es de 50 años.

En tal supuesto, a Luis debería aplicársele la pena de 50 años, pero como el hecho de haber matado a Juan fue cometido bajo el imperio de una norma cuya pena es de 30 años, es ésta última la que debe aplicarse en virtud de que con la misma se favorece al reo. Distinto sería si Luis matara a Juan bajo el imperio de la nueva ley, pues en este caso no podría aplicarse la pena de 30 años sino la de 50.

En conclusión, puede afirmarse que la retroactividad y la ultractividad solo pueden ser aplicadas en el supuesto de que una de ellas favorezca al reo, por lo que resulta necesario que previamente se establezca cuál es la ley más benigna para el procesado; si la ley existente en el momento de cometer el hecho o la que rige en el momento de dictar sentencia, o cuando se cumple la condena, o bien incluso una ley intermedia.

4.4 Supuestos que pueden presentarse en la sucesión de leyes penales

Suceder es dar paso a, y en el caso de las leyes penales, hay sucesión cuando un hecho se comete bajo el amparo de una ley, pero posteriormente surge otra nueva que regula de distinta manera la conducta o bien la penaliza desigualmente en relación a la anterior.

Para comprender de mejor manera estos conceptos, se explican de la siguiente manera:

- La nueva ley crea un tipo penal nuevo. Quiere decir que una conducta que con anterioridad carecía de relevancia jurídica penal (era atípica), resulta castigada por

la ley nueva. En este caso, la ley penal nueva es irretroactiva; es decir, no podría aplicarse al caso concreto por ser perjudicial al imputado. Claro ejemplo de ello, es la emisión de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, que introdujo al ordenamiento jurídico penal guatemalteco tres nuevos tipos penales, que en consonancia con lo expuesto resultan inaplicables a hechos cometidos antes de que entrara en vigencia dicha normativa. Y más reciente es aún la emisión del Decreto número 9-2009 del Congreso de la República, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, que prácticamente modificó el tipo penal de violación contenido en el Artículo 173 del Código Penal, no solo en cuanto a los elementos objetivos del tipo sino en cuanto a la pena mínima a imponer, ya que con anterioridad a la vigencia de dicho decreto la pena mínima de prisión a imponer era de 6 años y actualmente es de 8 años.

- La ley nueva destipifica un hecho delictivo. Quiere decir que una ley nueva, elimina tácita o expresamente el carácter delictivo a una conducta reprimida o sancionada por una ley anterior. En éste caso la ley penal nueva debe aplicarse retroactivamente, porque favorece al imputado. Verbigracia de ello lo es el Decreto número 9-2009 del Congreso de la República, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, en virtud que en su Artículo 69 dispone la derogatoria de los capítulos II, III y IV del Título III, del libro II del Código Penal referidos a los delitos de estupro, abusos deshonestos y rapto.

- La ley nueva mantiene la tipificación del hecho delictivo y es más severa. Se trata de una ley posterior (nueva) que castiga más severamente la conducta delictiva que la ley anterior. En éste caso, la ley penal nueva resulta irretroactiva; es decir, no puede aplicarse al caso concreto porque es perjudicial para el reo. Aquí vale lo expresado en cuanto al delito de Violación contenido en el Artículo 173 del Código Penal que sufrió una especie de modificación en sus elementos objetivos (supuestos de hecho), pero además su pena mínima se incrementó a 8 años de prisión.
- La ley nueva mantiene la tipificación del hecho delictivo y es menos severa. Se trata de una ley nueva que castiga más levemente la conducta delictiva que la ley anterior. En éste caso la ley penal nueva es retroactiva; es decir, que puede aplicarse al caso concreto porque favorece al reo. En realidad considero que este caso es prácticamente de laboratorio pues en nuestro país la delincuencia va en aumento, y la tendencia legislativa es combatir la misma aumentando las penas en conductas delictivas ya tipificadas o crear nuevas figuras delictivas.

En cualquiera de los cuatro casos planteados, cuando se aplica una ley cuya vigencia es posterior a la época de la comisión del delito, se está frente a la retroactividad; si por el contrario, cuando aún bajo el impero de la ley nueva se sigue aplicando una ley derogada, se está frente a la ultractividad.

4.5 La retroactividad de la ley penal y la cosa juzgada

A lo largo de los años ha sido motivo de discusión, la existencia de una posible contradicción entre la retroactividad de la ley penal y la cosa juzgada. El desacuerdo parte del criterio que mantienen algunas legislaciones y algunos tratadistas, en cuanto a que la retroactividad de la ley favorable encuentre su límite de aplicación en la llamada “santidad de la cosa juzgada”. Sin embargo, el criterio que prevalece en la actualidad es el que sustenta que aun habiendo cosa juzgada debe aplicarse la retroactividad de la ley que más le favorezca, en este caso al sentenciado.

En lo que respecta a nuestra legislación, pareciera que existe contradicción entre el Artículo 18 del Código Procesal Penal que preceptúa que: “Un caso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión, conforme a lo previsto en éste código”; y el Artículo 2 del Código Penal, en su parte final establece que “... se aplicará la ley favorable al reo, aún cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena.”

Diez Ripollés y Giménez – Salinas i Colomer exponen: “He aquí el problema si partimos que ambas normas son ordinarias y se encuentran en un mismo nivel jerárquico; sin embargo, lo procedente es aplicar retroactivamente la ley penal más benigna al condenado, aunque exista cosa juzgada y éste se encuentre cumpliendo la pena, no sólo porque científicamente prevalece la norma sustantiva sobre la adjetiva, sino porque la retroactividad de la ley penal favorable al reo, tiene en nuestra legislación rango

constitucional y desde el punto estrictamente legal, la norma constitucional prevalece siempre sobre cualquier disposición ordinaria; en tal sentido no existe la aparente contradicción entre la retroactividad de la ley penal y la cosa juzgada; la extractividad (retroactividad o ultractividad), cuando es favorable al reo debe aplicarse de manera ilimitada.”²⁹

4.6 Leyes penales intermedias

El problema de la ley intermedia se plantea cuando al cometerse el hecho delictivo estaba en vigor una ley penal que fue derogada o abrogada posteriormente por otra más favorable, pero en el momento del juicio ésta había sido a su vez derogada y sustituida por otra más severa.

En Guatemala, siendo que las leyes intermedias pueden aplicarse a determinados casos ocurridos con anterioridad a su vigencia, y que son juzgados con otra ley vigente cuando la ley intermedia ya ha desaparecido, ésta aplicación sólo puede tener lugar en el supuesto de que favorezca al reo, lo cual significa que el principio fundamental en la resolución de casos ante éste tipo de problema, es aplicar siempre la ley penal más favorable al procesado.

²⁹ **Ibíd.** Págs. 119 y 120.

4.7 Leyes penales excepcionales o temporales

Se denominan leyes temporales o excepcionales, aquellas que fijan por sí mismas su ámbito de validez temporal, o bien se promulgan con el objeto de atender circunstancias especiales o excepcionales. Doctrinariamente un buen número de penalistas sostienen el criterio que éstas leyes no permiten la aplicación retroactiva ni ultractiva de la ley penal; sin embargo, nuestra legislación sí la admite en virtud que en el Artículo 3 del Código Penal se establece que: “La ley excepcional o temporaria se aplicará a los hechos cometidos bajo su vigencia, aún cuando ésta hubiere cesado al tiempo de dictarse el fallo, salvo lo dispuesto en el Artículo 2º” (éste último artículo se refiere a la extractividad de la ley penal).

CAPÍTULO V

5. Análisis de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer

A continuación se esboza un análisis jurídico doctrinario de los aspectos más relevantes de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, contenida en el Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala. Dentro del mismo, pretendo establecer cómo debiesen ser aplicados los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal en las figuras delictivas creadas mediante esta normativa; especialmente porque es mi criterio que entre esta ley y el Código Penal podría suscitarse un concurso de leyes penales, y en consecuencia el inminente peligro de aplicar una doble pena a quien realmente merece solo una.

5.1 Aspectos considerativos y exposición de motivos

En primer lugar se debe elaborar un esbozo generalizado de las razones que motivaron el surgimiento de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, y en consonancia con ello se ha determinado que uno de los sectores de la población más vulnerable a la violencia generalizada son las mujeres. En ese sentido, es innegable reconocer que ésta ha sufrido a lo largo de la historia de Guatemala (y del mundo), de violencia no solo en el seno de su familia, sino además en cualquier otro ámbito social por una diversidad de circunstancias.

La violencia doméstica en alguna medida todos la hemos vivido, ya sea en calidad de padres, de hijos, de hermanos, de esposos, esposas, convivientes, trabajadores, etc., y en ese sentido se entiende entonces que violencia, en su concepto más general no solo implica la agresión física, sino otras formas tales como la psicológica, sexual o económica. En el caso de la mujer, la violencia intrafamiliar o doméstica se ha manifestado de diferentes maneras, ya sea psicológicamente cuando hay maltrato verbal, insulto, marginación, discriminación; o se manifiesta de manera física cuando existen golpes que pueden provocar lesiones o la muerte; la sexual cuando se incurre en delitos como violación, exhibicionismo sexual, violación a la intimidad sexual, etc.

El hecho de que en la actualidad se haya aumentado los índices de denuncias en los tribunales, en el Ministerio Público y en la Policía Nacional Civil, fundamentalmente se debe entre otras cosas, a la divulgación de la ley, de los derechos de la mujer, de la participación activa que han tenido muchas mujeres en todos los ámbitos de la vida social, política, cultural, etc., que hace posible ese despertar de la sumisión, de la determinación cerrada de los roles de la mujer en la sociedad, que ha ido evolucionando con la intervención, la profesionalización, el estudio, el interés que han tenido las mujeres de participar en el desarrollo social, económico, político y cultural del país, situación que ha motivado a otras mujeres y que ha permitido que aquellas que sean víctimas de violencia intrafamiliar, se atrevan a denunciar, busquen ayuda, rompan ese círculo denominado “ciclo de la violencia”, que no les permite vivir en paz y desarrollarse plenamente como madres, esposas, trabajadoras, amigas; es decir, como mujer.

En base al breve análisis fáctico elaborado, puede inferirse que debido a la alarmante situación que impera en la sociedad y específicamente en la familia guatemalteca, con la opresión de la que han sido víctimas las mujeres y con las estadísticas recientes por muertes, violaciones, abusos sexuales, coacciones o amenazas que se producen diariamente, son razones más que suficiente para afirmar que la creación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer tiene por finalidad contrarrestar ese flagelo social que ataca duramente a nuestro país.

Desde otra perspectiva, dentro del ámbito de los derechos humanos internacionalmente considerados, la Organización de las Naciones Unidas proclamó 1975 como Año Internacional de la Mujer, a la vez que se iniciaba un programa denominado “Década para la Mujer”, y en 1975, 1980, 1985 y 1995 se han celebrado importantes conferencias mundiales, como las siguientes:

1. Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación hacía la mujer.
2. Convención internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
3. Convenciones internacionales en materia de derecho del trabajo, para beneficio de las mujeres de la Organización Internacional del Trabajo.

Adicionalmente, la exposición de motivos que se analizará más adelante, hace posible que se promulgue en el Congreso de la República la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer.

La propuesta de la ley fue por iniciativa de la Comisión de la Mujer del Congreso de la República y se fundamenta en lo siguiente:

- a) Respeto a lo preceptuado en los Artículos 1, 2, 3 y 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y así como una referencia histórica de cómo han sido reconocidos legal e internacionalmente los derechos de las mujeres y las consecuencias que producen los instrumentos jurídicos internacionales emitidos para proteger los mismos.
- b) Los principales instrumentos jurídicos son: Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Protocolo Facultativo del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Dichos instrumentos jurídicos han sido ratificados por el Estado de Guatemala.
- c) Que la Constitución Política de la República establece que el estado de Guatemala se organiza para proteger a las personas y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común, además de proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas.
- d) Que Guatemala ratificó por medio del Decreto Ley 49-82 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y a través del Decreto Número 69-94 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y

Erradicar la Violencia Contra la Mujer, y como Estado parte se obligó a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer y emitir todas aquellas leyes que sean necesarias para tal fin.

- e) Que las mujeres guatemaltecas tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales de derechos humanos, y que el problema de violencia y discriminación en contra de las mujeres, niñas y adolescentes que ha imperado en el país, se ha agravado con la muerte sospechosa de criminalidad de ellas y la impunidad, debido a las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político, cultural y familiar, por lo que se hace necesario una ley de prevención y penalización de dichas conductas.

5.2 Análisis de los aspectos más relevantes de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer

La ley que a continuación se comentará se divide en 6 capítulos y estos a su vez se subdividen en 28 artículos de los cuales únicamente 11 serán analizados por considerarse que son los más importantes.

Los artículos serán redactados en su totalidad y posteriormente se realizará el análisis correspondiente al artículo transcrito.

“Artículo 1. Objeto y fin de la ley. La presente ley tiene como objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la ley, particularmente cuando por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado, quien agrede, cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica, o de menosprecio a sus derechos.

El fin es promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia, según lo estipulado en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres ratificados por Guatemala.”

Comentario. Conforme a la redacción de la norma anterior, estimo que a través de una ley ordinaria como la que se creó, es imposible que se pueda por parte del Estado garantizar la vida de las mujeres; adicionalmente, es de hacer notar que lleva implícita claramente formas de discriminación hacia el hombre, conducta que ha propiciado perjuicios a las mujeres durante largo tiempo. Además a lo anterior se puede agregar que debido a la evolución de la sociedad en cuanto a los derechos de las mujeres, se puede observar que algunas de ellas se han extralimitado en su ejercicio y de esa cuenta es que cierto porcentaje participa activamente en la comisión de hechos

delictivos tomando parte en organizaciones criminales. Estimo que los derechos de las mujeres deben ser garantizados y respetados por el simple hecho de ser humanas y no por el hecho de ser mujeres; esta normativa brinda una protección discriminatoria en perjuicio del género masculino con lo que se lesiona el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. Esta ley se aplicará cuando sea vulnerado el derecho de la mujer a una vida libre de violencia en sus diferentes manifestaciones, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Comentario. En este artículo, se puede observar que se ha establecido una condición para que se aplique la ley, y eso es importante en virtud que no en todos los casos en que se vean involucradas mujeres como víctimas, en materia penal en especial, tendría necesariamente que aplicarse esta normativa, y en ese sentido se tendría que aplicar el principio de especialidad ante un eventual concurso aparente de normas penales, que bien podría ser resuelto con la interpretación debida por parte de los jueces, defensores e incluso del Ministerio Público en aplicación del principio de objetividad que debe regir su actuación. Y es aquí donde hago la primera llamada de atención en el sentido que la misma ley delimita su campo de aplicación, pero al ir avanzando en su análisis nos damos cuenta que en los tipos penales de violencia contra la mujer y violencia económica, se establece que a los responsables por tales ilícitos penales se les aplicará la pena indicada en los mismos sin perjuicio de que los hechos sean constitutivos de

otros delitos. Con esto a mi parecer se viola el principio *ne bis in ídem* en su vertiente objetiva.

“Artículo 3. Definiciones. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

a) Acceso a la información: Es el derecho de la mujer víctima de violencia a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las instituciones competentes, tanto públicas como privadas. Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta ley, relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

b) **Ámbito privado:** Comprende las relaciones interpersonales domésticas, familiares o de confianza dentro de las cuales se cometan los hechos de violencia contra la mujer, cuando el agresor es el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, con quien haya la víctima procreado o no, el agresor fuere el novio o ex novio, o pariente de la víctima.

También se incluirán en este ámbito las relaciones entre el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, novio o ex novio de una mujer con las hijas de ésta.

c) **Ámbito público:** Comprende las relaciones interpersonales que tengan lugar en la comunidad y que incluyen el ámbito social, laboral, educativo, religioso o cualquier otro tipo de relación que no esté comprendido en el ámbito privado.

d) Asistencia integral: La mujer víctima de violencia, sus hijas e hijos, tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo, de refugio, así como de recuperación. La atención multidisciplinaria implicará especialmente:

1. Atención médica y psicológica.
2. Apoyo social.
3. Seguimiento legal de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
4. Apoyo a la formación e inserción laboral.
5. Asistencia de un intérprete.

e) Femicidio: Muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres.

f) Misoginia: Odio, desprecio, o subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo.

g) Relaciones de poder: Manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra.

h) Resarcimiento a la víctima: Se entenderá por resarcimiento el conjunto de medidas tendientes a aproximar la situación de la víctima al estado en que se encontraría de no haberse producido el hecho delictivo.

El resarcimiento deberá caracterizarse por su integralidad, y comprende, además, de indemnizaciones de carácter económico, todas aquellas medidas tendientes a dotar a la víctima de una reparación médica, psicológica, moral y social.

i) Víctima: Es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia.

j) Violencia contra la mujer: Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado.

k) Violencia económica: Acciones u omisiones que repercuten en el uso, goce, disponibilidad o accesibilidad de una mujer a los bienes materiales que le pertenecen por derecho, por vínculo matrimonial o unión de hecho, por capacidad o por herencia; causándole deterioro, daño, transformación, sustracción, destrucción, retención o pérdida de objetos o bienes materiales propios o del grupo familiar, así como la retención de instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos.

l) Violencia física: Acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer.

m) Violencia psicológica o emocional: Acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico o emocional a una mujer, a sus hijas o a sus hijos; así como las acciones, amenazas, o violencia contra las hijas, los hijos, u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima

o controlarla, la que sometida a ese clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

n) Violencia sexual: Acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, incluyendo la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto naturales como artificiales, o a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual.”

Comentario. En relación a la norma anterior, lo que considero más relevante es la definición del femicidio, conceptualizado como la muerte violenta de una mujer, producida en el contexto de una relación de poder entre géneros. Sin embargo, esas relaciones de poder que se pudieran suscitar entre hombres y mujeres, en un hecho delictivo, no precisamente obedecen a que exista o no entre ambos, relaciones familiares o de convivencia o noviazgo como lo señalan otras definiciones de esta norma.

¿Qué sucedería entonces, en el caso de las mujeres que se encuentran involucradas en las maras u otros grupos delincuenciales que realizan los mismos hechos delictivos o cooperan en los realizados por los hombres?.

Un problema que considero difícil de resolver es el hecho de probar las relaciones de poder que pudieron haber existido previo a cometerse un hecho delictivo de esta naturaleza, situación que debe afrontar el Ministerio Público como ente encargado de la

persecución penal. Además ¿cómo probar la misoginia; es decir, que por el hecho de ser mujer se le odia a esta y por esa misma razón se le da muerte? También se hace diferenciación entre ámbito privado y público. Actualmente, ¿existirá alguna persona que viva alejado de la sociedad?

Cuál habrá sido la finalidad del legislador al establecer diferencia entre dichos ámbitos, si tanto hombres como mujeres se desenvuelven obligadamente en uno u otro. Considero que esta ley contiene muchas desventajas para el género masculino, porque por ejemplo por todos es sabido que en todo lugar de trabajo nunca falta aquella persona que le gusta la intriga, la cizaña o el chisme. Lo lamentable de esto es que un buen porcentaje de este tipo de personas son mujeres, a las que en este momento no podría hacerseles ningún tipo de reclamo airado porque el mismo podría ser denunciado como violencia contra la mujer. Qué desventajoso sería para una persona (sin distinción de sexo) el hecho de probar una intriga provocada, y más aún el hecho de probar que su reacción airada se debió a esa intriga.

“Artículo 4. Coordinación interinstitucional. El Estado de Guatemala, a través del órgano rector de las políticas relativas a la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, será responsable de la coordinación interinstitucional, la promoción y monitoreo de campañas de sensibilización y generación de espacios de discusión para la concertación e impulso de políticas públicas para la prevención de la violencia contra la mujer y del femicidio, las que se consideran de urgencia nacional y de interés social

en congruencia con los compromisos internacionales suscritos y ratificados en la materia.”

Comentario. De una forma sencilla, el Estado puede ser definido como aquella organización social asentada en un territorio determinado, organizada jurídica y políticamente para la consecución de los fines inherentes a la existencia de sus miembros individualmente considerados.

Considero que no es el Estado de un país el encargado de velar o promover el cumplimiento de una normativa, sino el gobierno, la administración pública, o los organismos del Estado, quienes por mandato del pueblo deben establecer líneas o parámetros a seguir para que efectivamente las leyes se cumplan. No observo campañas informativas a través de los medios de comunicación que divulguen el conocimiento de esta ley ni de ninguna otra. Al gobierno de turno como a los anteriores se les va el tiempo en propaganda que es utilizada únicamente con fines políticos y proselitistas que en nada ayudan a la clase necesitada.

“Artículo 5. Acción pública. Los delitos tipificados en la presente ley son de acción pública.”

Comentario. Este artículo preceptúa que los delitos tipificados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer son de acción pública, lo cual

significa que la persecución penal debe ser ejercida por el Ministerio Público de oficio, desde el momento en que tenga conocimiento de la comisión de dichos ilícitos.

Considero que la persecución penal del delito de femicidio si debe ser de acción pública, en tanto que los delitos de violencia contra la mujer y violencia económica debieran ser de acción pública dependiente de instancia particular, en virtud que los mismos según mi experiencia se producen generalmente en la intimidad de una relación, en la que la víctima es la única que conoce de la violencia que padece y que por lo tanto es la única que podría brindar la noticia delictiva e información detallada sobre los hechos de los cuales es agraviada.

He observado una particularidad en los casos en los que las mujeres sufren de violencia casera: Quizás por una disputa desencadenada por un desacuerdo, la mujer presenta denuncia en contra de su cónyuge, pero en el momento de iniciar las primeras diligencias investigativas, en un gran porcentaje de los casos la agraviada se concreta a manifestar que su deseo es simplemente ya no continuar con la denuncia, argumentando haber solucionado su desacuerdo marital.

“Artículo 6. Femicidio. Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad, o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f) Por misoginia.
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
- h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el Artículo 132 del Código Penal.

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de 25 a 50 años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.”

Comentario. Me resulta difícil aceptar la introducción de este tipo penal en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, porque considero y sostengo que la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer es producto de un clamor popular, pero que en realidad no viene a solucionar la ola de violencia que actualmente vive nuestro país. El Organismo Legislativo emite leyes sin ninguna técnica, y más bien

muchas de ellas parecen una espuria copia de normativas emitidas en otros países que lógicamente no se ajusta a nuestra realidad.

Para que un hecho consistente en la muerte violenta de una mujer pueda ser tipificado como femicidio, según este tipo penal, se le debió haber dado muerte por su condición de mujer. ¿Cómo podría probar el Ministerio Público que a una persona se le dio muerte por razón de su género? Entonces podría pensarse en el absurdo que a un hombre se le dio muerte por su condición, precisamente de hombre. Es más fácil probar que en la muerte violenta de una persona, concurrió por ejemplo la circunstancia de enajenamiento.

Sostengo además que una buena técnica legislativa debe tomar en cuenta que un tipo penal se formula con expresiones lingüísticas que intentan describir de manera abstracta y general la conducta prohibida. En consecuencia el tipo debe estar redactado de tal manera que pueda deducirse con claridad la conducta prohibida (condición que no se cumple en el tipo que comento).

El lenguaje debe ser claro y preciso, asequible al nivel cultural medio, y evitar en lo posible el casuismo en la descripción de las conductas prohibidas, y esto porque resulta imposible describir de forma exhaustiva todas las formas de aparición de un delito. Claro ejemplo de esto último son las literales A a la G del artículo que comento, por medio de las cuales se hace una descripción exhaustiva de las *circunstancias* que deben ser consideradas para que un hecho se tipifique como femicidio, para que al final

en la literal H se indique que comete tal ilícito cuando concurren cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el Artículo 132 del Código Penal, que específicamente se refiere al delito de asesinato.

Y en cuanto a la pena, es la misma que correspondería imponer por el delito de asesinato, con la diferencia que en este tipo penal se contempla la pena de muerte para quien resulte responsable del mismo, en tanto que en el tipo penal de femicidio no se establece dicha sanción. Todas esas circunstancias descriptivas del delito de femicidio son subsumibles perfectamente en el tipo de asesinato.

Reitero la difícil tarea que resulta para el Ministerio Público, probar las condiciones de poder entre géneros, el odio hacia una mujer, y otras circunstancias que se señalan en esta norma, de lo que se deduce que bien podría surgir un concurso aparente de normas penales.

En representación de la fiscalía, en lo particular solicitaría el juzgamiento por el delito de asesinato, en virtud que dejaría abierta la posibilidad de solicitar la pena de muerte en contra del responsable. Sin embargo, en representación de la defensa del sindicado, alegaría en todo caso la comisión del delito de femicidio, con tal de que por lo menos no se le aplique la pena capital.

Resulta ser una abolición tácita de la pena de muerte en contra de quien podría merecerla. Lógicamente en el supuesto de un conflicto de leyes penales, la defensa

podría alegar la aplicación del principio de favorabilidad, y con ello lograr que la pena máxima solicitada por el Ministerio Público no fuese aplicada, o bien alegar que no se cometió ni femicidio ni asesinato, sino homicidio. No en todos los casos, en las parejas ya sea en convivencia o en matrimonio o noviazgo se suscitan relaciones de poder, y que con la muerte de la esposa, conviviente o novia, tenga que suponerse que el sospechoso sea el novio, conviviente o esposo de la víctima para considerarse que el hecho punible encuadra en el tipo penal de femicidio.

Todos estos supuestos fácticos los expongo en virtud de que un gran porcentaje de la población desconoce de todas esas circunstancias, y precisamente por ello afirmo que la emisión de esta ley se debió a clamores populares dirigidos por organizaciones cuya misión se dirige a erradicar la violencia contra la mujer, pero lamentablemente estimo que esta ley no viene a resolver el problema, sino a crear confusión en quienes tenemos la ardua tarea de participar activamente en la administración de justicia pronta y cumplida.

Otra situación que critico es el hecho de que en un país como Guatemala, en donde el porcentaje de analfabetismo es altísimo, afirmar que *contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia* resulta infortunado, en virtud que el gobierno como administrador del Estado de Guatemala, ni siquiera dota a la persona común y corriente de los medios para obtener instrucción básica, con la que ésta ni siquiera lograría comprender los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales descritos en esta ley. Además estoy seguro que ese analfabetismo es reflejado en la mayoría de nuestros

legisladores, en virtud que no poseen conocimiento jurídico, y que por lo tanto trae como desconocimiento que un tipo penal tiene una triple función, la que magistralmente es expuesta por el penalista español Francisco Muñoz Conde:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.

Sin embargo, una persona jamás podrá motivarse (normativamente hablando) si no sabe leer y escribir, y aun sabiendo, si los tipos penales son formulados o redactados sin claridad, utilizando términos normativos en lugar de descriptivos, o con exagerado casuismo, jamás podrá comprenderlos y mucho menos aplicarlos correctamente.

“Artículo 7. Violencia contra la mujer. Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias:

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

La persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

La persona responsable del delito de violencia psicológica contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a ocho años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.”

Comentario. Deseo comenzar mi crítica afirmando que en la actualidad resulta una utopía pensar que existen personas que no se relacionen con otras. Y es que esto lo afirmo en virtud que el tipo penal que comento indica “en el ámbito público o privado”. Resulta lógico considerar que una persona siempre se desenvuelve en uno u otro ámbito, y por lo tanto cumple roles.

Siguiendo con tan desafortunada redacción de la ley, en este tipo penal se preceptúa que comete dicho ilícito quien..., valiéndose de las siguientes circunstancias:... Y me pregunto, ¿Habría por ejemplo, que pretender, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima, para que se configurase el delito de violencia contra la mujer? ¡O ejercer violencia psicológica, verbigracia, para obtener tales resultados!

Con la interrogante y afirmación anteriormente elaboradas pretendo establecer que la persona que comete este delito se vale de la violencia física, sexual o psicológica para conseguir su propósito o resultado, que es lo que esta ley denomina circunstancias.

Resulta ilógico que un hombre pretenda establecer o restablecer una relación de pareja y que dicho supuesto sea una circunstancia de la cual se valga, para encuadrar su conducta en el tipo penal de violencia contra la mujer, cuando lo correcto estimo es que la circunstancia de la cual podría valerse un hombre es la violencia psicológica, por ejemplo, para conseguir su propósito de establecer o restablecer una relación.

No obstante, mi intención dentro de la presente exposición no se circunscribe en especial a cuestiones de sintaxis, sino jurídica doctrinarias que deben ser tomadas en cuenta al aplicar cualquier ley. Pero desafortunadamente las mismas no pueden dejarse pasar por alto, pues la redacción de un precepto jurídico debe ser clara para evitar equívocos e interpretaciones a conveniencia.

Me llama la atención la denominación de este ilícito penal por la siguiente razón: En el epígrafe se lee “violencia contra la mujer”. Deduzco que se comete este delito, cuando una persona ejerce sobre una fémina, violencia física, sexual o psicológica, con tal de obtener los propósitos descritos en la norma. Sin embargo, en el momento de establecer la pena que se debe imponer a la persona que resulte responsable por la comisión de dicho delito, el legislador preceptuó que “la persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la mujer será sancionada...”, o “la persona responsable del delito de violencia psicológica contra la mujer será sancionada...”.

Entonces, la pregunta obligatoria es ¿Cuál es el delito? ¿Violencia contra la mujer, o violencia física o sexual contra la mujer, o violencia psicológica contra la mujer? Estimo que esa diferenciación se hizo en base a la pena a imponer al culpable, pero considero que lo correcto habría sido tipificar las conductas por separado con la correspondiente pena, en virtud que podría con esto violarse el artículo 7 del Código Penal que prohíbe la analogía *in malam partem*, es decir la creación de figuras delictivas y la aplicación de sanciones, así como el principio de legalidad o intervención legalizada consagrado en los Artículos 17 de la Constitución Política de la República, 1 del Código Penal y 1 del Código Procesal Penal.

Anteriormente expuse que el principio de *ne bis ídem* (en su vertiente material) presume que no se aplique más de un precepto jurídico penal en el caso de que exista un concurso aparente de normas penales. En ese orden de ideas, parece notorio que una conducta podría encuadrarse en dos o más tipos penales.

En ese sentido, afirmo que cada precepto jurídico penal (tipo penal) fue concebido para sancionar un solo acto, y los diferentes elementos constitutivos de la figura penal precisan la norma legal en la cual hay que subsumir la conducta delictiva. Pero esa subsunción de los hechos en la norma requiere en primer lugar una adecuada selección de las circunstancias y datos del supuesto de hecho que puedan tener relevancia en el ámbito jurídico, lo que requiere lógicamente una reconstrucción judicial de los hechos lo más precisa, exacta y completa posible para no menospreciar factores internos o externos que puedan tener alguna repercusión jurídica.

No obstante, existen casos en donde no es claro cuando se está frente a un solo hecho que pueda considerarse definido bajo dos o más normas distintas. Esta es la problemática del denominado concurso de leyes o de normas penales, y que se resuelve decidiendo cual de las normas aparentemente concurrentes debe prevalecer sobre la otra; esta es la razón por la cual el principio *ne bis in ídem* se contiene en vertiente penal o sustantiva en el principio de legalidad o de intervención legalizada. En definitiva se trata de decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado, lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogen solo algunos aspectos del mismo.

Como antes lo indique, este principio debe ser tomado muy en cuenta en la aplicación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, especialmente en el tipo penal que comento, toda vez que en el mismo se indica que pese a la

aplicación de la sanción penal correspondiente a los responsables por tales ilícitos, podría aplicarse la pena establecida en tipos contenidos en otras leyes penales.

Lo anterior lo ejemplifico así: El Artículo 7 de la ley que se comenta establece que comete este delito, quien en el ámbito público o privado ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias: El mismo cuerpo legal define la violencia sexual como acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, ...

Recientemente a través del Decreto número 9-2009 del Congreso de la República fue emitida la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, y éste a su vez reformó la denominación del capítulo I del título III del libro II del Código Penal guatemalteco, denominándolo “de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas”. Así mismo, entre las múltiples reformas introducidas mediante la citada ley, se produjo la del Artículo 173 del Código Penal en el que se establece que comete el delito de violación, quien con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona... .

Haciendo un burdo análisis legal comparativo entre ambas figuras delictivas, se puede establecer que el bien jurídico tutelado es la “libertad e indemnidad sexual de las personas” (obsérvese además que no se hace distinción de género) y que en ambas figuras delictivas, uno de los elementos objetivos es precisamente la utilización de “violencia física o psicológica” para que el sujeto activo logre su propósito (pues toda

acción delictiva conlleva una finalidad) que en este caso sería el acceso carnal contrario a la voluntad de la víctima. De ello se deduce, que si no se realiza un análisis adecuado, podría injustamente aplicarse dos penas: La correspondiente al delito de violencia contra la mujer, y la correspondiente al delito de violación.

“Artículo 8. Violencia económica. Comete el delito de violencia económica contra la mujer quien, dentro del ámbito público o privado, incurra en una conducta comprendida en cualquiera de los siguientes supuestos:

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

La persona responsable de este delito será sancionada con prisión de cinco a ocho años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.”

Comentario. Respecto a este tipo penal vale todo lo comentado para el anterior. Sin embargo, aquí se tiene la complicación que podría darse en cuanto a la aplicación de más de un precepto jurídico penal a una misma conducta delictiva si no se elabora un análisis correcto de los hechos, toda vez que además del tipo penal que se comenta podrían aplicarse cualquiera de los contenidos en el Código Penal relacionados al menoscabo del patrimonio de las personas, tales como el hurto, robo, usurpación, extorsión, chantaje, estafa, apropiación indebida, daños, entre los más comunes.

Por ejemplo, entre los concursos de normas que podrían suscitarse entre la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer con el Código Penal, podría señalar las literales a y b del artículo 8 con los Artículos 261 (extorsión) y 262 (chantaje) respectivamente. La literal c del artículo en comento con el Artículo 246 (hurto) del Código Penal; la literal d con lo preceptuado en el Artículo 242 (negación de asistencia económica) del Código Penal.

Sin embargo, podemos ir más allá de lo regulado por esta ley, y que estimo es un aspecto importantísimo que no se tomó en cuenta al momento de su creación. Existen situaciones que se dan dentro de una relación que siendo muy íntimas, resulta muy difícil de probarlas. Y menciono esto porque en una relación entre cónyuges por ejemplo, a la mujer le resultaría dificultoso probar que sufre de violencia psicológica o económica, y en cuanto a esta última se debe tomar en cuenta la exención regulada en el Artículo 280 del Código Penal que a continuación transcribo: “Exentos de responsabilidad penal. Están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a

la civil por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges o personas unidas de hecho, salvo que estuvieren separados de bienes o personas y los concubinarios.
2. Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines.
3. El consorte viudo, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.
4. Los hermanos si viviesen juntos.

Esta exención no es aplicable a los extraños que participen en el delito.”

Este precepto es claro y con fundamento en el mismo el Ministerio Público puede desestimar una denuncia en la que se ponga en conocimiento uno de los delitos mencionados en el artículo antes indicado, cuando por su puesto se den los presupuestos indicados en dicha norma.

En mi opinión es perfectamente admisible la desestimación de una denuncia en la que por ejemplo, una mujer pone en conocimiento que su cónyuge le hurtó un bien de su propiedad, toda vez que esta exención se traduce en la frase “cuando no se pueda proceder” del Artículo 310 del Código Procesal Penal.

Pero entonces cuál sería la ley que habría de aplicarse: ¿El Código Penal o la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer? Me decanto por el Código Penal como consecuencia de la aplicación del principio de favorabilidad o *in*

dubio pro reo, siendo una obligación para el Ministerio Público pronunciarse en tal sentido, fundamentando mi criterio además en el Artículo 108 del Código Procesal Penal.

“Artículo 10. Circunstancias agravantes. Las circunstancias que agravan la violencia contra la mujer deben ser analizadas de acuerdo a lo siguiente:

- a) En relación a las circunstancias personales de la persona que agrede.
- b) En relación a las circunstancias personales de la víctima.
- c) En relación a las relaciones de poder existente entre la víctima y la persona que agrede.
- e) En relación al contexto del hecho violento y el daño producido a la víctima.
- f) En relación a los medios y mecanismos utilizados para perpetrar el hecho y al daño producido.”

Comentario. He de iniciar en primer lugar haciendo una crítica a la redacción de este artículo. En las literales a y c se lee la frase “la persona que agrede”. Esto se pudo haber sintetizado con la expresión “el agresor”.

Si analizamos la literal “a” por ejemplo, nos percatamos que las palabras utilizadas en su redacción no son las más afortunadas y que más bien existe un pleonasma en su escritura.

Póngase atención a ello: a) En relación a las circunstancias personales de la persona que agrede. Ahora bien, estimo que lo correcto sería la redacción siguiente: a) En relación a las circunstancias personales del agresor.

Lo mismo ocurre en la literal “c” en la frase siguiente: c) En relación a las relaciones de poder existente entre la víctima y la persona que agrede.

Nótese los errores siguientes: En primer lugar el pleonasma. En segundo la palabra relaciones está escrita en plural, pero la palabra existente está escrita en singular. Y, en tercer lugar la frase la persona que agrede se pudo sintetizar con la frase el agresor.

Considero que lo correcto habría sido por ejemplo la siguiente redacción: c) En consideración a las relaciones de poder existentes entre la víctima y el agresor.

Sin embargo, como antes indiqué, mi intención dentro de la presente exposición no se circunscribe en especial a cuestiones de sintaxis, sino jurídica doctrinarias que deben ser tomadas en cuenta al aplicar cualquier ley. Pero desafortunadamente las mismas no pueden dejarse pasar por alto, pues la redacción de un precepto jurídico debe ser clara para evitar equívocos e interpretaciones a conveniencia.

“Artículo 13. Derechos de la víctima. Es obligación del Estado garantizar a la mujer que resulte víctima de cualquier forma de violencia, los siguientes derechos:

a) Acceso a la información

b) Asistencia integral.

Los y las funcionarias que sin causas justificadas nieguen o retarden la entrega de información o la asistencia integral en perjuicio del proceso o de la víctima, se harán acreedores a medidas y sanciones laborales y administrativas, sin perjuicio de responsabilidades civiles o penales según el caso.”

Comentario. Considero que el Estado no cumple con su obligación de garantizar el derecho, no solo de la mujer sino de la población en general, de acceso a la información. Esto lo asevero en virtud de que he notado que en medios de comunicación masiva no existen programas informativos a través de los cuales se haga del conocimiento de la población los derechos y obligaciones que cada persona individual o colectiva tiene como tal.

En ese sentido estimo que los medios de comunicación juegan un papel importante en cuanto al acceso a la información se refiere. No todas las personas en nuestro país son alfabetas, no todas cuentan con un aparato radial o televisivo, y mucho menos cuentan con acceso a internet.

Entonces, ¿Cómo podría obligársele a una persona a que cumpla con una obligación, si ni siquiera saber leer? En ese sentido, me parece una aberración jurídica el contenido del artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, cuando establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia.

Considero que lo ideal sería que todas o la mayoría de las personas que forman parte de la población del Estado, tuviesen esa información para de esa forma impedir atropellos a sus derechos, y a su vez esto cumpliría la función de evitar en los victimarios la creencia de que pueden delinquir con facilidad bajo el pretexto de que la víctima es ignorante.

“Artículo 14. Fortalecimiento de las dependencias encargadas de la investigación criminal. Para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley, el Ministerio Público deberá crear la Fiscalía de Delitos Contra la Vida e Integridad Física de la Mujer, especializada en la investigación de los delitos creados por esta ley, con los recursos presupuestarios, físicos, materiales, científicos y humanos que le permitan el cumplimiento de los fines de la misma.”

Comentario. Afirmo que hasta la presente fecha no se ha creado la Fiscalía de Delitos contra la Vida e Integridad Física de la Mujer. Más bien, los hechos delictivos tipificados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer siguen siendo investigados en forma separada; si se trata del delito de Femicidio el caso es investigado por la Fiscalía de Delitos contra la Vida e Integridad Física de las Personas, y si se trata de los delitos de Violencia contra la Mujer o Violencia Económica, los casos son investigados por la Fiscalía de la Mujer.

Con ello aclaro que no existe una Fiscalía especializada para la investigación de los hechos delictivos que pudieran encuadrarse en los tipos penales contenidos en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer.

Sin embargo, el problema no se resolvería únicamente con la implementación de esta Fiscalía, sino que además de ello al personal que formase parte de la misma habría que procurarle una capacitación de calidad para que puedan aplicar de forma correcta la ley, pues no en todos los casos es admisible su aplicación solo por el hecho de que la víctima sea mujer.

Lamentablemente el Estado de Guatemala sufre de crisis presupuestaria, misma que es reflejada en las instituciones encargadas de la administración de justicia, con lo cual la implementación de la Fiscalía especializada no tuvo lugar desde la entrada en vigencia de la ley.

“Artículo 15. Creación de los órganos jurisdiccionales especializados. La Corte Suprema de Justicia implementará órganos jurisdiccionales especializados que deberán conocer de los delitos establecidos en la presente ley, organizando su funcionamiento en régimen de veinticuatro (24) horas, sin perjuicio de la competencia atribuida a los juzgados del ramo penal.”

Comentario. Al igual con lo que sucede en cuanto al Ministerio Público, hasta la fecha la Corte Suprema de Justicia no ha creado ningún órgano jurisdiccional especializado

que conozca de los delitos tipificados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. La razón sigue siendo la misma: La falta de presupuesto.

“Artículo 25. Supletoriedad. Son aplicables supletoriamente a esta ley las disposiciones del Decreto Número 17-73, Código Penal; Decreto Número 51-92, Código Procesal Penal; Decreto Número 2-89, Ley del Organismo Judicial; Decreto Número 97-96, Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer; Decreto Número 42-2001, Ley de Desarrollo Social; Decreto 106, Código Civil; Decreto 107, Código Procesal Civil y Mercantil. Así como las modificaciones y reformas a todas las leyes antes señaladas.”

Comentario. Este artículo indica que para lo que no esté contemplado en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, serán aplicables los preceptos contenidos en otras normas de naturaleza penal. De lo anterior se deduce que, es perfectamente admisible aplicar la norma que más favorezca al imputado y con ello evitar se le sancione más de una vez por el mismo hecho. Con la aplicación de esta norma, prevalece por ejemplo la exención contenida en el Artículo 280 del Código Penal, que prácticamente imposibilita la punición de un hecho cometido por una persona en contra del patrimonio de su cónyuge.

“Artículo 26. Fuentes de interpretación. Constituyen fuentes de interpretación de esta ley lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en los

convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala. En particular, serán fuentes de interpretación de esta ley:

a) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

b) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.”

Comentario. Esta norma es importantísima, en el sentido de que declara que son fuentes de interpretación de la ley, lo establecido en la Constitución Política de la República y tratados internacionales sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

En consonancia con ello, ha quedado establecido que existe normativa nacional e internacional, en la que se consagran los principios que se expusieron en esta investigación, y que por lo tanto, son aplicables en prelación de cualquier norma ordinaria como la que se comentó.

CONCLUSIONES

1. El concurso aparente de normas penales no se encuentra regulado en la legislación penal guatemalteca. Los principios que son aplicables para su solución son de índole doctrinaria y tan sólo el principio de especialidad se encuentra plasmado en la Ley del Organismo Judicial. Es de resaltar que dicho concurso se produce entre normativa vigente.
2. La Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, no derogó tácita o expresamente normas con las cuales podría surgir algún concurso aparente de leyes, así como tampoco aquellas que excluyen su aplicación; por ello, en algunos casos deja abierta la posibilidad injusta de aplicar simultáneamente dos tipos penales a un mismo hecho, y en otros la posibilidad de que esta ley no sea aplicada.
3. Al momento de suscitarse un concurso aparente de normas penales, debe aplicarse el tipo penal que tenga señalada en abstracto una pena menor, en virtud de que ello favorece al imputado. Sin embargo, la condición sería que este tipo penal englobe en su totalidad la conducta cometida.
4. La Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer es irretroactiva, por cuanto su aplicación no es favorable al reo en aquellos hechos que fueron cometidos durante la vigencia de los tipos penales derogados por el

Decreto 9-2009, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (estupro, abusos deshonestos, rapto e incesto, con sus diferentes modalidades).

5. En la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, existen elementos subjetivos poco asequibles de probar. Verbigracia de ello es la misoginia. Resulta más factible probar que a una persona se le dio muerte con ensañamiento o perversidad brutal, quedando tipificado el hecho como delito de asesinato. Aunado a lo anterior, la aplicación del tipo penal de femicidio favorece sobre la del asesinato, en virtud que el primero si contempla la pena capital.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe introducir al ordenamiento jurídico penal, los principios o criterios aplicables para la solución del concurso aparente de leyes penales, con la finalidad de que no se aplique más de un tipo penal a un hecho que pueda ser encuadrado en uno solo, y evitar así la infracción del principio *ne bis in ídem*. En ese sentido puede considerarse como modelo o parámetro el Artículo 8 del Código Penal Español.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe derogar o modificar aquellos preceptos jurídicos que contradigan la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, o en su defecto derogar la ley como tal y adicionar algunas de sus normas al Código Penal; esto con la finalidad de evitar en ciertos casos la duplicidad de la pena, y en otros la impunidad.
3. Es imperativo que el Congreso de la República incluya en el Código Penal el principio *ne bis in ídem* en su vertiente material u objetiva, de modo que el mismo sea interpretado en consonancia con el principio de favorabilidad y el concurso aparente de leyes penales.
4. No obstante que, si bien es cierto el Decreto 9-2009, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, derogó ciertos delitos contenidos en el Código Penal, no implica que el Ministerio Público no deba perseguir aquellos

hechos de los cuales tenga conocimiento y encuadren en las normas derogadas, aplicando ultractivamente la ley con la finalidad de que dichas conductas no queden impunes.

5. Que el Congreso de la República expulse del ordenamiento jurídico mediante la reforma correspondiente el delito de femicidio, en virtud que en primer lugar, contiene en su descripción elementos subjetivos que en consecuencia resultan difíciles de probar; y, en segundo lugar, no contempla la pena de muerte para quien podría merecerla.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Tercera Edición, Temis Ilanud. Bogotá, Colombia, 1984.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. **Derecho procesal penal**. McGraw – Hill / Interamericana Editores. Primera Edición, 1999.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco**. La Desjudicialización. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Guatemala, 1998.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Editorial Ad Hoc. Primera Edición, 1993.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico universitario**. Editorial Heliasta. Primera Edición, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, Editorial Heliasta, S.R.L. 1981.

CEREZO MIR, José, José. **Curso de derecho penal español**. Parte General, Volumen I.- Introducción; Edit. Tecnos, Madrid, 1996.

CONTRERAS, Jorge. **Participación ciudadana en la construcción de la política criminal**. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. El Observador. No. 10 año 1, mayo de 1998.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Editorial Bosch S.A. Barcelona España, 1981.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL. Editorial F&G Editores, Décimo Primera Edición, 1999.

DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. Editorial Porrúa, México, 1965.

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima segunda edición, 2006.

Diccionario jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro. Edición 2005.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMENEZ - SALINAS I COLOMER, Esther. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Artemis Edinter, Edición 2001.

GONZÁLEZ CAHUAPÉ - CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, Fundación Mirna Mack, Segunda Edición, 2006.

JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal**, Parte General, vol. I, traducido por Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de derecho penal**, tomo II, Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, 1964.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Manual del fiscal**, Segunda Edición, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho penal parte general**. Editorial Tirant Lo Blanch, Sexta Edición, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Hassemmer, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Editorial Tirant Lo Blanch, Sexta Edición, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**, Editorial Temis, Segunda Edición, 1999.

ORE GUARDIA, Arsenio. **Manual de derecho procesal penal**, Editorial Alternativa SRL, Lima, 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L. 1979.

PEÑA CABRERA, Raúl. **Tratado de derecho penal "estudio programático de la parte general"**. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro; BINDER, Alberto; y RAMÍREZ, Silvina. **Manual de derecho procesal penal**, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Editorial Serviprensa, Segunda Edición.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. 7ª. Edición, Gráficas Carasa España, 1979.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. **Derecho penal**. Parte General. Madrid, 1977.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**, Parte General. Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito; Edit. Civitas, Madrid; 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Editores del Puerto, Vigésima Quinta Edición, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César. **Derecho procesal penal**, Volumen II, Grijley, Lima, 1999.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. 4ª. Edición Tipografía Editora Argentina, B.A. 1978.

VALENZUELA O., Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. Editorial Oscar De León Palacios. Primera Edición, 2000.

VILLALTA RAMÍREZ, Ludwin Guillermo Margo. **Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal**. Editorial Estudiantil Fénix. Primera Edición, 2003.

VIVES ANTÓN, T. S. **Introducción al estado de derecho y derecho penal**, en Comentarios a la Legislación Penal, t. I, Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. 3ª. Edición, Editora Argentina, B.A. 1982.

Legislación:

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

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

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Decreto 6-78 Pacto de San José de Costa Rica.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belém do Pará”.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem do Pará”.

Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Congreso de la República, Decreto número 22-2008.

Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer. Congreso de la República, Decreto número 7-99.

Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República.
Congreso de la República, Decreto número 54-86.

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

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República, Decreto número 40-94.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, Decreto número 97-96.

Protocolo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Recomendación General 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.