

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

**NECESIDAD DE DEROGAR EXPRESAMENTE EL ARTÍCULO 200 DEL DECRETO
NÚMERO 17-73, CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA
PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN CONTRAYENDO
MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA**

OLGA ESTELA ANDRINO ALAY

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

**NECESIDAD DE DEROGAR EXPRESAMENTE EL ARTÍCULO 200 DEL DECRETO
NÚMERO 17-73, CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA
PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN CONTRAYENDO
MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OLGA ESTELA ANDRINO ALAY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2010

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Urbina Mejía
Vocal: Lic. José Luis de León Melgar
Secretaria: Licda. Edit Marilena Pérez Ordóñez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Secretario: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco

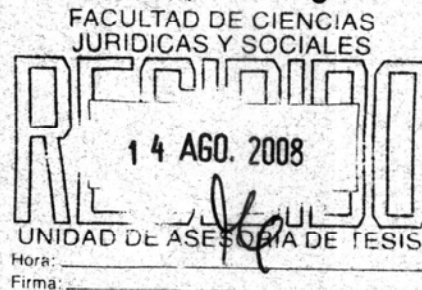
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Fredy Arturo Paiz Soto
ABOGADO Y NOTARIO
Calle 6 de Septiembre 3-57 zona 1 Jutiapa
Tel. 78441526



Guatemala, 14 de agosto de 2008

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



Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha dieciocho de septiembre del año dos mil siete, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller Olga Estela Andriño Alay, con carné 8915433; que se denomina: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN TENIENDO MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA"**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer la importancia del derecho penal; el sintético, indicó lo relativo al delito de violación; el inductivo, estableció sus características y el deductivo, señaló la problemática actual. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron que el delito anotado lesiona la integridad física y moral de la mujer guatemalteca. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer que es de importancia sancionar a los responsables del delito de violación.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido doctrinario y jurídico, relacionado con la pena del delito de violación; de conformidad con la legislación penal guatemalteca.

Lic. Fredy Arturo Paiz Soto
ABOGADO Y NOTARIO
Calle 6 de Septiembre 3-57 zona 1 Jutiapa
Tel. 78441526



5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


Lic. Fredy Arturo Paiz Soto
ABOGADO Y NOTARIO
Licenciado Fredy Arturo Paiz Soto
Asesor de Tesis
Colegiado 1986



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ LUIS PINEDA QUIROA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante OLGA ESTELA ANDRINO ALAY, Intitulado: "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 200 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN TENIENDO MATRIMONIO LEGITIMO CON LA VÍCTIMA".

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 ASESORIA DE TESIS

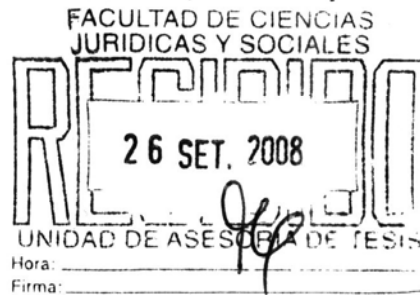
cc. Unidad de Tesis
CANCAM/suh



LICENCIADO JOSÉ LUIS PINEDA QUIROA
3ª avenida 4-58 Zona 1. Jutiapa
Teléfono: 558-38-661



Guatemala, 26 de septiembre de 2008



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
Su Despacho.

Licenciado Castro Monroy:

Según nombramiento emitido de fecha uno de septiembre del año dos mil ocho, revisé la tesis de la bachiller: Olga Estela Andrino Alay, titulada: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN TENIENDO MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA”**, para lo cual me es grato manifestarle que el trabajo de investigación abarca:

1. Un contenido científico y técnico, además se consultó la doctrina y legislación adecuada, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa; habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo. La bachiller Andrino Alay, en el análisis realizado, da a conocer la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación; de conformidad con la legislación penal de Guatemala.
2. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para determinar el delito de violación; el método deductivo, indicó sus particularidades; el método analítico, dio a conocer su regulación legal y el método sintético, estableció la extinción de la pena del mismo. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.
3. La redacción que utilizó la sustentante se ajusta al contenido de su tesis. Además utiliza un lenguaje apropiado y de fácil comprensión, tanto para estudiantes como para profesionales.
4. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, da a conocer con datos actuales lo esencial de sancionar al sujeto activo del delito de violación. Los objetivos generales y específicos fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de la defensa de los derechos y la integridad de la mujer.

LICENCIADO JOSÉ LUIS PINEDA QUIROA
3ª avenida 4-58 Zona 1. Jutiapa
Teléfono: 558-38-661



También la hipótesis se comprobó, al indicar lo primordial de erradicar la violencia física contra la mujer en Guatemala.

5. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos válidos y certeros.
6. La bibliografía empleada es la adecuada. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis, a la introducción y al título de la misma, quedando de la siguiente manera: **"NECESIDAD DE DEROGAR EXPRESAMENTE EL ARTÍCULO 200 DEL DECRETO NÚMERO 17-73, CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN CONTRAYENDO MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA"**, encontrándose conforme con los cambios señalados; para una debida estructuración del tema investigado.

En virtud de que el trabajo de tesis desarrollado, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



Licenciado José Luis Pineda Quiroa
Revisor de Tesis
Colegiado 2663



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de noviembre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OLGA ESTELA ANDRINO ALAY, Titulado NECESIDAD DE DEROGAR EXPRESAMENTE EL ARTÍCULO 200 DEL DECRETO NÚMERO 17-73, CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA QUE PERMITE EXTINGUIR LA PENA AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN CONTRAYENDO MATRIMONIO LEGÍTIMO CON LA VÍCTIMA. 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: Padre infinitamente amoroso y misericordioso por ser mi luz, fortaleza y consuelo en los momentos más difíciles.

VIRGEN SANTÍSIMA: Gracias por su maternal amor y su poderosa intercesión.

A MIS PADRES: Romeo Andrino, por brindarme su amor y animarme a seguir adelante. Hilda Marina Alay de Andrino, con todo mi amor y gratitud perpetua por la ternura, amor y sabiduría con que me guió; y aunque no esté presente físicamente vivirá siempre en mi corazón como el dulce ángel que Dios me regaló, y que ahora desde el cielo me observa y me envía sus bendiciones.

A MI ABUELITA: Ángela Alay (Q.E.P.D.), con gratitud eterna por su amor, cuidado y sabios consejos.

A MIS HERMANOS: Anabel, Blanca Elvira, Adilio Alfredo, gracias su amor y colaboración; en especial a Marina, Ester,

hermana querida que Dios te bendiga por haberte esforzado tanto por mi, al punto de olvidarte de tus sueños y anhelos, animarme, apoyarme y comprenderme en todo momento.

A MI SOBRINA:

Angeli Dulce María, que mi esfuerzo sirva de ejemplo y estímulo en su vida.

A MIS AMIGOS:

Erick Leonel Baldizón Cancinos, María Guadalupe Corzo López, Consuelo Mateo Solís, Marla Gonzáles, Zonia Elizabeth Bracamontes, Felipa Floridalma Larios, Lilian Amarilis Lemús Moscoso en agradecimiento sincero a su amistad.

A:

Rosalbina Moscoso, como muestra de mi afecto sincero

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, templo forjador de uno de mis más grades anhelos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición.....	3
1.2. Clasificación.....	4
1.3. Fuentes del derecho penal.....	4
1.4. Antecedentes.....	7
1.5. El derecho penal y su relación con otras disciplinas jurídicas.....	17
1.6. El derecho penal subjetivo y objetivo.....	18
1.7. Las ciencias penales.....	19
CAPÍTULO II	
2. La pena.....	27
2.1. Definición.....	28
2.2. Penas corporales.....	29
2.3. Penas infamantes.....	29
2.4. Penas privativas de libertad.....	31
2.5. Penas pecuniarias.....	35
CAPÍTULO III	
3. La mujer y los derechos humanos.....	39
3.1. Breve historia de los derechos humanos de la mujer.....	42



Pág.

3.2. La violencia contra las mujeres.....	48
3.3. Discriminación contra mujeres indígenas.....	52
3.4. Participación y representación política.....	54
3.5. Derechos sexuales y reproductivos.....	57
3.6. Derechos humanos de la mujer.....	58
3.7. Derechos humanos en materia familiar.....	60
3.8. Derechos humanos en su persona.....	61
3.9. Derechos sociales.....	62
3.10. Garantías judiciales.....	63

CAPÍTULO IV

4. Importancia de derogar el Artículo 200 del Código Penal vigente que permite la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación contrayendo matrimonio con la víctima.....	67
4.1. Reseña histórica de la mujer guatemalteca.....	67
4.2. Definición legal del delito de violación.....	68
4.3. Conceptualización del delito de violación.....	69
4.4. Generalidades del delito de violación.....	69
4.5. Modalidades de la violencia.....	70
4.6. Elementos de la violación propia.....	71
4.7. Agravación de la pena del delito de violación.....	73
4.8. La violación calificada.....	73
4.9. Consecuencias del delito de violación.....	74



Pág

4.10. Las violaciones en Guatemala.....	78
4.11. Drogas utilizadas en violaciones.....	81
4.12. Alianza para prevenir y erradicar la violencia sexual contra mujeres.....	81
4.13. La necesidad de derogar la legislación penal vigente que permite la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación trayendo matrimonio legítimo con la víctima.....	82
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió debido a que las mujeres pese a su lucha por defender sus derechos así como la igualdad y dignidad con respecto al hombre, aun siguen siendo víctimas del delito de violación, acoso, maltrato, violencia intrafamiliar de discriminación, no solo por particulares sino por el Estado mismo el cual desde siempre ha actuado sobre la vida de las mujeres de diversas formas pero particularmente a través de la educación, que reproduce valores y estereotipos sexistas y discriminatorios.

Los objetivos establecieron y determinaron la importancia de modificar el ordenamiento jurídico penal, para que se apliquen severas penas a las personas que cometen delito de violación y que se derogue expresamente el artículo 200 del código penal, pues no puede aceptarse que en este siglo aun existan en nuestro ordenamiento penal normas jurídicas que contengan disposiciones discriminatorias.

En Guatemala al igual que en otros países del mundo los hechos demuestran que los derechos de las mujeres no han sido percibidos como derechos humanos, en tanto que no han accedido a la libertad y a la igualdad de la misma manera que los hombres.

En la legislación penal guatemalteca es necesario hacer cambios, para que se le proporcione las garantías mínimas e irrenunciables a las víctimas del delito de violación.

La tesis contiene cuatro capítulos de los cuales el primero se refiere al derecho penal, señalando su definición, clasificación, fuentes, antecedentes, el derecho penal y su relación con otras disciplinas, el derecho penal subjetivo y objetivo y las ciencias penales; el segundo capítulo trata acerca de la pena, su definición, penas corporales, infamantes, privativas de libertad, las penas pecuniarias; el tercer capítulo determina a la mujer y los derechos humanos; el cuarto y último capítulo señala la importancia de reformar expresamente el Artículo 200 del Código Penal vigente que permite la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación contrayendo matrimonio legítimo con la víctima.

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizaron los métodos: analítico, ya que con el mismo se señaló el fundamento para que se derogue el artículo 200 del código penal vigente en Guatemala; el sintético fue de utilidad para demostrar la violencia existente contra la mujer y el deductivo para analizar la importancia de la derogación de normas penales que limiten los derechos humanos de la mujer. Se empleo la técnica de investigación bibliográfica para el estudio y desarrollo doctrinario del tema de investigación.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal establece y determina no solamente las normas relacionadas a las penas y a las medidas reservadas a los imputables, sino también las referentes a las medidas de seguridad; o sea a los medios de protección social aplicables a los inimputables.

Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del Estado, sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución de la omisión de un determinado hecho.

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”.¹

También ha sido definido como: “La rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de

¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 9.

decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.²

El derecho penal no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad.

Lo anteriormente anotado se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquéllos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad.

Concretamente, el derecho penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley.

Sólo el Estado es titular del derecho penal. Definir los delitos, determinar las penas y las medidas de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad suya; fuera del Estado no hay verdadero derecho penal.

Las normas penales se dirigen también a los órganos del Estado encargado de la aplicación y ejecución de las penas y de las medidas de seguridad a los que impone el deber de aplicarlas y ejecutarlas.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**, pág. 14.

El derecho penal es una de las ramas del derecho público interno, pues todo delito implica una relación de derecho entre el delincuente y el poder público cuya misión es perseguirle y penarle. Como la disciplina jurídica que es, mantiene íntima relación con las demás.

1.1. Definición

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia”.³

El derecho penal tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito, el derecho penal genuino y verdadero.

"El derecho penal es la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles."⁴

"Derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".⁵

³ Von Lisezt, Franz. **Tratado de derecho penal**, pág. 8.

⁴ Nuñez, Ricardo. **Derecho penal**, pág. 15.

⁵ Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito**, pág. 22.

"Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción."⁶

1.2. Clasificación

Al hablar de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados según a lo que se refieran. Es de importancia señalar la clasificación del mismo, la cual se señala a continuación: derecho penal sustantivo y, por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que se conoce como Código Penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

1.3. Fuentes del derecho penal

La fuente del derecho es aquello de donde emana el derecho, de donde y cómo se produce la norma jurídica.

Entonces, la única fuente del derecho penal por excelencia es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación; por lo tanto solo ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

⁶ **Ibid.**

- Costumbre: la reiteración de actos con la convicción de que son obligatorios, no es solamente repetir un acto, o reiterar una conducta, hace falta que la persona que la realice tenga la convicción de que son obligatorias, la convicción de la obligatoriedad es la parte subjetiva de la costumbre, y la conducta es la parte objetiva, la costumbre es fuente de derecho mercantil.

“Inglaterra que necesitaba un derecho en constante evolución necesitaba que su derecho se mantuviera dinámico porque era un país marítimo, no podía esperar la creación de leyes para adecuarlas a su comercio y adoptó la costumbre como fuente del derecho”.⁷

Obviamente en derecho penal la costumbre no puede crear delitos y penas, por más de que un acto parezca inmoral, la costumbre no es fuente de derecho penal en el sentido de que no puede crear delitos ni penas, sin embargo, hay una institución dentro de la teoría del delito denominada la adecuación social, esto significa que en determinados casos una conducta que pareciera atípica, que pudiera calzar dentro del tipo penal, por fuerza de la actividad social se considera permitida e inclusive beneficiosa para la sociedad, es decir, que el ámbito penal se restringe en base a la reiteración de determinada actividad social porque la sociedad la considera necesaria para su desarrollo. A través de la costumbre nunca pueden crearse delitos y penas pero esta figura tiene que ver con conductas aceptadas socialmente.

⁷ Nuñez. **Ob. Cit.**, pág. 18.

- Jurisprudencia: fuente del derecho clásica en el derecho anglosajón, mucho más que la costumbre, fuente clásica por excelencia del derecho anotado, de ahí viene el precedente judicial, la jurisprudencia significa la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso.
- Doctrina: es la fuente más débil del derecho en general, en cierta forma no es fuente, sólo lo es en derecho internacional público, hay áreas del mismo donde la opinión de los científicos es relevante.

“En el Derecho Penal no tiene ninguna relevancia, ahora bien, la doctrina tiene importancia en la interpretación porque trata de influir en la jurisprudencia, para que aplique racionalmente la ley, todo es un círculo, la ley es una fuente pero por sí sola hay que interpretarla y ésta es labor del juez a la hora de aplicarla pero quien le da las herramientas a éste es la ciencia y la doctrina”.⁸

- Principios generales del derecho: son un medio de interpretación, un mecanismo de interpretación, sirven de herramientas para interpretar la ley; para interpretar las normas jurídico-penales.

⁸ Von Lisezt. **Ob. Cit.**, pág. 9.

1.4. Antecedentes

Cada sociedad, históricamente, ha creado, y crea, sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger. Tabú y venganza privada: en los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia; clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones, el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

“La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Éste debe ser igual a aquél. Es el famoso "ojo por ojo, diente por diente".⁹

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, que al autor de un robo se le cortaba la mano. A la misma época

⁹ Nuñez. **Ob. Cit.**, pág. 18.

corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

“El extenso período que abarca lo que se denomina derecho romano es básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de Gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos o crímenes de los delitos privados o delitos en sentido estricto”.¹⁰

Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de importancia anotar que la Ley de las XII Tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.

Con el correr del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

La característica anotada en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del

¹⁰ **Ibid**, pág. 20.

emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se trata ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos sean intereses públicos. La pena en esta etapa recrudece su severidad.

“Durante la Edad Media desaparece el Imperio Romano, y con él la unidad jurídica de Europa. Las invasiones de los bárbaros trajeron costumbres jurídico- penales diferentes, contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio Romano”.¹¹

A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras.

Así cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía en Europa por ser la religión que se había extendido junto con el Imperio Romano.

“El derecho canónico que comenzó siendo un simple ordenamiento disciplinario crece y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia. Llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo”.¹²

¹¹ Jiménez de Asua. **Ob.Cit.**, pág. 24.

¹² **Ibid**, pág. 25.

El delito y el pecado representaban la esclavitud y la pena la liberación; es fruto de esa concepción el criterio tutelar de este derecho que va a desembocar en el procedimiento inquisitorial.

Se puede destacar que el derecho canónico institucionalizó el derecho de asilo, se opuso a las ordalías y afirmó el elemento subjetivo del delito.

Es muy debatido si se distinguía el delito del pecado, pero la mayoría de los autores coinciden en que aunque haya existido una distinción teórica, en la práctica la misma se desvanecía. Basta con mencionar algunos de los actos que se consideraban delitos: la blasfemia, la hechicería, el comer carne en cuaresma, el suministro, tenencia y lectura de libros prohibidos y la inobservancia del feriado religioso.

“Los glosadores y los postglosadores con la concentración del poder en manos de los reyes, y la consiguiente pérdida del mismo por parte de los señores feudales, sienta las bases de los Estados modernos”.¹³

Se produce entonces el renacimiento del derecho romano. En las Universidades italianas, principalmente, se estudia este derecho, como también las instituciones del derecho canónico y del derecho germano.

¹³ Nuñez. **Ob. Cit.**, pág. 25.

Los glosadores avanzan sobre el derecho romano a través del Corpus Iuris de Justiniano, recibiendo su nombre por los comentarios que se incluían en los textos originales.

Los postglosadores ampliaron el campo de estudio, incluyendo también las costumbres o derecho consuetudinario, como también se le denomina.

“Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio constituyen un código aparecido entre los años 1256-1265, que ejerció luego una enorme influencia en la legislación general. Las disposiciones penales de Las Partidas se encuentran en la partida VII, completándose con numerosas disposiciones procesales atinentes a lo penal contenidas en la Partida III”.¹⁴

Queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.

“Se distingue conforme con la influencia del derecho romano el hecho cometido por el inimputable. Distinguida así la condición subjetiva para la imputación, estableciéndose que a tales sujetos no se les puede acusar, queda firmemente fijado el sentido subjetivo de esta ley penal, la cual, en este terreno; traza nítidas diferencias entre la simple comisión de un hecho y su comisión culpable”.¹⁵

¹⁴ **Ibid**, pág. 26.

¹⁵ **Ibid**, pág. 27.

Contiene también, especialmente en el homicidio, la diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado. Se prevén ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

“La Carolina, durante el año 1532, en el cual Carlos V sancionó la Constitutio Criminalis Carolina u Ordenanza de Justicia Penal, que si bien no era obligatoria para los señores feudales en sus territorios, igualmente sustentó el derecho penal común alemán. Tipificaba delitos tales como la blasfemia, la hechicería, la sodomía, la seducción y el incesto y las penas variaban entre el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación”.¹⁶

“La Carolina es un código penal, de procedimiento penal y una ley de organización de tribunales. En realidad no tiene un verdadero método, sino que es una larga y compleja enumeración de reglamentaciones, admitiendo la analogía y la pena de muerte cuya agravación en diversas formas admite, mostrando claramente que el objeto principal de la pena es la intimidación”.¹⁷

Su importancia radica en la reafirmación del carácter estatal de la actividad punitiva. Por otra parte, desaparece definitivamente el sistema compositivo y privado, y la objetividad del derecho germánico, con la admisión de la tentativa.

¹⁶ **Ibid**, pág. 21.

¹⁷ Von Lisezt, **Ob. Cit**, pág. 30.

Escuela clásica o liberal: Para la escuela clásica o liberal, el primer representante es Francisco Carmignani. Su obra Elementos de derecho criminal propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.

“Siguiendo a Carmignani, pero superándolo, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como el Maestro de Pisa. En su Programma del Corso di Diritto Criminale, del año 1859, la construcción del sistema de derecho penal alcanza picos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal”.¹⁸

“Suelen citarse, como representantes de la Escuela Clásica, en Italia, a Carminagni, Rossi, y, sobre todos, a Carrara. En Alemania, a Mittermaier, Berner y Birkmeyer. En Francia, a Orolan y Tissot. Y, en España, a Pacheco”.¹⁹

Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad; nace el positivismo.

Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del Estado.

¹⁸ **Ibid**, pág. 22.

¹⁹ **Ibid**, pág. 24.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

“El fundador de la Escuela positivista italiana fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso escribió *Luomo delinquente* en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir; por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo”.²⁰

“Para Lombroso el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embriofetal. Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como delincuente nato al *luomo delinquente* de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito”.²¹

Con el estado peligroso sin delito se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual.

²⁰ **Ibid**, pág. 25.

²¹ **Ibid**, pág. 26.

“Con Rafael Garófalo se completa el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de guerra al delincuente. Con él surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental”.²²

Se adjudica a la pena, como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena indeterminada. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas más medidas de seguridad.

“Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal. La crisis del positivismo jurídico; el positivismo entra en crisis desde finales del diecinueve, surgiendo nuevos movimientos doctrinales”.²³

²² **Ibid**, pág. 27.

²³ **Ibid**, pág. 28.

La crítica básica del Neokantismo al Positivismo es la insuficiencia de su concepto de ciencia. El método de las ciencias naturales sólo da un conocimiento parcial, pues sólo determina aquello que se repite. Es necesario añadir las ciencias del espíritu y otras clases de métodos distintos a los científicos naturales. Es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad, lo que se hace a través de las ciencias de la cultura, entre ellas el derecho.

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial, era necesario para que el derecho penal se fundamentara en límites precisos y garantistas.

“La más modesta de todas las remakes de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Kelsen con su teoría de las estructuras lógico reales. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo, que no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona; en cuyo caso deja de ser derecho”.²⁴

²⁴ **Ibid**, pág. 29.

1.5. El derecho penal y su relación con otras disciplinas jurídicas

“Si bien el derecho es un todo, en el cual es imposible escindir totalmente unas normas de otras, por cuestiones didácticas, pedagógicas, y también prácticas a la hora de su aplicación, se le divide en diferentes ramas. Con cada una de ellas el derecho penal tiene vinculaciones”.²⁵

Derecho constitucional: es la Constitución de cada Estado la que fija las bases, los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, con principios como el de que nadie es culpable hasta tanto no se lo declare como tal; nadie puede ser condenado sin juicio previo.

- Derecho civil: muchas de las nociones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil.
- Derecho mercantil: para el mismo, también muchas de las nociones que se emplean en el derecho penal se definen en el derecho civil.
- Derecho administrativo. Por una parte, el derecho penal protege la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento. Por otra, generalmente, el hecho de revestir el autor del delito autoridad administrativa agrava la pena. Luego, el ejercicio de la persecución penal, al estar a cargo de órganos administrativos, acerca también a estas dos

²⁵ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 22.

ramas del derecho. Por último, cuando los órganos administrativos imponen sanciones, se ha entendido que los principios y garantías del derecho penal son también aplicables en el ejercicio de esta potestad, aunque con matices.

1.6 El derecho penal subjetivo y objetivo

El derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar o jus puniendi, es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos o delitos, con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

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

“Durante los últimos años se ha revelado la importancia de ciertas medidas de combate contra la criminalidad o medidas de corrección y de seguridad de carácter esencialmente preventivo”.²⁶

La gran importancia que aquellas medidas han adquirido en la doctrina y en las legislaciones obliga a incluirlas en la noción o definición del derecho penal. Por tanto en el campo de éste, que aunque animado de un sentido ético se propone la obtención de

²⁶ **Ibid**, pág. 24.

finés prácticos, además de las normas relativas del delito y a la pena entran también las medidas de seguridad.

Así que el derecho penal en su aspecto subjetivo habrá de definirse como el derecho del Estado a determinar imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido u objetivo como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos; las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados.

1.7. Las ciencias penales

“Las ciencias penales son un conjunto sistemático de conocimientos relativos al delito, al delincuente, a la delincuencia, a la pena y a los demás medios de defensa social contra la criminalidad. La ciencia del derecho penal es una de dichas ciencias y estudia el delito y la pena desde un punto de vista, las demás que integran este vasto conjunto investigan también el delito y la pena, más desde un punto de vista diverso, desde un punto de vista natural y social. Dichas ciencias son la Antropología o Biología criminal, Psicología criminal, con su variante la Criminología, Sociología criminal, Estadística criminal y Política criminal, en un tiempo se le consideraba como una expresión comprensiva de las ciencias penales a la Criminología la cual se pensaba que estaba integrada por las ciencias penales, el Derecho penal y la política criminal”.²⁷

²⁷ **Ibid**, pág. 30.

“Igual amplitud le concedían los norteamericanos desde 1918 hasta 1943, y destacaban especialmente el influjo del factor individual, designando con este nombre un conjunto de estudios sobre el delincuente en sus fases externa e interna. La irrupción de estas ciencias en el campo jurídico ha puesto de manifiesto que se halla fuertemente influida por factores de carácter individual, endógenos, y por influjos exógenos, influencias del ambiente social y físico.”²⁸

Pero dichos factores e influjos señalados en el párrafo anterior, no obstante su considerable importancia, no son capaces de explicar por si solos la producción de la criminalidad, nunca podrá prescindirse del querer humano o voluntad capaz de determinarse de manera autónoma en virtud de su libertad de arbitrio o decisión. La entrada de estas corrientes científicas en el campo del derecho penal ha aportado nuevas orientaciones surgidas del estudio y observación de la realidad y la vida expuesta a cambio tan radical, una de cuyas consecuencias más trascendentales es la apreciación de la personalidad del delincuente es en este punto fuertemente auxiliada por la ciencia moderna de la Criminología, que considera como uno de los elementos básicos de la represión, al perito en las ciencias penales de hoy no puede bastarle el mero conocimiento de los códigos y demás leyes penales y de la jurisprudencia, hoy el penalista y no solo el científico criminalista, sino también el juez, el abogado y los funcionarios llamados a intervenir en la administración de justicia criminal, precisa una preparación mucho más profesional no solamente jurídica sino también biológica y sociológica, es por lo que al profesionalista en este ramo precisa de conocer de las ciencias de la Criminalística, Criminología y Sociología.

²⁸ **Ibid**, pág. 31.

“La Antropología o Biología criminal tiene por objeto el estudio del hombre criminal. Su finalidad, según los seguidores de la escuela positiva ya no muy convincentes en nuestros días ya que ha sido reemplazado fuertemente por el psicoanálisis y la criminología, y que en la investigación por medio de la constitución orgánica de los caracteres anatómicos de la cara, frente pómulos, cejas, estructura ósea y estructura de peculiaridades ya establecidas, agregando también el conocimiento de su vida social, pero en realidad como se puede observar su principal objetivo ha sido la investigación de la anatomía, la patología y la morfología del delincuente. La antropología criminal cuenta con numerosos precursores, pero la extraordinaria importancia que llegó a adquirir se debe ante todo a las investigaciones y estudio de Lombroso, cuya teoría tiene como aspecto fundamental la explicación del origen de la criminalidad. Según esta doctrina el criminal congénito o nato es un ser atávico y representa una regresión a lo salvaje tanto desde el punto de vista biológico así como psicológico. La causa de semejante atavismo, que en un principio se buscó en el proceso perturbador conocido en Biología con el nombre de degeneración”.²⁹

“La doctrina antropológica fracasó en su empeño de dar una explicación de las causas del delito porque éstas no son única y exclusivamente biológicas. El estudio de la personalidad del delincuente es fundamental para el conocimiento de la etiología de lo criminal pero no con arreglo a los métodos positivistas que llevan a la afirmación según la cual la gran masa de los delincuentes son psicológica y morfológicamente distintos a los demás seres humanos”.³⁰

²⁹ **Ibid.**

³⁰ Carrara, Francesco. **Derecho criminal**, pág. 36.

Para la doctrina anotada en el párrafo anterior, el delito es un hecho determinado y por ello es originado por la constitución o condición anormal del delincuente. Sin embargo, debe ser justo reconocer los grandes servicios que en su momento prestó principalmente haber puesto de relieve la importancia de factor personal psicológico en la reproducción de la criminalidad, en donde ubica en su lugar preciso a la criminología.

Según dicha doctrina, no hay tipo criminal ni constitución criminal que encierre una predisposición al delito, sin embargo, admite la existencia de individuos que bajo la influencia de factores endógenos congénitos poseen una marcada tendencia a la delincuencia.

Lo anteriormente anotado es fundamental para el estudio del hombre delincuente, lo cual en sentido estricto es la doctrina del delito como hecho condicionado por la constitución y por el ambiente del individuo como del pueblo, también conocida como dirección constitucionalista cuyo objeto es la investigación de los diversos tipos de personalidad humana estudiando las relaciones entre la constitución física y el tipo psicológico como medio de conocimiento del delincuente y del mecanismo de producción del delito.

Las doctrinas constitucionalistas han aportado datos de interés para el conocimiento de relaciones psicofisiológicas y las psicomorfológicas pero actualmente, se ha insistido en el estudio de los casos patológicos.

“Los estudios de Antropología o Biología criminal han tenido un considerable influjo sobre la ejecución de las penas de privación de libertad, y desde hace algunos años e incluso a la fecha se han instituido grupos de estudio en las prisiones de algunos países encaminados a realizar investigaciones sobre la personalidad del delincuente para someter a éstos al tratamiento penal más adecuado a su individualidad, que es donde tienen una fuerte intervención los trabajadores sociales”.³¹

No es posible conocer al hombre delincuente sin el estudio de su vida psíquica. La psicología criminal es una parte de la psicología analítica que no solo tiene por objeto el estudio del estado mental de aquellos individuos que por razón de sus delitos son peligrosos para la sociedad, sino que estudia, también los factores determinantes de los actos humanos y el estado mental general del que provienen dichos actos.

Según la concepción anotada, la psicología con su variante de especialidad a la criminología está integrada por la psicopatología. La mayoría de los investigadores, antropólogos y biólogos, han estudiado de modo preferente y casi único la psicología criminal anormal o diferente, conocida como psicología patológica, sin conceder apenas atención a la vida psíquica de cualquier otro tipo de delincuente, y por otra parte llevados por la tendencia a circunscribir las investigaciones a la del delincuente han descuidado el estudio en sí del hecho delictivo, dato que ilumina claramente la personalidad del individuo.

³¹ **Ibid**, pág. 30.

“La psicología criminal no puede tener únicamente como finalidad relevante al conocimiento de la vida psíquica del criminal sino la del hombre sano y considerado normal, pues sanos y normales son la mayoría de los delincuentes, ni tampoco se puede abandonar el estudio de la acción delictiva que tiene que ser considerada como una manifestación de la personalidad, como pensada, preparada, actuada por un determinado sujeto mediante un proceso, más o menos lento, que en función de la estructura psicológica de aquél sujeto se presenta como un hecho de reacción al ambiente”.³²

El campo de la psicología criminal, se extiende no solo al estudio de la psicopatología del criminal y de la historia natural del alma del delincuente, sino a todos los conocimientos psicológicos que son necesarios al criminalista y que es donde se incluye a la criminología, así no limita su contenido a la psicología del acusado, lo extiende a la psicología del testigo y a la del perito.

Según la doctrina anotada, el delincuente por razón de su instinto criminal reprimido e inconsciente, agobiado, sobrecargado, por un sentimiento de culpabilidad anterior al hecho delictivo procura liberarse de la carga mediante la comisión del delito. El delito es una forma de liberación del inconsciente.

“El delito no proviene del delincuente, no nace de causas endógenas, los delincuentes en su mayoría no presentan una específica estructura somática que los diferencie de los demás hombres, son hombres que no pueden enfrentar sus tendencias antisociales,

³² **Ibid**, pág. 36.

mientras que el hombre normal es capaz de contenerlas en parte incluso de transformarlas en sentido social, por lo tanto el concepto es que el delito no es producido por un defecto de nacimiento sino por un defecto de educación”.³³

³³ Soler, Sebastián. **Derecho penal**, pág. 18.

CAPÍTULO II

2. La pena

La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable de haber cometido un acto delictivo.

Por ello, el derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal, en lugar de otras denominaciones como derecho criminal o derecho delictual, como también se le ha denominado.

“La pena consiste en la sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito”.³⁴

El término pena, el cual es equivalente al dolor deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

El derecho penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal, lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua.

³⁴ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**, pág. 63

2.1. Definición

“Pena es la especie de sanción de carácter público y de mayor gravedad existente en el respectivo ordenamiento”.³⁵

“La pena es una especie de sanción. Pertenece, pues, al género de las consecuencias coactivas que el incumplimiento de un deber jurídico produce con relación al obligado. Y tales consecuencias se traducen en deberes, que son lo verdaderamente constitutivo de la sanción”.³⁶

“Pena es el contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos en el primer caso, privándole de ella, en el segundo, infligiéndole una merma en sus bienes y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos”.³⁷

“Pena de muerte es la ficción del fallecimiento que priva a los reos de los delitos calificados como gravísimos de todos los derechos civiles y políticos”.³⁸

³⁵ Cuello. **Ob. Cit.**, pág. 35.

³⁶ **Ibid**, pág. 36.

³⁷ De Pina Vara. **Diccionario de derecho**, pág. 40.

³⁸ **Ibid**, pág. 43.

“La pena capital implica castigar a quien resulte responsable de un ilícito, es la reacción legal que el Estado tiene y utiliza contra quien demuestra ser un peligro para la sociedad”.³⁹

2.2. Penas corporales

Las penas corporales son las que afectan a la integridad física. También se pueden entender como aquellas que no sean pecuniarias. En aplicación del sentido estricto, penas corporales son:

- Tortura: Consiste en tratos inhumanos o degradantes y que van contra los derechos fundamentales, pero en muchos países se siguen aplicando.
- Pena de muerte: es la más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura o los azotes.

2.3. Penas infamantes

Aquellas que afectan el honor de la persona. Son comunes en los delitos militares.

³⁹ **Ibid.**

“Las penas infamantes son penas privativas de derechos, son aquéllas que impiden el ejercicio de ciertos derechos, los cuales son generalmente políticos como el voto o familiares como la patria potestad, y privan de ciertos cargos o profesiones lo inhabilitan para su ejercicio”.⁴⁰

Hoy en día también son muy comunes la privación del derecho de conducción de vehículos de motor, y la privación del derecho al uso de armas. También son importantes las inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos durante un tiempo determinado.”⁴¹

Son de muy variado contenido y existe una tendencia a su expansión. Se trata en la actualidad de una categoría residual abierta que se define por ser aquéllas penas distintas de privación de libertad y multa. Propiamente hablando toda pena priva de algún derecho.

Entre las mismas, se pueden señalar la inhabilitación absoluta, que priva definitivamente del disfrute de todo honor, empleo o cargo público durante el tiempo señalado; inhabilitación especial para el ejercicio de un derecho concreto como el disfrute de empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de los derechos de patria potestad, tutela, guardia o curatela, y del derecho de sufragio pasivo; suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, o a la tenencia y porte de armas; privación del

⁴⁰ Zaffaroni. **Ob. Cit.**, pág. 16.

⁴¹ **Ibid**, pág. 18.

derecho a residir en determinado lugar, a acudir a él, a aproximarse o a comunicarse con determinadas personas.

2.4. Penas privativas de libertad

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria, es decir, su libertad para desplazarse por donde desee, fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado por lo general cárcel, aunque cada ordenamiento jurídico le dé un nombre concreto.

“La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la prisión preventiva porque la pena privativa es el resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquella”.⁴²

Asimismo, se diferencia de las denominadas penas limitativas de derechos en que la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la pena limitativa de derechos por cuanto ésta no afecta en modo alguno la libertad del reo para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos, o el impedimento de ejecutar otros.

⁴² **Ibid**, pág. 65.

Pese a que viene a ser una concreción de la pena privativa de derechos, la doctrina la sitúa en un campo aparte debido a su importancia. Es la sanción penal más común y drástica en los ordenamientos occidentales. Supone la privación de la libertad del sujeto, y dependiendo del grado de tal privación, pueden distinguirse las siguientes:

Prisión: Las prisiones, por lo común, son instituciones autorizadas por los gobiernos, y forman parte del sistema de justicia de los países. También pueden ser instalaciones en las que se encarcele a los prisioneros de guerra. Un sistema penitenciario es el conjunto de prisiones y la organización respectiva de las mismas.

El objetivo de las prisiones o cárceles varía según las épocas y, sobre todo, las sociedades. Su principal cometido es:

- Proteger a la sociedad de los elementos peligrosos;
- Disuadir a quienes pretenden cometer actos contrarios a la ley;
- Reeducar al detenido para su inserción en la sociedad;
- Acallar a los oponentes políticos. Esta circunstancia se produce, de manera especial, en las dictaduras, aunque también en las democracias pueden existir prisioneros políticos.

- impedir que los acusados puedan huir comprometiendo su próximo proceso, se habla, en este caso, de prisión preventiva.

Los principios de las prisiones son:

- Corrección: enmienda, inserción social;
- Clasificación: repartir en los establecimientos penitenciarios a los presos, según diferentes criterios, como lo son la edad, el sexo y la gravedad del delito.
- Modulación: o desarrollo de la condena según sus diferentes etapas, como lo son la privación de libertad, libertad condicional y los fines de semana.
- Trabajo: como obligación y como derecho, todo condenado tiene derecho a trabajar, más que la obligación de hacerlo.
- Educación: la finalidad del encarcelamiento es la de la reinserción del condenado.
- Instituciones anexas: para facilitar una asistencia a los detenidos cuando éstos salen de la cárcel y tienen que incorporarse a la sociedad.

Arresto domiciliario: Los Artículos 264 y 264 Bis del Código Procesal Penal vigente regulan el arresto domiciliario, señalando que es una figura accesoria de otras o como principal.

Se define como: "La privación de la libertad de movimientos y comunicación de un condenado o acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio, bien en otro fijado por el Tribunal sentenciador a propuesta del afectado".⁴³

La pena anotada, restringe los movimientos del condenado al interior de una vivienda concreta, sin que pueda salir de la misma salvo con autorización judicial. Según los casos y legislaciones, pueden estar restringidas, o incluso prohibidas, las visitas del exterior y las comunicaciones.

Arresto: Consiste también en la privación de la libertad personal, y su duración se extiende de uno a sesenta días y está destinada especialmente para las faltas o contravenciones que son infracciones leves a la ley penal del Estado.

La legislación guatemalteca establece que éstas se ejecutarán en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión, sin embargo por las razones de espacio físico, carencia de instituciones previstas en la ley y el elevado número de personas sujetas a procesos y sujetos responsables de faltas, los lugares resultan siendo los mismos.

⁴³ **Ibid.**

2.5. Penas pecuniarias

“La pena pecuniaria es aquélla que afecta al patrimonio del penado. Hay que diferenciar en este caso la pena del resarcimiento de la víctima o responsabilidad civil, como también se le denomina”.⁴⁴

- Multa: o multa pecuniaria es la sanción administrativa o penal consistente en un pago en dinero, que el juez fijará dentro de los límites legales. La multa esta regulada en el Artículo 52 del Código Penal.

La multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo con la capacidad Económica del reo; su salario o renta que perciba; su aptitud para el trabajo, capacidad de producción, cargas familiares debidamente comprobadas y las demás circunstancias que indiquen su situación económica.”

Artículo 53 del Código Penal vigente.

La multa deberá ser pagada por el condenado dentro de un plazo no mayor de tres días a contar de la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada.

- Comiso: La confiscación, comiso o decomiso, en derecho, es el acto de incautar o privar de las posesiones o bienes sin compensación, pasando ellas al erario público.

⁴⁴ **Ibid**, pág. 70

El comiso se encuentra regulado en el Artículo 60 del Código Penal vigente en Guatemala.

Generalmente se entiende que la confiscación es una pena principal consistente en la privación de bienes, mientras que el comiso o decomiso es la pena accesoria que supone la pérdida o privación de los efectos o productos del delito y de los instrumentos con que éste se cometió. El término decomiso también se utiliza para designar las cosas que han sido objeto de comiso.

Habitualmente, los artículos ilegales, como los narcóticos o armas de fuego y las ganancias de la venta de este tipo de mercancías, pueden ser confiscadas por la autoridad competente; como la policía.

- Caución: El Artículo 100 del Código Penal vigente regula que: “La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o depósito de una cantidad de dinero, prestada a satisfacción del tribunal y por el término señalado en la sentencia, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba que no será menor de un año ni excederá de cinco.

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

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

- Confiscación de bienes: Consiste en la incautación de bienes, o sea de la privación de los mismos, los cuales pasan a ser propiedad del erario público.

La clasificación de las penas anotada, toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se caracterizan porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo.

CAPÍTULO III

3. La mujer y los derechos humanos

Las mujeres actualmente son víctimas de represión, tortura, desapariciones, hambre y malos tratos, ello debido a la discriminación constante que sufren las mismas y al elevado número de muerte violenta que se han presentado en contra del género femenino. También pueden ser víctimas de métodos represivos particulares, tales como la violación sexual y el embarazo forzado y sin duda la discriminación cotidiana. Las mujeres trabajan más, ganan menos, y muchas veces no tienen el derecho a su vientre, a su nombre; a sus hijos.

Al tratar el tema de los derechos humanos, es referirse al patrimonio común e inalienable de toda la humanidad, toda vez que los mismos guardan relación directa con el ser humano. “El reconocimiento de lo que hoy día constituyen estos derechos, es el resultado de miles de años de sacrificios y frustraciones sufridos por el género humano, desde que se estableció la diferencia entre gobernantes y gobernados, lo que también equivale a decir, de aquéllos que a través del poder político, económico y coercitivo, han utilizado la fuerza para imponer su criterio, frente a aquéllos y aquéllas que han carecido de estos elementos de dominación”.⁴⁵

⁴⁵ De León Velasco, Hector Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 80.

Es un hecho innegable que la condición jurídica de la mujer a nivel mundial, ha logrado cambios fundamentales, como resultado del tiempo y de las modificaciones sobrevenidas en las costumbres sociales y políticas de la humanidad y en gran parte, debido a la influencia y desarrollo mundial de los movimientos liberacionistas femeninos.

Las mujeres, a través de las distintas épocas, han desplegado grandes esfuerzos de reflexión y acción, en la búsqueda de lograr el reconocimiento expreso y específico de sus derechos humanos.

La situación de los derechos humanos de las mujeres ha sido evaluada por la Organización de Naciones Unidas desde hace aproximadamente veinticinco años. Desde entonces, cuatro conferencias mundiales de la mujer han marcado la pauta a los Estados, acerca de los avances que debe haber en materia de respeto a los derechos económicos, sociales, cívico-políticos y culturales de las mujeres, en todas las geografías donde éstas habiten.

“Diferentes contextos, historias y niveles de desarrollo en la gran mayoría de países, han evidenciado que cuando las mujeres elevan sus derechos democratizan sus sociedades. Siendo al contrario, que si aumentan sus niveles de pobreza, si se torna insoportable el aumento en la violencia e impunidad de género, si disminuyen los cargos de representación pública femenina, si se tolera la discriminación a las mujeres indígenas y no se avanza en legislaciones y políticas que normen sus derechos para

favorecerlas, sin lugar a dudas, los países se alejan de los estándares mínimos deseables de desarrollo humano y de respeto a los derechos humanos”.⁴⁶

Observando el caso de Guatemala, vale la pena hacer tres consideraciones que contextualizan el marco de violaciones de los derechos humanos de las mujeres:

- Como resultado de treinta y seis años de conflicto armado, los efectos de la guerra ahondaron causas estructurales de pobreza, discriminación y violencia que afectaron de manera preponderante a las mujeres, a las niñas y niños y a los pueblos indígenas.
- El proceso que finalizó con la firma de los acuerdos de paz, permitió espacios de participación social y de propuesta política que tendrían posibilidades de profundizarse, si existiera mayor voluntad política por parte del Estado guatemalteco en el cumplimiento de los acuerdos, pactos y convenciones que ha firmado y ratificado para hacer que se respeten los derechos humanos de las mujeres.
- El retorno de políticas de seguridad nacional y de representantes del Estado señalados de genocidio y delitos de lesa humanidad, al espacio de los poderes ejecutivo y legislativo; cierran posibilidades y espacios reales construidos por las mujeres y el movimiento social en sus esfuerzos por crear democracias respetuosas de la dignidad humana.

⁴⁶ **Ibid**, pág. 36.

Desde la realidad anotada en el párrafo anterior, la restricción de los derechos civiles y políticos de las mujeres, ha limitado y restringido la obtención de otros derechos.

“De ahí, que el informe de desarrollo humano más reciente ubique a Guatemala en el lugar 120 como parte de una clasificación de 170 países, siendo que su índice de desarrollo es de 0.54 para toda la población y solamente del 0.17 para las mujeres. Diversas son las temáticas de los derechos consecutivamente violados a mujeres como lo son los vinculados a temáticas de violencia de género, participación y representación política, discriminación a mujeres indígenas, derechos sexuales y reproductivos, temáticas fundamentales que caracterizan la situación actual de las mujeres en Guatemala”.⁴⁷

3.1. Breve historia de los derechos humanos de la mujer

“Ocurrió el 4 de junio de 1913 en el hipódromo de Epsom Downs, unos veinte kilómetros al sudeste de Londres. Una joven se lanzó a la pista y trató de sujetar por las riendas el caballo del Rey. El animal la arrolló y cuatro días después la joven dejaba de existir. Se llamaba Emili Davison. numerosos espectadores juzgaron el sangriento espectáculo como un sacrificio en pro de una cuestión que en Inglaterra muchas mujeres apoyaban desde hacía largo tiempo: El movimiento sufragista femenino”.⁴⁸

⁴⁷ Morales, Sergio. **Informe anual circunstanciado, 2007.**

⁴⁸ **Ibid**, pág. 9.

“Pero no sólo en Inglaterra luchaban las mujeres por este derecho. También en otros países europeos, en América, y en otras partes del mundo, numerosas mujeres se hallaban dispuestas a levantar barricadas en defensa de su causa. Las iniciativas, al principio, revistieron cautela y moderación. Pero cuando los primeros y tímidos conatos resultaron infructuosos; se recurrió a procedimientos más radicales”.⁴⁹

Al final, las mujeres privilegiadas vivían ociosamente y cultivaban las artes. Sin embargo, la suerte de las féminas de clase media y baja, era muy diferente. Cooperaban con arduo trabajo a la manutención de la familia, bien como criadas, al servicio de las damas de elevada posición, bien realizando tareas en su casa o como operarias en las sórdidas cadenas de producción en las fábricas recién creadas.

Desde comienzos del siglo XIX, la naciente industria utilizaba sin distinciones a las mujeres como mano de obra barata. Llegaban a trabajar hasta diecisiete horas diarias; y cobraban con frecuencia la mitad de salario que un varón; además se ocupaban del hogar.

“En el año 1900 se promulgó en Francia una ley que limitaba a 12 horas la jornada de trabajo y precisaba un día de descanso a la semana. En Estados Unidos, las circunstancias de trabajo tampoco favorecían a la mujer. También allí se contrataban bajo duras condiciones de trabajo por la mitad de salario que los varones. No obstante, como las mujeres participaban de modo importante en los procesos de producción y en consecuencia, ganaban su propio dinero, pronto alcanzaron cierta independencia

⁴⁹ **Ibid.**

económica que las llevó a reivindicar los mismos derechos sociales, jurídicos y políticos que el hombre. Se iniciaba la época de los movimientos feministas, que hasta hoy no han perdido actualidad”.⁵⁰

“Los orígenes del sufragio se remontan al siglo XVIII. En 1789 la francesa Olympe de Gouges hizo pública una declaración de los derechos femeninos, en la cual exigía para la mujer el derecho al sufragio activo y pasivo. Tres años después se publicaba en Inglaterra la defensa de los derechos de la mujer, escrito por Mary Wollstonecraft. Con encendidas palabras defendía el derecho de la mujer a la educación, a la cultura, y a la igualdad profesional con el varón, exigiendo que se pusiera fin al amargo pan de la subordinación femenina. También algunos hombres hicieron suya la causa del feminismo. El filósofo y economista John Stuart Mill defendió en 1867 ante el parlamento británico el derecho femenino al voto, y dos años más tarde publicó un libro en que protestaba contra la discriminación de la mujer”.⁵¹

“Las primeras feministas británicas, consideraron el libro de Mill como su biblia, más apenas obtuvieron mejoras relevantes. Las acobardaba la violenta oposición masculina que sus más pequeños logros despertaban. Desde las tribunas de los oradores, en los titulares de los periódicos, desde los púlpitos, se les exigía que hicieran honor a su verdadera naturaleza. Se les decía que su lógica era débil, su volubilidad nefasta y sus fuerzas insuficientes para asumir la gran responsabilidad del sufragio. Esto iba dirigido a

⁵⁰ **Ibid**, pág. 10.

⁵¹ **Ibid**, pág. 12.

unas mujeres que soportaban doce horas diarias de trabajo en las fábricas y además atendían las labores domésticas”.⁵²

“El Derby Day de 1913 señaló el momento culminante del movimiento sufragista. Nadie ha probado de modo concluyente que Emily Davidson tuviera intención de suicidarse; sin embargo, para las feministas su sacrificio no ofrece duda alguna. La energía con que exigían su derecho al voto resultaba incontrolable. En la Primera Guerra Mundial, Emmeline Pankurst ofreció sus disciplinadas brigadas femeninas para colaborar en la contienda. Su valiosa aportación contribuyó en gran medida a que en 1918 las inglesas de más de treinta años obtuvieran por fin el derecho al sufragio; 10 años más tarde, todas las mujeres mayores de veintiún años podían votar y ser votadas. Como sus hermanas inglesas, las feministas del resto de Europa, lucharon también larga y arduamente por sus derechos. No obstante, mientras en Francia y en la Unión Soviética, las mujeres pretendían ante todo el sufragio y el acceso a la política, en Alemania y en los países Escandinavos los movimientos femeninos propugnaban la igualdad social, pretendían que hubiera para la mujer las mismas oportunidades que para el varón en los campos educativo y laboral, sin discriminaciones salariales basadas en el sexo”.⁵³

En la Unión Soviética, después de la Revolución de 1917, las mujeres obtuvieron plena igualdad de derechos con arreglo a un programa general de reformas sociales. Sin embargo, las francesas hubieron de encarar todavía algunas derrotas.

⁵² **Ibid.**

⁵³ **Ibid**, pág. 13.

“En 1909, Madame Brunschwig fundó la "Union francaise pour le suffrage des femmes", pero la Cámara legislativa rechazó entre 1901 y 1918 y surgieron cuatro elementos en pro del sufragio femenino. En 1918 se aprobó una quinta que no obstante naufragó ante el Senado en 1922. Aunque los católicos y la extrema izquierda apoyaban las reivindicaciones femeninas, las francesas tuvieron que esperar hasta 1944 para que les fuera reconocido el pleno derecho de sufragio activo y pasivo”.⁵⁴

En Estados Unidos las aspiraciones feministas se manifestaron con otras características. Las mujeres habían luchado junto a los hombres en los tiempos heroicos de la Unión, y vivieron durante mucho tiempo en una posición muy distinta que las europeas. No obstante también ellas ocupaban un lugar subordinado en la vida pública. Ya en 1830 algunas comenzaron a reivindicar derechos políticos. Simultáneamente optaron por combatir la esclavitud, y el hecho que les fuera negada su afiliación a las numerosas sociedades antiesclavistas, las hizo a muchas sentirse equiparadas a los esclavos.

“Miles de mujeres se agruparon en asociaciones feministas. Sin embargo, la enmienda 15 de la Constitución de Estados Unidos, no concedió el sufragio a las mujeres, sino sólo a los hombres de color que para entonces ya habían obtenido la libertad. Las estadounidenses habían triunfado en su propósito de redimir a los hombres de color, pero ellas se habían quedado en la estacada”.⁵⁵

⁵⁴ **Ibid**, pág. 15.

⁵⁵ **Ibid**.

No obstante persistieron sus reivindicaciones con métodos similares a los de las sufragistas británicas. Se dirigieron numerosas huelgas, incluso de hambre, en apoyo de los derechos femeninos.

“Progresivamente algunos estados comenzaron a transigir, en especial los del oeste. Como en Inglaterra y en Alemania, fue decisiva la contribución de las mujeres a las exigencias de la guerra. El 26 de agosto de 1920 fue ratificada la enmienda 19 a la Constitución, que suprimía toda limitación en el derecho al voto por razón del sexo. Una ardua y larga lucha había concluido, con resultados que se acercaban mucho a los que sus iniciadores habían deseado siempre”.⁵⁶

Después de la Segunda Guerra Mundial y especialmente a raíz de 1960, el movimiento feminista surgió de nuevo a la actualidad. Emancipación era ahora el vocablo que más se esgrimía.

Las mujeres exigían ser liberadas de su papel sexualmente determinado como amas de casa y madres de familia, cuyas retribuciones salariales sólo se reputaban complementarias y esporádicas. Luchaban por una equiparación plena con el varón en el campo profesional, y por la legalización del derecho al aborto.

Hoy se han hecho realidad muchas reivindicaciones femeninas: existe una mayor igualdad en los ámbitos profesional social. No obstante las feministas entienden que aún hay motivos para continuar luchando por una sociedad donde no tengan cabida

⁵⁶ **Ibid**, pág. 16.

discriminaciones determinadas por la naturaleza sexual. Desgraciadamente en algunos casos el movimiento se ha desvirtuado y una de sus peticiones y logros es la despenalización del aborto.

3.2. La violencia contra las mujeres

Al tratar la violencia de género, es referirse a los niveles de tolerancia que existe en el sistema de justicia, respecto de las violaciones de derechos humanos que les suceden a las mujeres.

De tal manera, que ante altos niveles de violencia conyugal, violación sexual, acoso, maltrato, incesto, violencia familiar, amenazas de muerte, desapariciones o secuestros de mujeres, lo que se suma son prácticas judiciales que no dan trámite a los casos, legislaciones y códigos que no tipifican delitos ni sancionan, operadores de justicia que desconocen convenios internacionales sobre derechos de las mujeres, sistemas legales que condenan a las víctimas y no a los agresores.

Es por ello, necesario destacar que a pesar de los esfuerzos realizados por el movimiento de mujeres, dirigidos especialmente a la articulación de mecanismos institucionales que contribuyan a prevenir, atender, sancionar y erradicar dicho tipo de violencia, aún existen altos niveles de despreocupación respecto del problema, por parte del Estado guatemalteco. Dan cuenta de ello, los siguientes datos:

“En el año 2000, reiniciaron prácticas de desapariciones forzadas, allanamientos a sedes de organizaciones sociales de derechos humanos y de mujeres, violaciones a mujeres que trabajan en ellas, amenazas de muerte y asesinatos políticos, especialmente de mujeres”.⁵⁷

Se han registrado asimismo, asesinatos en cadena de trabajadoras del sexo, asesinatos y violaciones de niñas, mujeres jóvenes y ancianas en una ola de violencia que se agudiza y se expresa cada vez más de manera permanente.

“En muchos de los casos que fueron conocidos por los medios de comunicación social, es claro que quienes perdieron la vida se resistieron a ser violadas sexualmente. En este sentido, el Organismo Judicial reconoció que los delitos sexuales alcanzaron el once por ciento de los hechos delictivos de mayor ocurrencia, con un promedio de dos, cada tres días y que la prostitución infantil aumentó un dos por ciento en relación con años anteriores. Por otra parte, el ingreso violento de hombres armados y asaltos a sedes de grupos de mujeres y del movimiento social como: Mujeres en Solidaridad, Mujer Vamos Adelante, Agrupación de Mujeres Tierra Viva, Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FAMDEGUA), Centro de Estudios, Información y Bases para la Acción Social (CEIBAS) y el Centro de Acción Legal para los Derechos Humanos (CALDH), constituye un fenómeno que recuerda los altos niveles de represión que tuvo en tiempos de los gobiernos militares; el movimiento social”.⁵⁸

⁵⁷ **Ibid**, pág. 17.

⁵⁸ **Ibid**, pág. 18.

Es necesario señalar que diferentes mujeres han jugado papeles clave en la construcción de espacios democráticos y en la defensa de los derechos humanos en Guatemala, el movimiento de mujeres es una de las fuerzas que más ha expresado su voz y ha extendido sus propuestas a lo largo y ancho del país, sin embargo; la ola de violencia se ha agudizado en su contra en estos últimos dos años.

Por otra parte, puede decirse que debido a la implementación de mecanismos para la recepción de denuncias, es posible ahora contar a pesar del subregistro, con datos acerca de la incidencia de los tipos de agresión que denuncian las mujeres.

“Es también importante señalar que a pesar de que existen los Informes de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI) de la Iglesia Católica y el de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) de Naciones Unidas, en los que se registra los altos niveles de violencia sexual que sufrieron las mujeres durante el conflicto armado, solamente existe un precedente: en la Masacre de Plan de Sánchez , en donde el Estado guatemalteco aceptó su responsabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los delitos de genocidio, asesinato de la población y violación sexual de las mujeres”.⁵⁹

Sin embargo, hasta la fecha, el Estado no ha iniciado ningún tipo de persecución penal contra los responsables, ni ha reconocido públicamente el derecho a resarcir estas violaciones de derechos humanos, a pesar de que existen suficientes pruebas acerca

⁵⁹ **Ibid.**

de mujeres, niñas y ancianas que fueron violadas individual o colectivamente, antes de ser asesinadas.

En temas como violación o acoso sexual, prevalece en tiempos de paz, la misma situación del sistema de justicia. En el primer caso, no se emiten órdenes de captura o se emiten tardíamente, se presenta la tentativa de violación como falta penal, se dan absolutorias o se cobran multas a los agresores. En cuanto al acoso sexual, no existe tipificación del delito.

“En 15 municipios de Guatemala se realizó un estudio respecto del acceso de la mujer a la justicia, se detectó que las mujeres acuden en un 68% por violencia intrafamiliar, lesiones graves 16%, violación sexual 9%, y que de 256 mujeres entrevistadas el 72% lo hicieron en calidad de agraviadas y el 28% como sindicadas mayoritariamente de faltas y en menor proporción de delitos. De tal manera que existe una proporción de una mujer detenida por cada siete hombres. En los casos de prisión preventiva, se ha logrado comprobar que la mayor parte de mujeres detenidas por faltas han superado los dos años, o sea el 14% y más de uno y menos de dos el 6%, sin ser sujetas de juicio o proceso judicial”.⁶⁰

Guatemala fue uno de los primeros países en ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Como resultado de ello, el esfuerzo del movimiento de mujeres logró el establecimiento de la Ley contra la

⁶⁰ **Ibid.**

Violencia Intrafamiliar, el Reglamento que la operativización y la Coordinadora para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar (CONAPREVI).

Todo lo anotado en el párrafo anterior, sin embargo, no cuenta con un marco jurídico coherente, lo cual hace que la discrecionalidad de los operadores de justicia sea lo que prive en el tratamiento de los casos de violencia contra mujeres y el Ejecutivo no incluye en su presupuesto, fondos para el funcionamiento de la CONAPREVI.

3.3. Discriminación contra mujeres indígenas

Eje fundamental de todo análisis de género es el de la opresión étnico cultural de las mujeres. No existe situación alguna de la realidad guatemalteca, en la cual las mujeres indígenas como grupo social, no vivan los mayores niveles de discriminación, marginación y pobreza.

“La mayoría de las mujeres indígenas son monolingües en un idioma maya y el Estado aún no implementa programas bilingües que respondan a sus necesidades culturales. La tasa de natalidad promedio es de 6.9 hijos por cada mujer rural, siendo ésta, la más alta de América Latina. Otros rubros como trabajo, salud, tierra, vivienda o participación política expresan de igual manera altos niveles de exclusión y discriminación hacia las mujeres indígenas”.⁶¹

⁶¹ Aguilar Cuevas, Magdalena. **Derechos humanos**, pág. 24.

- El cincuenta y cinco por ciento de las mujeres que realizan trabajo doméstico, son mujeres indígenas que emigran a las ciudades.
- Irrespeto a su identidad cultural.

Como resultado de los Acuerdos de Paz, Guatemala se autodenominó como un país multilingüe, multiétnico y pluricultural. Dicha definición para un país y para un Estado implica cambios en la legislación, en las políticas públicas, en los programas de gobierno y la cultura de una nación.

“Si bien se creó la Defensoría de la Mujer Indígena, la misma no abarca aunque tenga voluntad, toda la dimensión que implica la discriminación contra las mujeres indígenas en un país como Guatemala, cuestión que es tarea de toda la infraestructura del Estado y de la voluntad política de los gobernantes”.⁶²

Guatemala suscribió el acuerdo sobre Identidad y derechos de los pueblos indígenas, el acuerdo sobre Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el enfrentamiento armado y el acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria como parte de los acuerdos de paz firmados en 1996, los cuales fueron reconocidos como política de Estado por el actual mandatario en su discurso de toma de posesión.

⁶² Morales. **Ob. Cit.**, pág. 54.

En tales acuerdos, el gobierno se compromete a tipificar la discriminación étnica y el acoso sexual en contra de las mujeres como delitos y a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres.

Por otra parte, Guatemala ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1982, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en 1994 y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en 1996.

3.4. Participación y representación política

La construcción de sociedad civil desde grupos tradicionalmente excluidos y el fortalecimiento de espacios de representación política en la toma de decisiones desde el Estado, son temas que conciernen directamente al reto de la ciudadanía plena de las mujeres.

Desde la perspectiva anotada en el párrafo anterior, la participación política de un mayor número de mujeres, debiera ser coherente con la representación política que las mujeres asumieran en cargos de dirección del Estado, con las políticas, programas y presupuestos que el gobierno guatemalteco impulsara de manera prioritaria en la gestión de su período desde las necesidades e intereses de las mujeres.

“La Plataforma de Acción Mundial plantea que la participación política tiene que verse como un mecanismo para ganar control de las situaciones que afectan a las mujeres, pero también como una demanda de voluntad política a los gobiernos, interacción sin la cual no pueden conseguirse objetivos como igualdad; desarrollo y paz”.⁶³

De hecho, el contexto de postguerra guatemalteco que pretende construir una sociedad participativa y de respeto a los derechos humanos, no puede alejarse de la premisa de democratizar los espacios personales, domésticos, familiares, político-partidarios, laborales, sindicales, estatales, medios de comunicación, de justicia, derechos humanos, sociales y sectoriales, pues en la mayoría de ocasiones, constituyen en sí; obstáculos que dificultan la participación y toma de decisiones de las mujeres.

“Los Acuerdos de Paz (Anexo I) dieron paso a la conformación de instancias organizadas de mujeres que desde su identificación de género lograron espacios de violencia en contra de las mujeres, cambios en normas jurídicas que la discriminan, organizaciones de mujeres indígenas que se organizaron para hacer que se respetara su adscripción lingüística y étnica, mujeres rurales luchando por la copropiedad de la tierra, mujeres diversas trabajando por las cuotas de participación política, por el cumplimiento de los compromisos de los candidatos respecto de las mujeres, por la reforma educativa sin estereotipos sexistas, por el Instituto rector de las Políticas Públicas para las mujeres, por el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas y el resarcimiento de las mujeres víctimas del conflicto armado”.⁶⁴

⁶³ Aguirre. **Ob.Cit.**, pág. 28.

⁶⁴ Morales. **Ob.Cit.**, pág. 40.

Asimismo, mujeres indígenas de diversas corrientes políticas organizaron espacios de participación local, regional y nacional para hacerse políticamente visibles desde sus identidades. Nunca como ahora, las mujeres en Guatemala habían alcanzado la voz que ahora tienen en espacios de participación social y política.

A pesar de lo anotado en el párrafo anterior, los niveles de incidencia política no corresponden con los esfuerzos realizados. La responsabilidad del Estado respecto de incluir políticas públicas y normativas jurídicas desde una perspectiva que incluya integralmente a las mujeres; es una alta carencia.

El gobierno de Guatemala no ha aprobado el Proyecto de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, donde se establecen las cuotas de participación para las mujeres; la Ley contra el Acoso Sexual; los cambios en los códigos penal y procesal penal, que contemplan actualmente, entre otras cosas, la exención de la responsabilidad penal del agresor si contrae matrimonio con la agredida después de una violación, o si resuelve bajo el pago de cantidades ínfimas su responsabilidad legal; la Ley de Consejos de Desarrollo, que constituye un ámbito de gran importancia para que participen las mujeres en el poder local.

Por otra parte, a pesar de que las organizaciones de mujeres contribuyeron a la elaboración de la política nacional de promoción y desarrollo de las mujeres, hasta ahora no queda claro cuáles serán los mecanismos de aplicación a nivel de los organismos del Estado, ni el presupuesto que se le asignará. Finalmente, aunque es positiva la existencia de una Secretaría Presidencial de la Mujer, como primer paso en

los mecanismos institucionales para coordinar instancias del Estado relacionadas con la situación y condición de la mujer, es necesario aclarar que ésta deberá constituirse en una instancia de transición hacia la creación del Instituto rector de las políticas públicas para la mujer.

3.5. Derechos sexuales y reproductivos

La falta de acceso a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, está íntimamente vinculado con temas como violencia y discriminación. De esa cuenta, el estado de la salud sexual y reproductiva de la población femenina de un país, es claramente uno de los indicadores que muestra las condiciones socioeconómicas, justas o inequitativas que establecen el bienestar o el empobrecimiento de una población. En ese sentido, en Guatemala, la actividad sexual con demasiada frecuencia implica violencia.

El Ministerio de Salud ha diseñado el Programa Nacional de Salud Reproductiva, mismo que no considera a la mujer como persona integral con derechos sexuales y reproductivos, sino únicamente como madre, como ser reproductor.

Diversas opiniones de lideresas han coincidido en señalar que el programa anotado en el párrafo anterior fue realizado sin contar con el criterio de las organizaciones de mujeres y que tal parece centrar su propuesta en las opiniones devenidas de la Iglesia Católica y no del Estado laico.

La situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Guatemala, reclaman la presión de la comunidad internacional para exigir voluntad política y políticas públicas claras, en relación con este tema que determina los niveles de violencia; discriminación y exclusión que éstas viven.

3.6. Derechos humanos de la mujer

Ciertamente los derechos humanos en sus contextos de igualdad y dignidad suponen que entre varón y mujer no existe diferencia alguna, ya que nadie es más o menos que el otro.

A partir de la segunda mitad del Siglo XX cuando da inicio al reconocimiento y respeto de la mujer en sí misma y de su actividad como parte indispensable de la familia, sociedad y de la estructura del Estado.

“Queda atrás la época de la sumisión y del servilismo, el advenimiento de una nueva era exige la observancia plena de los derechos humanos sin distinción de sexo, edad u otras circunstancias; a pesar de ello, debemos reconocer que la violencia aún se da en contra de ellas y esto es un signo grave por su constante presencia y por las repercusiones que este fenómeno acarrea”.⁶⁵

La salud de la mujer constituye un requisito previo indispensable, para garantizar el disfrute de sus derechos humanos sin discriminación, en materia de salud se encuentra

⁶⁵ **Ibid.**

la afectación a sus derechos, sobre todo cuando pertenecen a clases socioeconómicamente precarias o presentan muestras claras de desinformación, lo cual es resultado de la falta de educación.

Definitivamente la ignorancia es fuente directa de los abusos que se convierten en muchas ocasiones, en la violencia de los derechos humanos de las mujeres.

No existe, hoy en día ninguna clase de privilegios o poder por el simple hecho de la diferencia de sexos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, preceptúa en su Artículo número 2 que todas las personas cuentan con todas las libertades y con todos los derechos que se proclaman en la Declaración, sin ningún tipo de distinción por color o raza; no existiendo diferencias de género.

La afirmación anteriormente anotada parte de lo jurídico, aunque es cierto que entre ambos sexos sí encontramos capacidades y necesidades distintas, pero esto no significa ser inferior, ni siquiera si se pretende señalar a la mujer como un ente débil o vulnerable.

Legalmente tienen los mismos derechos como obligaciones, en materia de derechos humanos al ser éstos de carácter universal, implica que corresponden a toda persona.

3.7. Derechos humanos en materia familiar

Los derechos humanos de la mujer en materia familiar son fundamentales, siendo los mismos los que se señalan a continuación:

1. Tomar libremente la decisión de contraer matrimonio al tener la edad legal y fundar una familia.
2. Decidir en pareja el número y espaciamiento de sus hijos.
3. Compartir conjuntamente con la pareja las responsabilidades familiares incluidas la crianza y educación de los hijos.
4. Reclamar alimentos para sí y sus menores hijos cuando el padre no cumpla con sus obligaciones familiares, aunque viva en el mismo domicilio.
5. Reclamar la parte que legalmente corresponda en el caso de disolver la sociedad conyugal.
6. Conservar la patria potestad o custodia legal de los hijos cuando legal o judicialmente se le conceda.
7. Solicitar el divorcio necesario cuando existan las causales de ley.

8. Demandar la separación de bienes conyugales y disponer de su parte, aún cuando no demanden el divorcio.
9. Tratar de común acuerdo con la pareja todos los asuntos de índole familiar.
10. Reclamar ante un juez civil el reconocimiento de la paternidad cuando el padre de un hijo suyo se niegue a reconocerlo.
11. Pedir que se declare cuál es el patrimonio familiar que no podrá enajenarse ni embargarse, aunque el esposo enajene sus bienes o sea embargado.

3.8. Derechos humanos en su persona

También los derechos humanos de la mujer en materia de su persona son fundamentales, siendo los mismos los siguientes:

1. Decidir respecto a su vida sexual.
2. Ser respetadas física, sexual y psicológicamente.
3. Denunciar todo ataque sexual del que sea objeto.
4. Proteger su patrimonio y el de sus hijos.

5. Expresar libremente sus opiniones.
6. Derecho a la intimidad y privacidad.

3.9. Derechos sociales

Los derechos sociales de la mujer; son los que a continuación se enumeran:

1. Derecho a escoger el trabajo que más le convenga.
2. Derecho a igual remuneración que los hombres, por igual trabajo.
3. Ser protegidas durante el embarazo y en el ejercicio de su maternidad.
4. Exigir que no se les niegue el trabajo solicitado, ni se les despida del que tienen, o nieguen o reduzcan su salario por estar embarazadas.
5. Ser atendidas durante el embarazo y el parto con respeto y cuidado.
6. Tener dos descansos de media hora cada uno durante el día, para alimentar a sus hijos lactantes.
7. Gozar de salario íntegro de seis semanas de descanso anteriores y seis posteriores al parto para reponerse y atender al recién nacido.

8. No realizar ningún examen clínico sin su conocimiento o consentimiento, debiendo ser confidencial el resultado.
9. Recibir el pago integral de indemnizaciones, pensiones, etc.

3.10. Garantías judiciales

Las garantías judiciales de la mujer, son las siguientes:

1. Denunciar todos los ilícitos cometidos en su perjuicio o en el de sus hijos.
2. Demandar ante los tribunales las acciones civiles o familiares que pretendan.
3. Defenderse de toda demanda en su contra y presentar toda clase de pruebas.
4. En el caso de ser inculpada, a tener un abogado o persona de confianza quien la defienda.
5. Solicitar fianza para obtener su libertad en los casos de ley.
6. Si es internada en una comisaría, que se ubique en áreas o celdas propias para mujeres; si es menor de edad en zonas especiales para menores infractores.

7. Como víctima de delitos a recibir atención legal, médica o psicológica en forma oportuna, por personal capacitado e idóneo; igualmente a ser informada en cuanto a la reparación del daño y cómo reclamar su pago o indemnización.
8. Como visitantes de familiares presos, a ser revisadas con respeto a su pudor y dignidad.
9. Ser tratada respetuosamente por los servidores públicos de manera inmediata, diligente y en forma gratuita.
10. No ser objeto de golpes, vejaciones, tortura e incomunicación cuando sea detenida.

La mujer en el caso de sufrir cualquier agresión o menoscabo de sus derechos incluidos los de sus menores hijos, puede reclamarlos ante las autoridades competentes para exigir de las mismas, protección y justicia, los cuales serán completos y apegados a la ley en plena observancia de los derechos humanos.

La mujer debe defender sus derechos. Es necesario conocerlos; pero sobre todo saber que significan.

Estos derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes y tratados internacionales, hacen que la autoridad se obligue a reconocerlos y preservarlos.

Cuando son vulnerados por servidores públicos estatales o municipales, y se traten de actos u omisiones administrativas que de ellas provengan dando lugar a la violación de los derechos humanos, cualquier persona podrá entonces presentar su queja contra las mismas.

CAPÍTULO IV

4. Importancia de derogar expresamente el Artículo 200 del Código Penal vigente que permite la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación contrayendo matrimonio legítimo con la víctima.

La mayoría de mujeres víctimas de violaciones en la sociedad guatemalteca no denuncian la violación y prefieren callarla. Es lamentable que la mayoría de las víctimas se culpen a sí mismas. Además de la culpa que sienten deben tener cuidado al reportar el crimen.

Es común que se juzgue el comportamiento de la víctima. En los casos en que efectivamente se presenta denuncia por el delito anotado en la legislación penal vigente en Guatemala se permite la extinción de la pena al sujeto activo mediante el matrimonio de la misma con la víctima .

4.1. Reseña histórica de la mujer guatemalteca

El patrón cultural en el cual se encuentra la sociedad guatemalteca condena al género femenino a tener que enfrentarse a distintos tipos de violencia que la transgreden y discriminan, afectando con ello su debido desarrollo personal y permiten que a las mismas se les tome como un objeto sexual, poniendo además un modelo bien influyente de las mujeres, centrándose en un atractivo físico con el cual cuentan, siendo

a su vez marginada en la toma de decisiones de importancia y no tomando en cuenta las decisiones que tomen.

Durante muchos años, fue aceptada la profesión de ama de casa para el género femenino, después se consideró la misma como una esclavitud, ya que al tomar el papel de madre con el objetivo de liberarse del hogar y de sus padres para forjarse un porvenir por medio de una conquista activa, siendo pasiva y manejable entre las manos de su esposo, permitiendo que la manipule sin importarle su esfuerzo y sufrimiento por la cultura machista impuesta desde su niñez.

4.2. Definición legal del delito de violación

El Artículo número 173 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala señala que: “Comete delito de violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1º. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito;
- 2º. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir;
- 3º. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años.

En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.

4.3. Conceptualización del delito de violación

Legalmente la violación se encuentra integrada mediante la utilización de la violencia suficiente para conseguir su propósito, a través del aprovechamiento de las circunstancias provocadas o no por el agente de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacidad para resistir y en todo caso cuando la mujer fuere menor de doce años.

4.4. Generalidades del delito de violación

En términos generales, la doctrina en la actualidad acepta que la imposición de la cópula sexual sin el consentimiento de la mujer víctima, ya sea mediante la coacción física o la intimidación moral es lo que en la historia de las instituciones penales y en la doctrina constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación es concerniente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, debido a que el violador lleva a cabo el delito mediante la fuerza material en el cuerpo de la ofendida.

“Anulando así su resistencia, o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que

realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la determinación de su conducta en materia erótica”.⁶⁶

“Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave, porque dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado, específicamente contra la libertad sexual, se suman otras ofensas a diversas categorías o bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad”.⁶⁷

4.5. Modalidades de la violencia

En la legislación guatemalteca aparecen claramente definidas dos modalidades de violación. La primera es la común, o sea aquella que es ejecutada a través de la violencia, y la segunda que es la que doctrinariamente se denomina violación presunta o delito equiparado de la violación, la cual es consistente en el acceso sexual con personas que se encuentran incapacitadas para resistir el acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad, o por semejantes condiciones de indefensión.

Debido a que lo anotado en el párrafo anterior, no implica la existencia del uso de la violencia, sino que más bien constituyen un delito especial que se encuentra provisto de

³⁷ De León Velasco, Héctor y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.**, pág. 220.

³⁸ **Ibid**, pág. 222.

su propia descripción legislativa y distinta a la verdadera violación, siendo su nombre correcto el de equiparación a la violación o violación impropia.

4.6. Elementos de la violación propia

El delito de violación propia cuenta con varios elementos, los cuales se enumeran y explican a continuación para una clara comprensión de los mismos:

Elemento material: El elemento material a su vez se encuentra integrado por los siguientes elementos:

a. Acción de yacer con mujer

El yacimiento sin la existencia de dicha connotación no cuenta con significación penal en Guatemala, a diferencia de otras legislaciones que estiman como delito de violación el acceso violento con persona de cualquiera de los dos géneros.

El yacimiento es referente en la legislación guatemalteca vigente al acceso sexual normal. El legislador utilizó la palabra yacer, cuyo significado es consistente en la cópula o acceso sexual. Físicamente se caracteriza por la intromisión sexual del hombre hacia la mujer.

Para la consumación del delito, no es de importancia que el acto sexual se agote totalmente con el derrame seminal. El daño que se le ocasiona a la víctima en su

libertad sexual existe, aún cuando el transgresor haya llevado a cabo la totalidad del acto, o bien, lo haya interrumpido.

Para determinar el delito de violación no tiene nada que ver que a consecuencia del mismo se haya originado la preñez de la violada. Consecuentemente en el delito de violación el elemento yacer es consistente en una relación sexual utilizando la violencia, de manera independiente del pleno agotamiento físico o que el acto se haya interrumpido, con independencia también de consecuencias posteriores a la cópula. O sea que el momento consumativo del delito de violación es la penetración viril.

b. Acción violenta

El elemento fundamental del delito de violación es la violencia, pudiendo ser la misma física o bien moral. La primera es aquélla fuerza material que se utiliza para cometer el hecho, o sea, la fuerza empleada para cometer el hecho delictivo aplicada directamente sobre el cuerpo de la víctima, fuerza que vence a cualquier intento de resistencia y le obliga a recibir una relación sexual que no desea.

“La violencia debe ser ejecutada sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar. No habrá violencia carnal cuando se violenta con objetos para llegar a la mujer anuente.

Es de advertir que los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o en el afecto la pueden integrar casos de violencia moral.”⁶⁸

4.7. Agravación de la pena del delito de violación

El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo número 174 regula que: “La pena a imponer será de ocho a veinte años de prisión con los siguientes casos:

- 1º. Cuando concurrieren en la ejecución del delito dos o mas personas;
- 2º. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guardia;
- 3º. Cuando, como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima”.

4.8. La violación calificada

El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo número 175 regula que: “Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años.

Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad”.

39 Ibid, pág. 226.

4.9. Consecuencias del delito de violación

Quienes cometen el delito de violación dejan en las mujeres víctimas secuelas que nunca podrán olvidar, muchas veces la víctima queda severamente dañada tanto física como psicológicamente, por lo cual la misma tiende a sufrir después de la agresión enfermedades mentales y hasta problemas alimenticios.

Muchas mujeres después de la violación sufrida ven la vida de distinta forma a la de los demás, ya que piensan que no sirven para nada y que ellas fueron las culpables de todo lo sucedido y no llevan una vida normal, sino que al contrario se encuentra por lo general llenas de contradicciones y de tensiones no necesarias, las cuales en la mayoría de las ocasiones con la simple ayuda de alguien o bien de un especialista se pueden resolver, pero como la víctima no tiene la confianza en nadie, entonces queda encerrada en su mismo entorno.

Lesiones físicas: Un número bastante elevado de mujeres víctimas del delito de violación presentan lesiones físicas, debido a que se comete por lo general el delito mediante la utilización de la fuerza o de armas, logrando que la víctima no pueda defenderse quedando de dicha forma dañada la integridad física con la cual cuentan.

Peligro de enfermedades de transmisión sexual y de infecciones: Es bien alto el riesgo de que si el agresor se encuentra contagiado de alguna enfermedad de transmisión sexual, la víctima pueda entonces contagiarse de éstas, quedando de dicha forma con

la enfermedad, además si no se cuenta con un adecuado tratamiento de éstas quedará severamente dañado su aparato reproductor.

Sentimientos de culpa: En la mayoría de las ocasiones debido a lo que les ha sucedido quedan con un sentimiento de culpabilidad, ya que piensan que lo que sucedió fue ocasionado por ella, debido a que piensan que pudo haber sido incitado de alguna forma al agresor y realmente lo ocurrido no es su culpa y no se deben sentir así ya que fue algo que les pasó y tienen que continuar y salir adelante con su vida.

Embarazos no planificados: A raíz de una violación la mujer puede también quedar embarazada debido a que no se utilizó protección y el hijo por nacer no es deseado por lo que muchas veces lo que hacen a pesar de que es ilegal es recurrir al aborto.

Cuando una mujer es víctima del delito de violación por lo general tiene dificultad para mantener una relación posterior como el matrimonio, debido a que no puede dejar de pensar en lo que ocurrió y lo que hace por lo general es alejarse de la otra persona, por eso es común determinar que las mujeres víctimas de abuso sexual cuenten con una personalidad más solitaria y de desconfianza hacia los demás.

Agresores sexuales: Un agresor sexual puede ser cualquier sujeto que cuente con iguales características de otro ser humano, pero es importante anotar que la mayor parte de los mismos suelen ser del género masculino y uno de sus comportamientos más comunes es el de ser sumamente violentos e impulsivos, en cualquier actividad que los mismos desempeñen.

La mayoría de veces las conductas que tienen se deben a que ellos mismos han sido víctimas de abusos sexuales con anterioridad en sus hogares y otra parte de ellos cometen el delito de violación para supuestamente desquitarse de lo sucedido con anterioridad en contra de ellos, siendo dichas agresiones ocurridas por lo general por personas que se encuentran cerca a sus familias o bien por sus mismos familiares.

a. La personalidad de un agresor sexual

Existen diversos tipos de personalidades de agresores sexuales, siendo los que se enumeran y explican brevemente a continuación para un claro entendimiento de los mismos:

a. Abusadores sub- individualizados no diferenciados

Los abusadores sub individualizados no diferenciados son aquéllos que muestran la falta de una frontera psicológica entre ellos mismos y la víctima. Su yo es confundido con el yo colectivo indiferenciado de su familia de origen. Un pseudo yo sicótico les lleva al delito de violación, el cual por lo general es de tipo intrafamiliar, y como objetivo tiene el dominio de la angustia de la desintegración generada por la autonomización de sus hijos.

b. Abusadores sub-individualizados con un escaso nivel de diferenciación

Son sujetos que muestran un abandonismo activo o pasivo. Los primeros presentan un grado mínimo de diferenciación, mediante su pseudo expresan las consecuencias de sus diversas experiencias familiares, las cuales se caracterizan debido a la negligencia de separaciones precoces y por el abandono familiar.

El abusador busca mediante el delito de violación un contacto con la víctima sin tener la posibilidad de sentirse fracasado. Muy habitualmente este tipo de individuos se presentan a sus víctimas como abusadores gentiles proyectando para el efecto una imagen completamente falsa de la que realmente tienen y lo que quieren es confundir a la víctima.

c. Abusadores sub-individualizados con una diferenciación moderada

Son sujetos que presentan un grado moderado de diferenciación lo cual les permite un funcionamiento normal en ámbitos relacionales equilibrados, pero no lo suficiente para poder afrontar momentos de crisis. En dichos momentos de crisis regresan a una posición de subindividuación, abusando de sus mismos hijos ya sea para dominar su angustia de abandono, o para compensarla en los casos de divorcio o de separación.

d. Abusadores sobre individuos no diferenciados

Los abusadores sobre individuos no diferenciados son aquéllos que adoptan una posición de aislamiento social acompañado de una desconfianza paranoica. Son adultos que han quedado atrapados en su infancia, en una determinada relación, además también se encontraron ligados por lo general a una figura paterna y autoritaria.

4.10. Las violaciones en Guatemala

Existen varios tipos de violación, las cuales se derivan de la penetración sexual de cualquier orificio corporal sin el consentimiento como un acto que se ejerce bajo la intimidación sobre una persona que se resiste al acto sexual.

Violación durante el noviazgo: El noviazgo consiste en la unión libre de dos personas que acuerdan llevar una relación la cual implica estar juntos, salir a divertirse en algunas ocasiones, pero llega un momento en el cual la mujer no está de acuerdo en tener ningún tipo de relación con su pareja, pero ésta la obliga a llevar a cabo actuaciones en contra de su voluntad ya sea mediante palabras o actitudes violentas, la víctima entonces accede debido a que cree que lo perderá si se niega, ya que la mujer ha sido educada para atender a los demás sin detenerse a pensar en ella misma.

Debido a las costumbres machistas a las cuales ha sido inculcada desde pequeña el género femenino, las mujeres han sido formadas con un concepto de sumisión pensando y actuando de conformidad a lo que los demás dicen, y por dicho motivo

creen que no tienen derecho a dar su opinión y decir además lo que no les parece, donde a pesar de que ellas no quieran tener relaciones sexuales con su pareja, lo hacen debido al temor de que puedan utilizar la violencia en contra de ellas o en caso contrario por miedo a perder a su pareja.

Violación cometida por extraños: La violación cometida por extraños es la forma de abuso sexual que se caracteriza porque el abusador goza sometiendo a su víctima a la fuerza y al terror, haciéndole sufrir.

Por lo general la mayoría de los casos de este tipo de abuso cuentan como protagonista a un agresor de sexo masculino, el cual efectivamente conoce a la mujer víctima del delito de violación.

En la mayoría de ocasiones el agresor es de sexo masculino, el cual conoce a la víctima debido a que ha formado de manera indirecta parte de las actividades llevadas a cabo por la misma, pero la víctima desconoce por completo su existencia ya que el agresor trata de pasar desapercibido.

Es el abuso más fácil de denunciar debido a que no existe ningún compromiso con la familia en el momento de declarar. La violación puede ocurrir en cualquier lugar, por lo general en los lugares solos y en lugares oscuros. Las mujeres guatemaltecas tienden a callar las cosas debido a la cultura existente en Guatemala dificultando con ello la captura del o de los agresores y la resolución del caso.

Violación cometida por pandillas: La violación cometida por pandillas es cuando dos o más hombres violan sexualmente a una mujer. Este tipo de abuso ocurre con frecuencia en la sociedad guatemalteca pero no es denunciado por temor de las víctimas de las posteriores represalias que puedan tomar los agresores.

Este tipo de violación por lo general es premeditado. Ocurre tanto en lugares públicos como también privados y en la mayoría de las ocasiones todos los que forman parte de la pandilla tienen algún tipo de contacto físico-sexual con la víctima.

Cuando la violación es producida se puede dar en cualquier lugar, por lo general en aquellos lugares solitarios, pero las mujeres guatemaltecas tienden a callar lo ocurrido debido a la cultura que siempre ha existido en Guatemala dificultando de dicha forma la captura y resolución del caso. La familia en estos casos es primordial para la efectiva recuperación de todos los daños tanto físicos como psicológicos que presenta la víctima.

El delito de violación afecta tanto la integridad física como moral de la mujer, el cual es llevado a cabo por personas que buscan satisfacer su deseo sexual, y para lo cual utilizan la fuerza o la intimidación acompañada con acciones o palabras que por lo general pueden llegar a privar a la persona del sentido propio.

4.10. Drogas utilizadas en violaciones

Las drogas Rohypnol y GBH son sedantes fuertes, que con frecuencia se encuentran en los centros nocturnos y en fiestas. Son utilizados por jóvenes y por quienes atienden dichos centros nocturnos, siendo sus intenciones las violaciones sexuales.

En la mayoría de ocasiones, los violadores se encargan de mezclar la droga en la bebida de una víctima insospechosa. La combinación de las drogas anotadas con el alcohol aumenta sus efectos en algunas ocasiones hasta el punto de ocasionar la muerte de la víctima.

4.11. Alianza para prevenir y erradicar la violencia sexual contra mujeres

Una alianza para la prevención y para erradicar la violencia sexual contra las mujeres fue creada en Guatemala por seis organizaciones que se encargan de velar por el debido respeto de los derechos humanos del género femenino.

La Alianza Contra la Violencia Sexual se encuentra integrada por la Asociación Guatemalteca de Mujeres Médicas (AGMM), por Tierra Viva, por el Comité de América Latina para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), por la Asociación Tan, la Instancia por la Salud de las Mujeres y por la Fundación Sobrevivientes.

Durante su primer pronunciamiento, la organización dio a conocer que uno de sus objetivos es la realización de acciones contribuyentes a la prevención del flagelo de la violencia sexual contra el género femenino.

También es indispensable que el Estado cumpla con los marcos legales y jurídicos sobre los delitos sexuales y la lucha para institucionalizar la discusión del tema.

4.12. La necesidad de derogar la legislación penal vigente que permite la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación contrayendo matrimonio legítimo con la víctima

El delito de violación consiste la imposición de la cópula sin consentimiento, a través de medios violentos. Además se caracteriza por la falta total de consentimiento de la víctima y la utilización de la fuerza física o moral.

La violencia para consumar el delito de violación puede ser física o bien moral. La primera se entiende como aquella fuerza material que es aplicada a una persona y la violencia moral es consistente en la amenaza que se le hace a un determinado sujeto en lo que respecta a un mal grave presente o inmediato, capaz de producir intimidación.

El sujeto activo del delito de violación es el individuo ejecutante de la acción criminal, o sea quien con violencia física o moral efectúa el coito con otra persona. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente tutelado, quien sufre el ataque, con violencia física o moral.

El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo número 200 regula que: “Matrimonio de la ofendida con el ofensor. En los delitos comprendidos en los capítulos I, II, III y IV anteriores, la responsabilidad penal del sujeto activo o la pena, en su caso, quedaran extinguidas por el legítimo matrimonio de la víctima con el ofensor, siempre que aquélla fuera mayor de doce años, y en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público”.

Dicha norma jurídica muestra que en Guatemala, pese a algunos avances todavía existen disposiciones que discriminan a la mujer, pues a través de la ley penal se controla su sexualidad pues se limitan las posibilidades de las mujeres de decidir sobre su propia vida y cuerpo.

No solo se irrespetan sus derechos humanos a través de disposiciones como la establecida en el artículo 200 del código penal, el cual debe de ser derogado, sino también por medio de programas sociales particularmente la educación, que reproduce valores y estereotipos sexistas y discriminatorios.

El Estado actúa también por omisión sobre la vida de las mujeres frente a las diversas formas de violencia y en la ineficacia de su sistema de justicia.

CONCLUSIONES

1. Los problemas relacionados con el delito de violación en el derecho penal dañan a la mujer dejando secuelas en la misma, las cuales no han permitido que cuenten con el debido apoyo para que confíen en sí mismas y en el resto de las personas que se encuentran a su alrededor.
2. Es fundamental la aplicación de penas al delito de violación ya que el mismo ocasiona traumas a las mujeres víctimas, los cuales se manifiestan en un período no determinado después de acaecido el hecho conocido como post-traumático, el cual no permite la eliminación de esos traumas.
3. La falta de respeto a los derechos humanos de la mujer limita la construcción de espacios democráticos y la defensa de esos derechos para que se cumplan sus peticiones y se exprese su voz lo cual no permite que se elimine la ola de violencia que les impide vivir en un ambiente armónico.
4. El artículo 200 del Código Penal al permitir la extinción de la pena al sujeto activo del delito de violación muestra el grado de discriminación existente en contra del género femenino, una clara limitación a decidir sobre su persona y sobre un acto tan importante en su vida como lo es el matrimonio.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público, a través de la oficina de atención a la víctima debe dar seguimiento a cada caso que se presente de delito de violación, hasta lograr la recuperación de los traumas sufridos por la agraviada, mediante terapias con psicólogos y psiquiatras.
2. El sector mujeres de la Asamblea de la Sociedad Civil (ASC) y el Centro de Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), deben brindar información que le ayude a la víctima a recibir apoyo, protección y justicia después de sufrir una experiencia de violación; además garantizar que durante la investigación se respeten los derechos humanos de la víctima y se evite la re victimización.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala revise las leyes actuales legislando nuevas normas jurídicas conforme a la realidad que día a día se vive en el país, estableciendo penas severas a los responsables de violación, y garantizando a las mujeres una debida protección a sus derechos.
4. La Fiscalía de Delitos Contra la Vida y la Integridad de la Persona, la Fiscalía de menores y la Fiscalía de la Mujer, deben velar por que se apliquen penas severas a los violadores en Guatemala y recomendar la derogación expresa del artículo 200 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. Asociados, S.A., 1999.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2005.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1989.

CARRARA, Francesco. **Derecho criminal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1986.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1992.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Editores S. A., 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hermes, 1989.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Tecfoto, 1998.

NUÑEZ, Ricardo. **Derecho penal**. México D.F.: Ed. Nacional, 2002.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Nauta, 1990.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica, 1980.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal.** Madrid, España: Ed. Reus S. A., 1989.

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

Legislación:

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

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

Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1982.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 1994.

Acuerdos de Paz, 1996.