

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

**APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS
TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS
AÑOS 2008 Y 2009**

DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2011

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

**APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS
TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS
AÑOS 2008 Y 2009**

Tesis

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD 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 Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

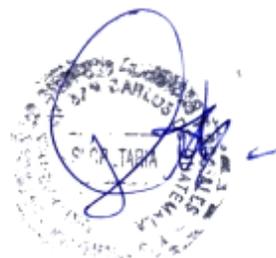
Presidenta: Licda. Dora Lizett Nájera Flores de Flores
Vocal: Lic. Hugo Leonel Marroquín Carrera
Secretario: Lic. José Rafael Sánchez Fajardo

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal: Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretaria: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

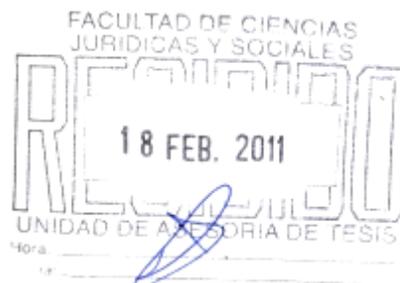
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licda. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Sector 1 lote 88 Colonia San Julián zona 6
Tel.:2286-7317



Guatemala, 18 de febrero de 2011

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



Respetable Licenciado:

Yo, **JEYDI MARIBEL ESTRADA MONTOYA**, fui nombrada con fecha uno de febrero del año dos mil once, como Asesorar el Trabajo de Tesis del Bachiller **DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES**, y el cual se titula: **APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009**, para lo cual manifiesto lo siguiente:

En relación a los requisitos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico se establece lo siguiente:

- a) El trabajo de merito cumple con los aspectos científico y técnicos exigidos para las investigaciones de esta naturaleza, toda vez que se fundamenta en el análisis doctrinario y legal de la causa de inculpabilidad del miedo invencible en el delito de parricidio, partiendo del análisis de la teoría del delito, el enfoque de género y la aplicación de está causa de inculpabilidad desde este enfoque en los tribunales de justicia de Guatemala.
- b) Para poder llevar a cabo tal comprobación, se utilizaron los métodos deductivo e inductivo, que parte de lo general a lo particular, el método analítico y sintético, que estudia el todo en sus partes para llegar al análisis del caso, y el histórico que parte del origen o consecuencias primarias del hecho para llegar a la verdad real e histórica.
- c) Considero que la forma de la redacción utilizada, del trabajo de tesis es la correcta, ya que se desarrolla punto por punto en cada capitulo, los elementos necesarios para el estudio doctrinario de la causa de inculpabilidad de miedo invencible y su aplicación desde el enfoque de genero. El relacionado trabajo comprende cuatro capitulos planteando su conclusión y su recomendación por cada uno de ellos, y en consecuencia es claro y científico, demostrando la investigación efectuado de acuerdo a los lineamientos que se exigen de conformidad con el trabajo de campo realizado.

Licda. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Sector 1 lote 88 Colonia San Julián zona 6
Tel.:2286-7317



- d) En cuanto a la contribución científica: se basa en el hecho de estudiar doctrinariamente desde la teoría del delito la causa de inculpabilidad de miedo invencible desde una perspectiva de género pero al mismo tiempo confrontar los aspectos doctrinarios con la práctica especialmente en los tribunales de justicia del municipio de Guatemala.

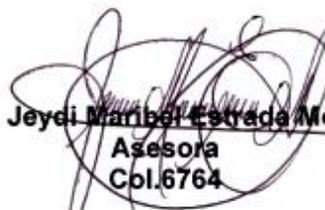
- e) En lo referente a las conclusiones y recomendaciones a la que se llega el trabajo, radican, en que los Jueces de Sentencia Penal del Municipio de Guatemala no aplican la eximente de miedo invencible en donde exista antecedente de violencia intrafamiliar en el caso de las mujeres sindicadas del delito de parricidio por desconocimiento de la teoría de género y su aplicación al caso concreto y en cuanto a la recomendaciones se considera que se debe dar capacitación a los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos sobre la teoría de género, teoría del delito y su aplicación al caso concreto.

- f) Respecto a la bibliografía: utilizada es abundante y adecuada, y está de acuerdo a los cánones científicos de la teoría del delito y la importancia del hecho de estar al día en consultas vía Internet.

Habiendo llenado el sustentante los requisitos que expresa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se autorice la impresión de la tesis **“APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009”**, presentada por el estudiante Dennis Vinicio Carrillo Flores, para que sea discutida en definitiva en el examen general público correspondiente.

Sin otro particular, aprovecho a suscribirme de usted, atentamente;

“ID Y ENSEÑADA A TODOS”


Licda. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Asesora
Col.6764

Licenciada
Jeydi Maribel Estrada Montoya
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de febrero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **MARIA DILMA MICHEO ALAY**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES**, Intitulado: **“APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Licda. María Dilma Micheo Alay
7^o. Ave 10-35 zona 1
Ciudad Capital



Guatemala, 11 de marzo de 2011

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.**



Respetable Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a su persona para informarle que se me designo Revisar el trabajo de tesis del bachiller **DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES**, el cual se denomina "**APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009**", por lo que de acuerdo a los requisitos que se exigen el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis, dictamino al respecto.

- a) Revisado y analizado el trabajo presentado, se encontró que se ajusta a la normativa de los trabajos de investigación establecidos por nuestra casa de estudios.
- b) La metodología se adecua a los lineamientos de los trabajos profesionales y su aporte a las ciencias jurídicas, es una toma de consecuencia para los legisladores y los que aplican la justicia en el sentido de considerar los alcances de la aplicación del miedo invencible a los casos concretos que se ventilan en los tribunales de justicia.
- c) Las conclusiones y recomendaciones son pertinentes a las problemáticas.

En definitiva el contenido del presente trabajo de tesis, llena los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE** para que se autorice la

Licda. María Dilma Micheo Alay
7ª. Ave 10-35 zona 1
Ciudad Capital



impresión de la tesis "APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009" presentada por el bachiller DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES, con el objeto para que pueda continuar con el trámite correspondiente para que sea defendida en el examen general público correspondiente.

A handwritten signature in blue ink, which appears to be "M. Micheo Alay".

Licda. María Dilma Micheo Alay
Abogada y Notaria
Col.5474

Lic. María Dilma Micheo Alay
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DENNIS VINICIO CARRILLO FLORES, Titulado APLICACIÓN DEL MIEDO INVENCIBLE EN LOS DELITOS DE PARRICIDIO EN LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA PENAL DEL MUNICIPIO DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2008 Y 2009. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA

A DIOS:

Nuestro señor, por permitirme alcanzar mis metas y enseñarme el camino del bien, y por llenar mi vida de bendiciones.

A MIS PADRES:

Marco Vinicio y Olga Gladys, por enseñarme el verdadero valor de la vida, por darme su ejemplo e infundir en mí el deseo de superación, por todos sus esfuerzos para darme la oportunidad de estudiar, por sus sabios consejos hacia mi persona y sobre todo, su amor.

A MIS HERMANOS:

Marlon, Priscilla y Lisbeth por su ayuda incondicional, sus consejos, cariño y apoyo.

POR SU APOYO Y CARIÑO:

A Fabia Verónica y su familia

A MIS COMPAÑEROS:

Licda. María Dilma Micheo, Licda. Jeydi Estrada, Maco, Alejandro, Luis, Walter, Sergio, Fernando, Víctor, Vilma, Rosalva, Byron y a todos mis demás amigos, que de una u otra forma me brindaron su apoyo.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme con dignidad y sabiduría, a quien responderé obligadamente con orgullo y honor.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Teoría del Delito	1
1.1. Naturaleza del delito	1
1.2. Criterios para definir el delito.....	15
1.3. Elementos y características del delito	20
1.4. Elementos positivos del delito.....	20
1.5. Elementos negativos del delito	37
CAPÍTULO II	
2. Teoría de Género	47
2.1. Género y Sexo	47
2.2. Origen de la categoría de género	47
2.3. Sexo y género	49
2.4. Teoría de género y perspectiva de género	53
2.5. Género y derecho	56
2.6. Principio de Igualdad.....	66
2.7. Violencia de género	72
2.8. Definición	72
2.9. Violencia intrafamiliar	75
2.10. Efecto de la violencia intrafamiliar en las mujeres.....	78
2.11. Violencia sexual	81

CAPÍTULO III

	Pág.
3. Miedo invencible.....	85
3.1. Origen del Miedo.....	85
3.2. Concepto del miedo.....	86
3.3. Concepto normativo del miedo insuperable.....	92
3.4. El miedo insuperable como anulatorio de las facultades intelectuales y volitivas.....	97
3.5. El miedo insuperable como causa de inexigibilidad.....	108
3.6. Aplicación del miedo invencible con enfoque de género caso de Manuela Quino.....	115
3.7. El juicio.....	133

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del miedo invencible con enfoque de género en los procesos Penales por el delito de parricidio con antecedentes de violencia Intrafamiliar.....	141
4.1. Encuestas a Jueces de Tribunales de Sentencia del Municipio de Guatemala.....	141
4.2. Encuesta a Fiscales del Ministerio Público del Municipio de Guatemala.....	143
4.3. Encuesta a Defensores Públicos del Municipio de Guatemala.....	145
CONCLUSIONES.....	149
RECOMENDACIONES.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	153

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata sobre la aplicación del miedo invencible, que se encuentra regulado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 25 del Código Penal, como una causa de inculpabilidad. El miedo es una realidad psíquica, pero el miedo invencible es un concepto jurídico, es un fenómeno eminentemente individual y personal que no solo depende de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino fundamentalmente del efecto, que sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancia determinadas tuvo la emoción de miedo. Se realizó el estudio desde la perspectiva de género por lo cual se dividió en cuatro capítulos: el primero se refiere a teoría del delito; el segundo, a la teoría de género; el tercero, al miedo invencible y la aplicación de esta eximente en un caso concreto y en el último capítulo; se demuestra a través del trabajo de campo, el desconocimiento que existe de la aplicación de la teoría de género al caso concreto y la aplicación del miedo invencible desde esta perspectiva, esperando con este aporte contribuir a un mayor conocimiento del tema.

Para la investigación hice acopio de la teoría del delito y teoría de género para poder dar respuesta al problema planteado. Los métodos y técnicas que se emplearon son los siguientes: históricos, el cual parte del origen o consecuencias primarias del hecho y analizando sus causas originarias. Analítico-sintético, que estudia el todo en sus partes que previamente se descomponen para su análisis y comprensión; el método comparativo que permite el análisis de la investigación con el derecho comparado.

Al iniciar la investigación, se consideró necesario realizarla debido a que el Estado de Guatemala es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Asimismo, participa de instrumentos internacionales del sistema universal relativo a los derechos de las mujeres que Guatemala cuenta con una ley específica, que tiene por objetivo principal, la emisión de medidas de protección a favor de las mujeres que sean objeto de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial y la

ejecución de políticas públicas relativas a la prevención, sanción y erradicación de la violencia intrafamiliar; pero aún con este marco legal, la mayoría de operadores de justicia resuelven las denuncias de violencia intrafamiliar, de acuerdo a su imaginario social; las actitudes responden a estereotipos sexistas y por lo tanto, hay renuencia en la emisión pronta y cumplida de las medidas de protección. Se planteó como definición del problema: ¿Cuáles son las causas por las que no se aplica por los Tribunales de Sentencia Penal del municipio de Guatemala en el año dos mil ocho y dos mil nueve, el miedo invencible en los delitos de parricidio, en donde la mujer es víctima de violencia intrafamiliar por parte de su conviviente?. Al iniciarse la investigación, no se sabía cuáles eran las causas por las que no se aplicaba la eximente de responsabilidad penal de miedo invencible, en los delitos de parricidio en donde la mujer es víctima de violencia intrafamiliar por parte de su conviviente. La hipótesis que se plantea fue la siguiente: “¿se aplica la eximente de responsabilidad penal de miedo invencible, en los delitos de parricidio en donde la mujer es víctima de violencia intrafamiliar por parte de su conviviente, porque los Jueces de Sentencia Penal del municipio de Guatemala y los Fiscales del Ministerio Público: a) desconocen la teoría de género y su aplicación con la teoría del delito; b) causas estructurales: por la forma en que interpretan las normas penales; c) no ven la violencia intrafamiliar como una causa que pueda llevar a las mujeres a darle muerte a su conviviente?. Los objetivos que consideré necesario en la realización de la presente investigación, son: a) Determinar las causas por las que no se aplica la eximente de responsabilidad penal en los delitos de parricidio en donde existen antecedentes de violencia intrafamiliar y la mujer pasa a ser de víctima a victimaria, b) Determinar el conocimiento y aplicación de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos a la Teoría de Género. Debido a la transformación de la política criminal del Estado guatemalteco hacia una política respetuosa de los derechos humanos, pasa por la puesta en práctica de criterios esenciales acerca de las condiciones de las mujeres ante el sistema judicial, las cuales demarcan con equidad el tratamiento adecuado a que éstas debieran estar sujetas, dadas sus características y tomando en consideración, condicionantes sociales, económicas, culturales y de género que, al no estimarse, las vulneran desde otras múltiples facetas, es por ello, que está circunstancia se planteó como supuesto de la investigación científica realizada.

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

Es un procedimiento por medio del cual se analizan las características comunes, o bien aquellas que diferencian a todos los delitos en general para establecer su existencia y determinar la imposición de una sanción si así corresponde. Se denomina teoría del delito¹ a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito.

En otra definición la teoría del delito², es la expresión de los elementos jurídicos de cualquier figura delictiva, se divide en cuatro categorías: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Coyunturalmente, las cuatro categorías pueden servir como modelo universal de análisis de cada caso particular en el proceso de preparación y organización del debate.

1.1 Naturaleza del delito

Los autores hacen un esfuerzo por alcanzar una unidad teórica que favorezca las interpretaciones críticas de la ley penal con la necesidad de preservar respecto de la teoría de género y del feminismo su sesgo antidiscriminatorio por excelencia. Esto por

¹ Girón Palles, José. "Módulo Teoría del delito". Pág. 50.

² "Manual de técnicas para el debate". Proyecto Crea/Usaid. Pág. 3

supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí.

La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal, dificulta la posibilidad de de mostrar un discurso homogéneo que pueda tener en cuenta las necesidades de grupos específicos, como lo son las mujeres, y más aún las mujeres que han sido capturadas por las redes del poder punitivo. Por otro lado, favorece la discusión por que requiere de las ciencias el empeño de llevar los razonamientos al extremo, de tal manera que los particularismos de la situación de las mujeres queden debidamente ubicados en la generalidad del discurso jurídico, aunque este cada vez se diversifique y amplíe, no deja por ello, de ser un instrumento poderoso tal como para fijar las relaciones sociales.

El orden social (masculino), está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira.

Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas parecer como naturales. Según Bourdieu no es que; “las estructuras de dominación sean históricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia

física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado”³. La ciencia se podría agregar como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones, a las instituciones, a algunos grupos por sobre otros (varones sobre mujeres, blancos sobre negros, adultos sobre niños), a algunos países por sobre otros (desarrollados sobre subdesarrollados; coloniales sobre colonizados).”⁴

Toda la vida social está enmarcada en diferencias organizadas de a pares: blanco-negro, fuerte-débil, afuera-adentro, público-privado, hombre-mujer, que se corresponden exactamente con las características atribuidas a cada sexo. Además de estar establecidas estas categorías binarias (se tiene una de las dos nunca las dos), las mismas se encuentran jerarquizadas.

En tal sentido, se dice que los dualismos sobre los que se basa la dominación están:

1) sexualizados: los hombres se han puesto a un lado, se identifican con lo racional, la cultura, el poder mientras que las mujeres se ven proyectadas hacia la irracionalidad, la emoción, la naturaleza.

2) se hallan jerarquizados, aparecen como neutros y dados, pero en realidad son masculinos, los dualismos se definen por residualidad. Se resalta y se degrada a la vez lo femenino.

³ Bourdieu, Pierre. “La dominación masculina” Anagrama 2000, pag. 76

⁴ Baratta, Alessandro: El paradigma del género. “De la cuestión criminal a la cuestión humana” en Birgin, Haydeé: “ Las trampas del poder punitivo” pág 25

3) el derecho se pone del lado de lo masculino, se identifica con la racionalidad, la objetividad, la abstracción

4) y a la vez los dualismos tienen el carácter prescriptivo y descriptivo.

Por otro lado, el derecho tiene género:

a) El derecho es sexista, ha tratado los bienes jurídicos de distinta manera según correspondan a varones o mujeres. Aquí la crítica se resolvería en uniformizar los estándares de protección y valoración, pero se corre el riesgo de uniformizar el colectivo mujer sin prestar atención a las particulares formas que adopta la dominación masculina sobre las mujeres en las diferentes culturas. Por esta vía pueden considerarse universales los valores de las mujeres blancas y de clase media, en contraposición de las mujeres negras, pobres, o de otra religión

b) El derecho es masculino: este presupuesto parte de la evidencia de la mayoría masculina en el mundo del derecho, y de universalización de los valores masculinos para ser juzgados y tratados todos los sujetos de derecho. Pareciera que ser abordado desde el derecho, es sinónimo de ser medido según la vara de los valores masculinos. Aún siendo interpeladas por el derecho, las mujeres serían tratadas sin que la diferencia entre ser mujeres o varones sea tomada en cuenta. Se llega al resultado de reforzar el mito de la unidad, objetividad, abstracción del derecho y se lo despoja de su historicidad. Se hace aparecer al derecho como democrático en el tratamiento de los colectivos mujer y varón.

c) El derecho tiene género: implica pensar el derecho como procesos que operan de diversas formas, implica la posibilidad de pensar que no todo lo que el derecho hace, es explotador o degradante para la mujer.

Una de las preguntas que se formulan tiene que ver con la pregunta, por qué las mujeres cometen menos delitos que los hombres, esta pregunta está formulada en términos del paradigma etiológico combinado con un feminismo ingenuo, que no termina de convencerse de que el sistema social ha distribuido los roles productivos (controlados por el derecho penal) y los reproductivos (asignados a la mujer y controlados por otras instancias de control social)

El concepto está mal orientado, ya que no es un problema de cantidad, sino que se soslaya el problema de la entidad de los bienes jurídicos protegidos, las conductas tipificadas, y quienes están habilitados para cometerlas. Estas preguntas, entre tantas otras, pueden ordenarse indagando sobre cómo se ejerce el control social sobre las mujeres, cuando sus conductas se califican como desviadas”⁵ Lucila Larrandart expresa que “control social es un término neutro, apto para abarcar todos los procesos sociales destinados a introducir la conformidad, desde la socialización infantil hasta la ejecución de la pena. El control social consiste en las formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y a personas que define como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, peligrosos molestos e indeseables”... “Los procesos de control social incluyen la internación, la socialización, la educación, la

⁵ Elena Larrauri: pág. 109.

presión del grupo primario, la opinión pública, así como la acción de las agencias formales especializadas, como la policía, la ley y los otros poderes del Estado”

El control social opera en dos dimensiones: persuasivo-educativo (o primario) y represivo (secundario), uno es difuso, intenta la interiorización de las normas y valores dominantes; mientras que el otro es institucionalizado. ¿Cuál de los dos es más fuerte, más significativo respecto de las mujeres?

Al respecto se ha formulado una serie de hipótesis que según la autora no han sido confirmadas de modo decisivo, a saber:

- 1) Ante la paridad del resto de las variables, las decisiones de los tribunales no establecen diferencias de género;
- 2) Las mujeres reciben un “tratamiento preferencial” debido a un gesto caballeresco o paternalista por parte de los tribunales, basado en diversas circunstancias,
- 3) Las mujeres reciben un trato más duro que los varones porque sus delitos se perciben como una trasgresión más grave que la de los varones.

La razón de que no resulte fácil la comprobación de estas ideas, tiene que ver con diferentes aspectos: la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres. A las mujeres se las normalizaría (¿con más éxito?) antes que fueran necesarios aplicar los mecanismos de represión. Esto nos remite nuevamente a la creación, sanción y mantenimiento de los estereotipos sociales, la asignación de roles fijos a las mujeres

que impiden que ellas construyan su identidad como personas. Dentro de la familia las mujeres tienen un rol tradicionalmente reproductivo, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana. Confinado lo privado al hogar, este puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por las normas. A su vez, la sexualidad que gira alrededor de la maternidad, es vista como la situación normal. De allí que se construya la figura de la prostituta, como la contra-cara de ese modelo de mujer esposa y madre. Si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicalización (intervención de siquiátras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que desviación se trata de una debilidad o una patología, mientras que con la prostituta se pone en funcionamiento toda una batería de mecanismos de intervención, propios del modelo represivo del control social.

Si cambia el estereotipo social otorgado a la mujer, por ejemplo últimamente cuando se trata de amplificar el rol público de las mujeres, o bien cuando se ponen en la agenda de políticas públicas a la violencia doméstica o sexual, ello redundará en un mayor control social formal sobre ellas, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio, ya que por un lado no se democratizan las instancias del control informal respecto a la construcción de identidad de las mujeres, y se hacen más brutales las intervenciones del aparato represor del control formal.

Históricamente entonces, el derecho penal ha establecido las conductas desviadas teniendo en cuenta el rol social de cada época asignado a la mujer. Así son víctimas de violaciones, pero no pueden ser violadoras; pueden ser protegidas en su honra o la de

sus familiares o ser protegidas ante la vulneración de su libertad sexual, aunque nunca falta la investigación sobre su vida privada y la repetición hasta el hartazgo de cómo fue que pasó lo que pasó; pueden ser sospechadas de provocar al hombre dejando en claro su incapacidad para controlar sus impulsos, o simplemente ser merecedoras de tal conducta por la vida licenciosa que llevan, lo que devela que se protege la honestidad, la castidad. Podían cometer adulterio de distinta manera que su marido aunque nunca violadas por él. Pueden ser ladronas, aunque el sistema represor no pueda ver la condición de dominadas que opera al momento de seguir a sus hombres cuando cometen los delitos. Pueden cometer infanticidio por honor o por estado puerperal, como si fuera lo mismo proteger el honor de un status social que padecer un estado físico y síquico, por el que sólo pasa o pueden experimentar las mujeres. La carga sexual de la delincuencia femenina resulta evidente. También si se considera que algunas conductas quedan atrapadas en las llamadas faltas o contravenciones.

Con esto queda claro que la mujer es una creación ideal del sistema del control social. Mientras que las mujeres, en concreto son las que pasan o no, (según quiénes sean, la información que posean, los medios con los que cuenten y la tolerancia que tengan al proceso de victimización), por el derecho penal, sus ritos, sus códigos, sus operadores, sus instituciones.

Para los distintos tratadistas en esta materia ha sido difícil en todas las épocas y en distintos lugares, desarrollar el tema de la naturaleza del delito, pues se busca con ello indagar sobre la esencia del hecho punible con validez universal y de carácter permanente.

Para tal efecto el tratadista Eugenio Cuello Calón⁶ expone: Muchos criminalistas han intentado, una noción del tipo de filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de esta y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es pues difícil buscar una noción del delito en sí. Raúl Carranca y Trujillo⁷ indica que: Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar. La ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según sus pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política.

- El tratadista Francisco Muñoz Conde⁸ expresa lo siguiente: “Crear un sistema abierto a las necesidades y fines sociales, un sistema que sea susceptible de modificarse cuando se presenten nuevos problemas que no pueden ser resueltos con los esquemas tradicionales. El punto óptimo a que debe aspirar un penalista es un equilibrio dialéctico entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático”.

⁶ Eugenio Cuello Calón, Derecho penal parte conforme el código penal,

⁷ Raúl Carranca y Trujillo, Derecho penal mexicano. Parte general.

⁸ Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito.

Podemos notar que las exposiciones realizadas por los connotados penalistas, las mismas han sido elaboradas en términos muy parecidos, sin embargo es menester para dicho análisis remontarnos a los postulados de las dos Escuelas del Derecho Penal más importantes que han existido.

- Cuando hablamos de las Escuelas Clásicas del Derecho Penal, decimos que son el conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía del derecho penal, la legitimidad del Jus Puniendo, la naturaleza del delito y los fines de la pena.

Para la Escuela Clásica del Derecho Penal, con las doctrinas de su máximo exponente Francesco Carrara, sostuvo que la idea del delito no es sino una idea de relación, es decir la relación de la contradicción entre el hecho del hombre y la ley, por ello al definir el delito sostiene que es: “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”⁹, con esta aseveración se asienta la doctrina clásica que el delito no es sino un acontecimiento jurídico, un ataque a la ley penal, un choque de la actividad humana con la norma penal, una infracción a la ley del Estado. Por lo tanto es un ente jurídico, distinguiendo además de lo que podía ser una infracción a la ley moral

⁹ Luís Jiménez de Asúa. La ley Penal y el Delito.

o la ley divina, que no son delito. Jiménez de Asúa¹⁰ indica que dentro de los caracteres comunes que sostiene la Escuela Clásica se encuentran:

1. Método lógico-abstracto, puesto que el derecho penal por ser derecho debe de trabajarse con esa metodología.
2. Imputabilidad, basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: puesto que el derecho penal no podía concebirse sino que construirse sobre esas bases.
3. El delito como un ente jurídico, ya que la acción delictiva no es un ente de hecho, sino el concepto jurídico del que se derivan todas las consecuencias de su sistema de derecho penal; y
4. La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Cuando la corriente clásica del derecho penal consideraba que había alcanzado el grado más alto de perfeccionamiento, y sus postulados se creía haber sentado las bases de un derecho penal, aparece una nueva corriente del pensamiento, la Escuela Positiva del Derecho Penal, siendo sus máximos exponentes Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, quienes, en sentido contrario a los postulados de los clásicos, establecen sus postulados e inician del estudio del delincuente, partiendo del estudio

¹⁰ Luís Jiménez de Asúa. Lecciones de Derecho penal.

del delito como acción humana de la personalidad del delincuente. Para Zaffaroni,¹¹ la responsabilidad humana se derivaba del mero hecho de vivir en sociedad y el fin del derecho penal era la defensa social, (la pena) “frente al hombre que está determinado al delito, la sociedad está determinada a defenderse”. Es así como los positivistas sostienen que el delito es un fenómeno natural y social producido por el hombre, es una realidad humana y que la pena no debía ser un castigo sino un medio social de defensa y que debería de imponerse atendiendo la peligrosidad social del delincuente y no en relación al daño causado; además sostenían en relación al delincuente que el hombre es imputable no porque sea consciente ni inteligente si no que solo por el hecho de vivir en sociedad, desde la perspectiva en que miraban el delito proponen las medidas de seguridad con el fin de prevenirlo y rehabilitar al delincuente, a la vez indican que el Derecho Penal no pertenece al campo de la ciencias jurídicas, sino que al campo de las ciencias naturales. En contraposición a los postulados de la Escuela Clásica, los positivistas sostienen que el método no debe ser el método abstracto sino el método experimental, si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores por lo tanto debe hacerse mediante este método, en cuanto a la responsabilidad social, derivado del determinismo y temibilidad del delincuente es un hecho meramente objetivo, es vivir en sociedad, y que el delito era producido por el hombre por lo tanto era un fenómeno natural y social; y que la pena no debía ser un castigo, sino un medio de defensa social.

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, Parte General. Pág. 36

Basada sobre la construcción de Carrara, la Escuela Clásica concibe al delito como un ente jurídico, que es producto de la relación entre la conducta del hombre y la ley del Estado, planteando una concepción de carácter legalista, es decir que circunscribe a la existencia de la ley penal toda la dogmática, e intenta fijar el límite de la ilicitud. A través de la historia esta concepción ha sido duramente criticada por no considerar los elementos que determinan y producen el hecho antijurídico que son ajenos a ley penal del Estado; sin embargo la imposibilidad de encontrar una noción filosófica del delito, que sea valedera y satisfactoria para todas las corrientes del pensamiento dentro del campo del Derecho Penal, por ello es valedero tener presente el postulado de la Escuela Clásica, que como se indicó no constituye una noción filosófica, si es esencialmente formal, tomando en cuenta que en todas las legislaciones penales del mundo, el delito está supeditado en la ley.

Cuello Calón,¹² en relación a la supeditación del delito a la ley indica: “Cuando dice que una noción verdadera del delito la suministra la ley al destacar la amenaza penal, sin la ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituiría delito”. De tal suerte que, el hecho de supeditar el delito a la ley, es reconocer el monopolio de la ley para la creación de los delitos, con tal supeditación se está sellando el destino de la concepción jurídica del delito.

¹² Cuello Calón, **op. Cit.**, pág. 168.

Es evidente que el derecho penal con el planteamiento de la Escuela Positiva, pierde su autonomía al considerarlo como parte de las ciencias naturales o fenomenalistas, pero este planteamiento en pleno siglo veintiuno ya no puede sostenerse toda vez que, el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, ya que está formada por un conjunto de normas que tienden a regular el comportamiento humano, con el propósito de lograr la protección de ciertos valores que se consideran esenciales para el desarrollo y la convivencia social. Por lo tanto, el objeto de las normas pertenece al deber ser que aparejan un juicio valorativo, en tanto las ciencias naturales o fenomenalistas tienen por objeto los fenómenos naturales o reales que están sujetas a la relación de causa y efecto, siendo parte del campo del ser.

Las clases de conocimientos sobre los cuales se estudia el delito son: los normativos que pertenecen al mundo del deber ser, es decir las disciplinas esencialmente jurídicas (derecho penal), es decir que el delito como norma y como acción punible es objeto del Derecho Penal y los causal-explicativos pertenecen al mundo del ser, es decir a las fenomenalistas (la criminología) por lo que el estudio del hombre como sujeto capaz de cometer delitos es objeto de la criminología.

De esa cuenta la criminología estudia al delincuente como un individuo antisocial contrario sensu, el derecho penal estudia el crimen como delito. Con tal diferencia se establece la independencia del derecho penal y la necesidad de estudiarlo separado de las demás disciplinas que conforman la Enciclopedia de las Ciencias Penales. Por lo tanto, se concluye que el delito no debe estudiarse únicamente como un fenómeno

natural o social, como producto de la personalidad humana, sino que también como un fenómeno jurídico.

1.2 Criterios para definir el delito

A lo largo de la historia se han desarrollado una serie de definiciones del concepto de delito por las diferentes corrientes del pensamiento que han dedicado al estudio por los problemas del crimen, de esa cuenta para su estudio serán agrupadas en torno a un criterio, en torno al juicio que han seguido para elaborarlas a fin de establecer el proceso evolutivo que han tenido aquellas ideas que plasmaron con respecto al delito y si las mismas tienen cabida en el derecho penal.

a) Criterio legalista: A mediados del siglo XIX los penalistas Giandomenico Romagnosi, Giovanni Carmignani y otros vislumbran un criterio legalista, al plantear el concepto de delito sobre la base que: “El delito es lo penado por la ley”, concepto que resulta ser demasiado amplio tomando en cuenta que hay actos que son prohibidos por la ley y sin embargo no constituyen una figura delictiva. La doctrina de Carrara que perfeccionó la de Carmignani y que había sido formulada por Romagnosi, quien sostenía que el delito era un ente jurídico y que solo puede ser incriminable solo si está dictado en la ley, dándole un carácter legalista, y lo define como: “Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.

b) Criterio filosófico: La escuela positivista en oposición a lo argumentado por los de la Escuela Clásica hizo que los estudiosos del crimen se encaminaran por vías de carácter filosófico, por lo que al referirse al crimen lo ven desde el punto de vista moral e indican que el delito se identifica con el pecado. Dichos criterios no pueden sostenerse toda vez que en primer lugar el pecado tiene una orientación divina y nada tiene que ver con la orientación jurídica y en segundo lugar porque toda infracción al Deber, se refiere a normas de carácter moral.

c) Criterio natural sociológico: Este criterio representa una corriente distinta del pensamiento de la Escuela Positiva, esta corriente estudia al delincuente desde el punto de vista de la antropología y aquí si ya definen el delito ya que era el presupuesto para la existencia del delincuente. Tomando como base dos clases de sentimientos Rafael Garófalo construye la definición del delito natural de la siguiente manera: “El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (los de piedad y probidad) según la medida media en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. Otros tratadistas como Colajani, Vaccaro y Ferri dieron a su vez nuevas definiciones pero girando en torno al núcleo de Garófalo. De esa cuenta Enrico Ferri considera que el delito se refiere a: “Las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesiona la moralidad media de un pueblo en un momento determinado”. Como se puede observar en esta definición, tiene una inclinación hacia la sociología separándose de la teoría del delito natural. Oportuno es señalar que el

estudio del derecho penal debe hacerse independiente de las disciplinas fenomenalistas. En conclusión el criterio natural sociológico no tiene aplicación en el campo jurídico penal.

d) Criterio técnico jurídico: Aclarada la confusión que engendró el positivismo en relación al Derecho Penal , comienza el renacimiento de la teoría jurídica del delito, movimiento que nació en Alemania con el nombre Técnico jurídico y que luego se expandió en Italia, España y otros países de Europa. Fruto de la dogmática alemana y del empleo del método analítico, dicho movimiento se aparta de los argumentos de los positivistas para continuar con el examen lógico del delito y de dan vida a lo que se ha llamado en la doctrina como la construcción técnico jurídica de la infracción.

Debido a que la nueva corriente se desarrolla en diferentes etapas, se estudiará indicando quiénes son sus exponentes así como sus aportaciones al derecho penal moderno. Las aportaciones que en relación al delito se puede mencionar a los siguientes maestros alemanes; Kart Binding es uno de los grandes maestros alemanes, es autor de “Teoría de las normas. Franz Von Liszt define el delito de la siguiente manera: “Acción antijurídica y culpable castigada con una pena”. Liszt atacó la teoría de la pena como una retribución y sostuvo que la pena tiene un contenido teleológico preventivo general y especial, pero insistió particularmente en su función preventiva especial, es decir sobre su accionar terapéutico sobre el delincuente mismo.

Fue hasta en 1906 que siguiendo las enseñanzas del maestro Carlos Binding, el profesor Ernesto Beling que en su trabajo Teoría del Delito, trata de definir el delito y dice que: “Es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”.

En la definición de Von Liszt está ausente el carácter tipicidad, que Beling la descubre como un elemento principal del delito, de esta definición se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: primero, acción descrita en la ley es decir que la ley contenga las figuras delictivas que el legislador por abstracción hace de los diversos hechos que son objeto de la parte especial de los Códigos penales; segundo, antijuricidad, contraria al derecho, separada de la tipicidad, ya que hay acciones típicas que no son antijurídicas, sin que por ello dejen de ser típicas, tercero, la culpabilidad, sostiene que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, cuarto, la punibilidad es otro elemento del delito, puesto que este debe ser sancionado con una pena que corresponda a cada uno, y por ultimo deben quedar satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad. Fue objeto de varias críticas por indicar que los elementos característicos de un hecho punible existían en forma independiente.

Para Máx Ernesto Mayer el delito es considerado como: 1. “Acontecimiento típico, antijurídico e imputable”. Nótese que emplea la palabra Imputable como un elemento del delito que corresponde más a la parte del delincuente; 2. Elimina en esta definición lo relacionado a relativo a la punibilidad que contenía la definición de Beling; 3. Estudia a la acción dentro de la tipicidad, cuando indica que es un acontecimiento.

Edmundo Mezger, famoso penalista y maestro en la Universidad de Munich, al elaborar una definición de delito indica que es: 1) “La acción típicamente, antijurídica, culpable y amenazada con una pena”, indica que toda acción antijurídica para que tenga relevancia jurídico penal, se necesita que exista un elemento, el tipo; por ello indica que se necesitan de acciones típicamente antijurídicas, así la tipicidad queda absorbida por la antijuricidad. 2). Cree que la antijuricidad se ajusta a su sentido cuando la acción se ajusta al tipo; y no estar comprendida en ninguna de las causas de justificaciones. 3). la culpabilidad la expone bajo tres formas: imputabilidad, las formas de culpabilidad y la inexistencia de las causas de la culpabilidad. 4). sostiene que existe identidad entre los elementos del delito. De acuerdo a la cultura jurídica de nuestro medio, el criterio que ha tenido mayor trascendencia para la definición del delito por considerarse que dentro del campo penal es el más aceptable ha sido el aportado por el movimiento técnico jurídico.

A continuación se dejaran plasmadas algunas definiciones que connotados penalistas de nuestros tiempos han enunciado.

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

José María Rodríguez Devesa: “El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena”.

Sebastián Soler: “El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”. Y por último la definición de Carlos Fontán Palestra: “El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

1.3 Elementos y característicos del delito

La teoría general del delito se ocupa de todos aquellos elementos característicos que sea comunes a un hecho para ser considerado delito. Existen características que son comunes a todos los delitos y otras que hacen diferente los tipos penales unos de otros. Por ejemplo un asesinato es diferente a una estafa, o un hurto, cada uno de estos delitos tienen elementos distintos además tienen asignados penas de distinta gravedad. Sin embargo los dos delitos mencionados tienen características que son comunes a todos los delitos y que por ende constituyen la esencia del concepto general de delito. Dentro de esos elementos comunes y que se encuentran en las distintas definiciones que fueron plasmadas en apartado anterior están la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad.

1.4 Elementos positivos del delito

Dentro de los elementos positivos del delito están:

a) La acción: Pretende la norma penal la regulación de conductas humanas y tiene como base la conducta humana que pretende regular. De todo comportamiento humano que se da en la realidad, la norma penal selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena; de esa cuenta, es pues la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal, y el objeto al que se le agregan determinados predicados. Siendo ellos los elementos que determinan el delito.

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sin embargo la voluntad significa siempre una finalidad, no puede existir ningún acto humano sin que lleve implícito un fin, la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una interna y otra externa. Dichas fases de la acción se han conocido como el “iter criminis”, que significa, el camino del delito hasta que llega a su fase final.

a.1) Fase interna: Esta acontece en la esfera del pensamiento del autor, en donde se prepara anticipadamente la realización de un fin, es cuando el autor selecciona los medios adecuados, ésta selección solo ocurre a partir de un fin; solo cuando el autor está seguro de que es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere. El autor en esta fase también toma en cuenta los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y la consecución del fin. Al llevar a cabo la consideración

de los efectos concomitantes, puede ser que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización; ya que los admite como de segura o probable producción los realiza. Los efectos concomitantes también pertenecen a la acción.

a.2) Fase externa: Una vez que el autor ha llevado a cabo la fase interna, procede a la realización en el mundo externo, conforme a su fin pone en marcha el plan.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo exterior.

b) Ausencia de acción: No habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, como en los siguientes casos:

b.1 Fuerza irresistible: La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior y que actúa sobre el agente. Preceptúa nuestro código penal (que sigue la teoría causalista) que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad, es decir, que este caso lo toma como ausencia de voluntad, pero en realidad lo que existe, es que para el derecho penal no tiene ninguna importancia la acción realizada y en consecuencia no es válido el examen de la voluntad, puesto que no hay acción. Es un hecho que la fuerza exterior se realiza de manera tal que no deja al que la sufre ninguna opción, (bis absoluta, quiere decir que si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad) es decir que su voluntad no

tiene nada que ver en lo sucedido. Veamos el siguiente ejemplo: cuando una persona es atada a un árbol para impedirle que cumpla un deber que está obligado, aquí se da una fuerza irresistible, falta la acción, si no lo que dejó de hacer la persona es una conducta esperada por el Derecho, el que por fuerza irresistible actúa violentamente no realiza ninguna acción relevante para el derecho. Queda claro entonces que la fuerza irresistible es una causa de ausencia de acción.

b.2 Movimientos reflejos estos movimientos no constituyen acción ya que no están controlados por la voluntad, tal es el caso del que tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia causa un daño, no tiene la voluntad para el mismo, o los movimientos instintivos de defensa. Diferente es una reacción impulsiva emocional, pues la misma ya conlleva una acción.

b.3 Estados de inconsciencia: Existe otros casos en los cuales también falta la acción, este es el caso de los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y en consecuencia no hay acción penalmente relevante. También está el estado del hipnotizado, que es posible que pueda darse un estado de inconsciencia, aunque la opinión dominante se inclina por una respuesta negativa, sin embargo teóricamente no se ha excluido la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, tomado en cuenta su constitución. Algunos estados de inconsciencia pueden ser considerados como acción, si la misma fue buscada de propósito.

c) Formas de acción: Las formas de acción deben de ser:

De la acción y el resultado: Cuando el ser humano realiza una acción penalmente relevante existe una modificación en el mundo exterior, de esa cuenta la acción como manifestación de la voluntad, trae un resultado en el mundo externo donde se produce. Entre la acción y el resultado existe siempre una conexidad. Si a pesar de la voluntad y los medios puestos en ella no se produce un resultado, se da entonces solo la tentativa. Por ello es que la acción y el resultado son dos cosas distintas:

- La acción es simplemente la manifestación de la voluntad y
- el resultado es la consecuencia que produce esa manifestación de la voluntad.

De la imputación objetiva: Siempre hay una relación de causalidad entre la acción y el resultado, en aquellos delitos de resultado, esta relación permite en al ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo causa. Es decir qué relación que existe entre acción y resultado se le llama imputación objetiva del resultado.

d) La omisión: El Estado a través del ordenamiento jurídico ordena en las normas el que no hacer, sin embargo hay algunas normas que ordenan¹³ el que hacer, y la omisión de ese orden pueden producir resultados, por lo que el ordenamiento jurídico

¹³ Se refiere a normas imperativas que ordenan acciones..

sanciona la omisión de algunas acciones. Es decir que la infracción de las normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión, lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción, pero para ello el autor debe estar en condiciones de realizarla; porque una omisión no es un simple no hacer, sino realizar una acción que el sujeto esta en condición de hacer, porque el parálítico no puede omitir la salvación de uno que se esté ahogando en un río. La posibilidad de acción es, por consiguiente el elemento ontológico conceptual básico común tanto en la acción como en la omisión. La acción y la omisión no son dos clases distintas sino dos subclases del comportamiento humano. La acción y la omisión son subclases del comportamiento humano susceptibles de ser reguladas por la voluntad final.

e) Clases de omisión penalmente relevantes

a) Delitos de omisión propia: El código penal contiene el artículo 156, el delito de omisión de auxilio. En estos delitos se castiga la omisión del deber de actuar. Es la simple infracción de un deber.

b) Delitos de omisión con un resultado: en estos la omisión se vincula a un determinado resultado, por ejemplo, cuando la ley castiga a quien consintiere, entendiéndose por “consentir” o “permitir” también significa el dejar de hacer, o una inactividad que falta al cumplimiento de un deber jurídico.

c) Delitos improprios de omisión o de comisión por omisión: en estos delitos, en el tipo concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo un problema de interpretación indicar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, la cual si está plasmada de manera literal en la norma. En estos la omisión se vincula con resultado prohibido, la omisión del deber jurídico produce un resultado como que si el sujeto hubiere actuado. Ejemplo: el niño que se muere por no alimentarlo, no está expresamente tipificado en la norma como delito, sin embargo se admite que tal acción debe ser equiparada a la acción de matar y conectada casualmente con la acción de muerte.

f) Las formas de operar de la conducta humana: El elemento indispensable para la creación de todas las figuras delictiva es la acción o conducta humana. Esta obra de manera activa y de manera pasiva, por ello da lugar a la clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción.

a. Delitos de acción o comisión: es este tipo de delito se requiere el hacer algo que infrinja la norma prohibitiva, ejemplo: en los delitos contra el patrimonio, se infringe la prohibición de tomar cosa ajena sin la voluntad del que la posee.

b. Delitos de pura omisión (omisión propia). Consiste en no hacer algo, infringiendo una norma preceptiva que está dando una orden, ejemplo: nuestra ley penal contempla que se debe prestar auxilio a un menor de diez años que se encuentre amenazado de un

eminente peligro y si se omite hacerlo, se está infringiendo la obligación de auxilio que impone la norma.

c. Delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Estos son delitos de acción mediante una omisión, porque en ellos la conducta humana infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva. Por ejemplo, la muerte del recién nacido porque la madre no le proporciona el alimento que por sí solo no puede procurarse, esa conducta comete el delito de parricidio por omisión.

d. Delitos de pura actividad: Son aquellos que no requieren un cambio en el mundo exterior, ya que solo basta la simple conducta humana. Estos son contrarios a los de resultado. Ejemplo: el delito de asociaciones delictivas.

A la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación, el derecho penal le llama *Iter Criminis* es decir el camino del crimen que está constituido por una serie de etapas (fase interna y fase externa) desde que nace la idea de cometer el delito hasta que se consuma. Cuando se ha iniciado la fase externa en la comisión de un delito, el Código Penal contempla que pueden darse los siguientes grados: Artículo 13, delito consumado, Artículo 14 tentativa, Artículo 15 tentativa imposible y Artículo 16 desistimiento, en este desistimiento el autor voluntariamente desiste de continuar con todos los actos necesarios para cometer el delito, entonces su conducta es impune.

g) La tipicidad: Procede ahora estudiar las categorías cuya presencia convierte la conducta humana en delito, cuyas categorías son la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad. De manera general se puede decir que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico (antijuridicidad), en la forma prevista por los tipos (tipicidad), y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad) siempre que no existan obstáculos procesales o punitivos que impidan su penalidad.

La tipicidad, es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, es adecuar la conducta concreta al tipo legal concreto, que por imperativo del principio de legalidad en el vertiente del *nullum crimen sine lege* solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Por tal razón, ningún hecho por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría del delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Tomando en cuenta los comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolo en el supuesto de hechos de una norma penal, y cumple además las exigencias del principio de legalidad. En relación a su función, la tipicidad ha sido siempre un requisito formal previo a la antijuridicidad, es decir que para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica en el Derecho Penal

sustantivo, ésta tiene que ser típica lo cual quiere decir que sin la tipicidad, la antijuridicidad penal no existe. Pero, la tipicidad si puede existir aún sin antijuridicidad, cuando en la comisión del hecho delictivo ha imperado una causa que legalmente lo justifique, como en el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho (éstas se encuentran en el Artículo 24 Código Penal), en estos casos, la conducta no deja ser típica, desaparece únicamente la antijuridicidad.

La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes, esta figura puramente esencial es el tipo.

Por lo tanto, tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.

Distintas funciones del tipo en el derecho penal:

- a)** Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes,

- b)** función de garantía, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente y,

c) función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

El tipo en su estructura debe estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe. Dentro de ellos se encuentran normativos, que son aquellos que implican una valoración del juzgador, (honestidad), elementos descriptivos, que son aquellos que describen en su totalidad la conducta, (matar). Toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico. Antes de esa conducta las cosas estaban en un estado diferente al que se hallan después de la conducta. El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta. Porque no hay conducta sin resultado. El legislador al individualizar la conducta se vale a veces del requerimiento de un resultado (por ejemplo dar muerte) pero a veces se limita a describir la conducta, admitiendo que el resultado sea cualquiera con tal que afecte el bien jurídico, (prevaricato).

Existen tipos que solo pueden ser cometidos por una persona, uní subjetivos (el aborto propio), otros pueden ser cometidos por varias personas, (pluri-subjetivos) también existen tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, así aluden a circunstancias de tiempo, (tracción), del lugar (allanamiento), de modo, (ensañamiento). Indispensable es indicar que hay tipos subjetivos que se agotan en el dolo pero existen otros que requieren la concurrencia

entre el aspecto subjetivo (la voluntad) y el objetivo (el resultado), por ello diré que **dolo** es la voluntad realizadora del tipo objetivo, una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado, por ejemplo: el dolo del homicidio es el querer matar a un hombre, el objeto de la conducta es el hombre. También existen clases de dolo: **1.** Dolo directo en primer grado: en éste el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo, ejemplo, el autor quiere matar y mata. **2.** Dolo directo en segundo grado: el autor no quiere una de las consecuencias pero admite como unida la del resultado final, es decir que prevé una consecuencia accesorias, la acepta como necesaria y la incluye en su voluntad; en ambos casos hay voluntad de matar, solo que en el primero se tiene la voluntad de hacerlo; y en segundo se considera una consecuencia unida a la principal de dar muerte. **3.** Dolo eventual: consiste en que el sujeto se representa el resultado como probable de producirse y siempre realiza la acción.

h) La antijuricidad: El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, es decir, que una vez comprobado que el caso de realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal; es la determinación de la antijuricidad, es decir la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

Los puntos de vista dentro de los cuales puede definirse la antijuricidad son:

1. Antijuridicidad formal: es la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico. O dicho en otras palabras, es la contradicción entre una conducta concreta y una norma concreta que el Estado previamente la ha establecida.

2. Antijuridicidad material: es la ofensa al bien jurídico protegido por la norma, es decir que es una acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Estado protege.

3. Antijuridicidad tomando en cuenta la valoración (ello desde el punto de vista positivo), los profesores Aníbal de León Velasco y Francisco de Mata Vela¹⁴, citando a Rodríguez Devesa indican que: “es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el Derecho demanda”.

4. Antijuridicidad tomado en cuenta la valoración (desde el punto de vista negativo), Jorge Palacios Mota¹⁵ sostiene que: “ Es el juicio desvalorativo que el juez penal hace sobre una acción típica, en la medida en que esta lesiona o pone en peligro, sin que exista una causa de justificación, el interés o bien jurídicamente tutelado”. Por lo tanto antijuridicidad en un atributo de un determinado comportamiento humano, además esa conducta humana es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico, y que para que esta conducta humana sea delictiva se requiere que esta encuadre en el tipo penal y que además sea antijurídica.

¹⁴ Aníbal de León Velasco y Francisco de Mata Vela, Derecho Penal Guatemalteco, parte general y parte especial

¹⁵ Jorge Alfonso Palacios Mota. Apuntes de Derecho Penal.

i) La culpabilidad: para la imposición de una pena, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico, es indispensable que junto a estos elementos debe darse una tercera categoría. Esta categoría es la culpabilidad cuya función consiste en acoger aquellos elementos que sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son necesarios para la imposición de una pena. Un hallazgo técnico jurídico de gran importancia es la distinción entre antijuridicidad y la culpabilidad.

Quién actúa jurídicamente sin estar autorizado, realiza la figura del tipo penal y ataca con ello un bien jurídicamente tutelado. Actúa culpablemente quién comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de distinto modo, es decir conforme a derecho. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es por consiguiente indemostrable, queda la posibilidad de entender esa capacidad de un modo vivencial o fenomenológico como resultado de nuestra propia experiencia y observación. Tener la conciencia o sentimiento que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones que nos ofrecen, existe una capacidad de elección y esa capacidad de elección es el presupuesto de la conducta humana y jurídicamente relevante. La culpabilidad es un fenómeno social y no individual. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es pues la sociedad a través del Estado como su representante, producto de las fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable. Es pues la culpabilidad la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

i.1 Elementos de la culpabilidad: para poder determinar la culpabilidad de una persona en un caso concreto es necesario que se den ciertos elementos:

- **La imputabilidad o capacidad de culpabilidad,** que no es otra cosa sino aquellos supuestos que le dan la calidad de ser sujeto de derecho y que se refieren a la madurez psíquica como física para motivarse dentro de la norma penal. Si el sujeto no posee estas facultades suficientes para ser motivado no puede haber culpabilidad.
- **Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido:** solo puede motivarse en la medida que el individuo puede conocer aunque sea a grandes rangos el contenido de las prohibiciones. Pero si el sujeto no sabe que su actuar está prohibido, la norma no le motiva, si bien su actuar es típico y antijurídica no puede atribuírsele a título de culpabilidad.
- **La exigibilidad de un comportamiento distinto:** toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencias, que fuera de ellas no puede exigir alguna responsabilidad. La culpabilidad entonces requiere que el autor del hecho antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas para ser motivado en sus actos por ordenamiento jurídico.

- **La imputabilidad:** Es la capacidad de entender y querer, quien carece de esta capacidad, ya sea porque no tiene madurez suficiente, o bien porque por sufrir alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y como consecuencia no puede ser responsable penalmente de sus actos por más que estos hayan sido típicos y antijurídicos; en la medida en que esta capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no puede hablarse de culpabilidad, De Mata Vela y De León Velasco¹⁶ citando a Carranca y Trujillo, indican que: “Es imputable todo aquel que posee el tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas. Abstractas e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que es apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad”.

j) La punibilidad: Existen dos corrientes sobresalientes en relación al estudio y ubicación de la pena, una considera que la punibilidad es un elemento del delito; la otra considera que es una consecuencia jurídica, de ahí basándose en estas corrientes, algunos la ubican en los elementos del delito y otros la incluyen como una consecuencia.

- **La punibilidad como elemento del delito:** En esta corriente, los que la sostienen afirman que la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito necesariamente tiene que ser sancionada con una pena, tomando en

¹⁶ Aníbal de León Velasco y Francisco de Mata Vela, ob. Cit.

cuenta esta aseveración, la punibilidad resulta ser un elemento esencial del delito. Este es el criterio de Ernesto Beling cuando pretender dar la definición de delito, en la cual destaca que dentro de sus elementos están, la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y que la misma es sancionada con una pena porque llena las condiciones objetivas de punibilidad. Importante es resaltar que para los que sostienen este corriente, que la punibilidad es la característica esencial del delito y que por ende debe aparecer en todas las definiciones.

- **La punibilidad como consecuencia del delito:** dentro de los que sostienen esta criterio se encuentra el tratadista Jorge Palacios Mota, quien considera que la sanción penal es una consecuencia y no como un elemento del delito, a pesar que cuando define el delito incluye las penas y las medidas de seguridad. Por lo tanto se entiende que no hay delito sino en virtud de que una acción haya sido referida a una pena en la ley, pero pena es solo una consecuencia de la concurrencia conjunta de los elementos indispensables para que a una acción corresponda una sanción. La pena debe estar establecida en la ley como consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales para estar en presencia de un delito.

La pena, para los que sostienen este criterio no es el elemento característico que diferencia al delito de cualquier otra acción antijurídica, sino que la tipicidad; es decir que tipicidad es la que reemplaza a la punibilidad en las definiciones en donde se ha eliminado este elemento.

Podemos afirmar entonces que la punibilidad sigue siendo un elemento del delito de carácter positivo, toda vez que en la construcción del mismo no se puede prescindir de la penalidad. Por otro lado no se puede indicar que es el elemento.

1.5 Elementos negativos del delito

La función de los elementos negativos del delito pretende destruir la configuración técnica jurídica del mismo, por lo tanto tienden a eliminar la responsabilidad penal del sujeto acto. La doctrina del Derecho Penal considera que dentro de estos elementos están:

Falta de acción: la ausencia de conducta, se cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integra, en consecuencia, la conducta está ausente evidentemente no habrá delito.

Ausencia de tipo: Cuando no se integran todos los elementos descritos en tipo, se presente el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Por lo tanto la atipicidad, es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, en consecuencia si la conducta no es típica no puede ser delictuosa.

Causas de justificación: Puede suceder que la conducta típica esta en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de

justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, legítimo ejercicio de un derecho).

Causas de Inimputabilidad: Como la imputabilidad es soporte básico y esencial de la culpabilidad, sin aquella no puede existir ésta y sin culpabilidad no puede existir figura del delito. Las causas de inimputabilidad, son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea, el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para delinquir.

Causas de inculpabilidad: la inculpabilidad es ausencia de culpa. Esta consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Excusas absolutorias: Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El Código Penal tiene contemplado en la parte general, las causas de inimputabilidad, de justificación y de inculpabilidad, como causas que eximan de responsabilidad penal.

a) Causas de inimputabilidad: Nuestra ley sustantiva,¹⁷ al referirse a las causas de inimputabilidad indica que dentro de ellas están:

1. Los menores de edad, y

¹⁷ Código Penal, artículo 23.

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

b) Causas de justificación: Indiscutiblemente es necesario para que tengamos frente a nosotros un delito, que se realice un comportamiento humano subsumible en un tipo de conducta en el que se pueda encuadrar en alguna descripción que contenga el Código Penal, la antijuridicidad, tiene carácter negativo, pero si no concurre alguna causa de justificación es antijurídica. El Artículo 24, la enumera de la siguiente manera:

- **Legítima defensa:** Importante es el papel que juega desde el punto individual, el principio de que es lícita toda defensa que resulte necesaria aunque el bien que se lesione sea objetivamente más valioso que el que se defiende. El significado colectivo de la legítima defensa se refiere a que en tanto el agresor niega el derecho, el defensor lo afirma por ello el derecho se inclina a favor del defensor y le permite lesionar al agresor en toda la medida que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el derecho. Es aquí donde se encuentra el fundamento de la legítima defensa que dice que el derecho no tiene porque ceder al injusto, es decir que nadie está obligado a soportar lo injusto. De allí se establece que el fundamento específico de la legítima defensa es el elemento colectivo que se traduce en la afirmación del orden

jurídico. El Código Penal establece que para que se pueda hacer la legítima defensa deben concurrir los siguientes requisitos.

- **Agresión legítima:** se entiende que es aquel acontecimiento físico contrario a Derecho misma que puede ser dolosa o imprudente, esta es la que resulta ser el elemento generador de la legítima defensa. La legítima defensa no puede ser aplicada en el estado de necesidad tampoco en el caso fortuito, tal agresión debe ser actual e inminente ya que la misma supone un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido, es decir que no se haya convertido en una lesión consumada y agotada del bien que se pretende defender, por que debe entenderse que falta la agresión cuando la víctima ha sido ya objeto de la lesión y que ya no se puede evitar, porque de lo contrario ya sería una venganza.

- **Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla:** De este párrafo se entiende que debe existir una necesidad de defenderse en alguna forma. (necesidad abstracta,) como una necesidad del medio defensivo, (necesidad concreta). Si no existe tal necesidad de defenderse no puede invocarse la causa de justificación. Porque si hay exceso en defensa utilizada ya no será aplicable tal causa si no que una circunstancia atenuante. Importante es indicar lo establecido en ley en relación a que la necesidad de defenderse ha de ser racional o una necesidad que haría que cualquier persona de las características del autor colocada en una situación en el momento de defenderse, tuviese que actuar en forma igual.

- **Falta de provocación suficiente por parte del defensor:** en este supuesto, debe haber una provocación suficiente para la agresión, es decir que debe faltar provocación adecuada a la reacción mediante la agresión. Cuando el autor cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa se da la Legítima defensa putativa. Ejemplo: cuando una persona cree después de una discusión que lo persiguen para agredirlo, el autor se anticipa y se defiende y ataca el primero, pero resulta que la persona no es la que él pensaba. Indica la ley ¹⁸ que la falta de provocación suficiente “no es necesaria cuando la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación”. Es decir que aquí puede actuar sin que haya provocación.

c) Estado de necesidad: este requisito opera “cuando se haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otras de un peligro, no causado por el voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.” Quiere decir que estos intereses solo pueden conjugarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no den lugar a otra causa de justificación. Dentro de los elementos del estado de necesidad se encuentran;

- Estado de necesidad: quiere decir que este estado de peligro actual para legítimos intereses solo puede conjugarse mediante lesión de intereses legítimos.

¹⁸ Código Penal Guatemalteco.

- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar aquí se pone en juego el principio de proporcionalidad, que pone límite al estado de necesidad.
- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto: quiere decir que es sujeto que cometió el acto delictivo no tuvo la intención de hacerlo pero la situación de evitar otro de mayor gravedad lo obligo a realizarlo.
- Que no se debe tener el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse, tal es el caso del bombero y el capitán del barco.

d) Legítimo ejercicio de un derecho: Esta causa de justificación se refiere al legítimo ejercicio del cargo que tiene el sujeto, de la profesión, de la autoridad o de la ayuda que se preste a la justicia. Dentro de ellos están:

a) Legítimo ejercicio del cargo público que se desempeñe: Estos cargos públicos en general adoptan medidas coactivas y lesivas de bienes jurídicos, tales como la detención, la prisión, la condena y todas aquellas sanciones derivadas del derecho penal.

b) Legítimo ejercicio de un derecho proveniente de la profesión: Existen algunas profesiones que suponen la realización de actos previstos en tipos delictivos. (Intervenciones quirúrgicas realizadas por los médicos, otros que afectan el honor de alguna persona).

c) Legítimo ejercicio de un derecho procedente de la autoridad que se ejerce: Cuyo objeto es enfatizar que si la ley concede ciertos derechos, eso no significa que puedan realizarse de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídicos penales. Esta referencia a la autoridad que se ejerce se encuentra relacionada en cuanto al derecho de corrección de los padres respecto de sus hijos, pero tal derecho y deber de corrección no implica la lesión de bienes jurídicos de superior entidad como la integridad física, lo mismo puede decirse de la autoridad que los maestros ejercen, la misma debe ser coherente con la adecuación social de la represión que utilizan para las infracciones por parte de los niños.

e) Causas de inculpabilidad: En estos casos el elemento subjetivo, que es la voluntad no existe, están contempladas en el Artículo 25 del Código Penal.

a. Miedo invencible: para que exista jurídicamente la comisión de acto delictivo y que este pueda ser imputado a determinado sujeto, es indispensable que el sujeto actúe libre y voluntariamente en la ejecución del mismo, esto no sucede cuando el sujeto activo actúa con miedo que le es invencible, aquí le esta coartada la libre voluntad de actuar. Es decir que se trata la Vis compulsiva, siendo este un tipo de violencia psicológica o moral que influye directamente en el ánimo del sujeto que se ve amenazado de sufrir un daño igual o mayor al que se pretende que se cause.

b. Fuerza exterior: Vis absoluta: se trata de un tipo de violencia física o material que se torna en irresistible ejercida directamente sobre la humanidad del sujeto activo y

como consecuencia se anula total y absolutamente su voluntad de acción y si actúa lo hace como un autómatas, porque la fuerza que ejerce el tercero lo hace obrar como un mero instrumento, porque no solo está privado de su libertad, sino en contra de ella. Por lo tanto si el sujeto activo comete el delito, existe falta de acción por parte de él, actuando de esa manera, está exento de responsabilidad penal.

c. Error: para nuestra ley penal, el error es un eximente de responsabilidad penal por causa de inculpabilidad, y que la doctrina le llama "legítima defensa putativa", que es un error de hecho o un error de acto. Consiste en que el sujeto activo rechaza una supuesta agresión contra su persona, al creerse verdaderamente atacada, pero que la misma existió en la mente del sujeto. La ley también exige que la reacción del sujeto activo sea en proporción al riesgo supuesto.

d. Obediencia debida: esta obediencia será considerada debida si existen dentro de ella las características siguientes: **1)** Que exista subordinación entre quien ordena y quien ejecuta el acto, **2)** Que la orden que se va a ejecutar haya sido dictada dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite y esté dentro de las formalidades de la ley, **3)** Que la ilegalidad de la orden dada no sea manifiesta. Se ha preceptuado la obediencia debida como un actuar en cumplimiento de un deber jurídicamente fundado de obediencia a otra persona. Esta eximente de responsabilidad opera para el sujeto activo, si de la conducta del sujeto activo que actúa en una legítima obediencia debida apareciera la comisión de un hecho delictivo, consecuentemente la responsabilidad será para quien ordenó el acto. También es importante indicar que no son obligatorios

aquellas órdenes que a pesar de ser de la competencia del que los ordena y estando revestidos de las formalidades legales constituyan una infracción clara, manifiesta y terminante por la ley.

e. Omisión justificada: en la omisión se infringe un deber jurídico de actuar, pero cuando el sujeto se encuentra materialmente imposibilitado para actuar, queda exento de responsabilidad penal por una causa de inculpabilidad., pero la causa deber ser legítima e insuperable y que le impida poder actuar en el momento mismo.

f. Otras eximentes de responsabilidad penal: El Código Penal, contempla otra eximentes tales como:

a. Caso fortuito: este es un acontecimiento que para el sujeto activo es imposible de evitar, es decir que debe de identificarse con mero accidente, donde la responsabilidad penal no es imputable a nadie, porque el sujeto actuaba legalmente y a pesar de haber puesto la debida diligencia se produjo un resultado dañoso. Al no haber existido dolo ni culpa en la conducta del sujeto, debe eximírsele de responsabilidad penal. (el piloto que sufre un paro cardíaco y provoca la muerte de algunas personas).

b. Excusas absolutorias. El Código Penal contempla las excusas absolutorias como eximentes de responsabilidad penal en aquellos casos de parentesco y por razones de política criminal del Estado. Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse

integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. Dicho en otras palabras son las que dejan impune una conducta típica, antijurídica y culpable, ya que se prefirió aplicar medidas de política criminal.

El ordenamiento penal, contiene entre otras las siguientes: el aborto terapéutico, Artículo 137, este no es punible por razones de índole científica con fin de evitar un peligro que puede sucederle a la madre Artículo 139, la tentativa de la mujer para causar su propio aborto, ello por razones de maternidad consciente. Artículo 172, aquí opera el perdón del ofendido, en los casos de delito contra el honor. Artículo 200, eximía de responsabilidad penal, en los delitos de violación, abusos deshonestos estupro y raptó al agresor, cuando el ofensor se unía en matrimonio con la víctima. Pero el mismo fue declarado inconstitucional según expediente 2818-2006 el 15/06/2006. Artículo 280, estos es por razones de copropiedad e intriga familiar, aquí están exentos de responsabilidad penal los parientes en los delitos contra el patrimonio así como los daños que de manera recíproca se causaren. Artículo 476, Están exentos de pena quienes comentan el delito de encubrimiento en contra de sus parientes dentro de los grados de ley, cónyuge , concubinario o persona unida de hecho, salvo que se hayan aprovechado o ayudado al descendiente a aprovecharse de los efectos del delito. Aquí es por razones de parentesco y utilidad social.

CAPÍTULO II

2. Teoría de género

Es el estudio de las diferencias sociales, culturales entre masculinidades y femineidades en los diversos ámbitos de la vida, la sociedad, familia etc. Analizado cómo una diferencia entre sexos que pueden obedecer a razones biológicas o atributos sociales.

2.1 Género y sexo

En la literal anterior se examinaron las diferencias y desigualdades que existen entre hombres y mujeres en Guatemala en diversos ámbitos de la vida: la familia, el trabajo, la educación, etc. Sobre esta situación es preciso analizar cuál es su origen y su esencia: ¿Se trata de características naturales, con las que nacen los hombres y las mujeres? o, ¿Se trata de procesos sociales de asignación de papeles y tareas?

2.2 Origen de la categoría género

La identidad de una persona se encuentra conformada por diversas variables: no es lo mismo ser niño/a o adulto/a, ser cristiano/a o budista, ser de un partido político de derecha o de uno de izquierda, ser mestizo/a o ser maya, ser rico/a o ser pobre, ser obrero/a o ser profesional, ser hombre o ser mujer. Todas estas variables definen la forma en que una persona se comporta, cómo piensa, cómo actúa y el lugar que ocupa

en la sociedad. En el caso de las diferencias entre hombres y mujeres, éstas han sido estudiadas para responder a las preguntas planteadas, es decir, si obedecen a aspectos naturales o si son producto de una construcción social, en este último caso se habla de género como la categoría que explica las diferencias sociales entre lo masculino y lo femenino. La primera científica en investigar si existía una correlación natural entre el sexo y la personalidad y si lo masculino está ligado a la agresividad y lo femenino a la suavidad, fue la antropóloga estadounidense Margareth Mead, quien en 1935 realizó una investigación en Nueva Guinea. En esta investigación concluyó que la personalidad atribuida a cada uno de los sexos, se relaciona con el énfasis que se le asigna en determinadas culturas.

En su obra *Sexo y Temperamento*, describe cómo en diferentes culturas existen distintas ideas y criterios para asignar las tareas o trabajos. Por ejemplo, advirtió que la pesca en algunas comunidades era una actividad masculina, en otras femenina y en algunas resultaba indiferente. De ahí concluía que la capacidad para una determinada tarea, no era producida originalmente por la naturaleza de los sexos, sino por la cultura, que simboliza las actividades como masculinas o femeninas¹⁹. Por su parte el doctor y psiquiatra Robert Stoller, hizo importantes aportes con sus investigaciones. Uno de sus estudios más famosos fue el de los gemelos idénticos (1968). Debido a un accidente en el momento de efectuarle la circuncisión a uno de ellos, le amputaron el órgano sexual. Los médicos y la familia consideraron que dadas las circunstancias, era preferible socializarlo como niña a que viviera su vida como un varón sin órgano sexual

¹⁹ Mead, Margareth; *Sexo y temperamento*

masculino. Fue así como esta persona creció con la identidad sexual de una niña, mientras su hermano gemelo vivía como niño”²⁰. Estos casos y otros muchos, hicieron suponer a las personas de la ciencia que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado o socializada desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo”²¹.

Hasta aquí, se había indagado en la naturaleza de las diferencias entre varones y mujeres, pero no se explicaba por qué estas diferencias se convierten en desigualdad o en exclusión. Fue el movimiento de mujeres de los años setenta, el que centró su estudio en la sociedad como generadora de la subordinación de las mujeres. La idea era examinar una sociedad determinada en cierto momento histórico y revisar todos los ámbitos y niveles de relacionamiento entre mujer-mujer; varón-varón y mujer-varón, partiendo de la idea que la subordinación es producto de determinadas formas de organización y funcionamiento de las sociedades.

2.3 Sexo y género

De estas investigaciones se creó el concepto de género como categoría en las ciencias sociales, que se utiliza para explicar la diferencia entre el sexo anatómico y fisiológico abordado por las ciencias biológicas y el género como el sexo socialmente construido.

²⁰ Sobre el origen del concepto de género; cfr. Alda Facio; *Género e igualdad jurídica entre los sexos*. San José, 1997.

²¹ En este sentido, Teresita de Barbieri; *Sobre la categoría género, una introducción teórica metodológica*; Santiago de Chile; Editorial Fin de Siglo; 1995.

En cuanto a la categoría *sexo*, éste “se refiere a las características biológicas que definen a un ser humano como hombre o mujer. Los conjuntos de características biológicas no son mutuamente excluyentes, ya que existen personas que poseen ambos, pero estas características tienden a diferenciar a los humanos como hombres y mujeres”. Generalmente se dice que una persona es de uno u otro sexo de conformidad con la forma y funciones de sus órganos sexuales. Se nace hembra o varón aquí y en cualquier otro lugar del planeta, hoy, en el pasado y en el futuro”²².

Género se refiere a la gama de roles, relaciones, características de la personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia, socialmente construidos, que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada. Mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas y anatómicas, el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente, intra e interculturalmente. El género es relacional ya que no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, sino también a las relaciones entre ambos”²³.

Por lo tanto, cuando se habla de género se hace referencia a una cualidad histórica construida no sólo para mujeres sino también para hombres, es decir, ser mujeres o ser hombres es ser genéricamente definidos, y en este sentido el concepto género abarca a todos y todas.

²² Rosalía Camacho Granado *et al.*; *Caminando hacia la igualdad*; Pág. 56.

²³ *Ibíd.*

De esta manera, la categoría de género es una herramienta de análisis social que permite identificar y examinar las diferencias entre hombres y mujeres modeladas en la vida social, es decir, facilita observar las desigualdades existentes a partir del sexo de las personas y cómo se manifiestan en cualquier espacio social, desde las relaciones más complejas como la representación política, hasta los juegos infantiles asignados a cada uno de los sexos.

Por otra parte, al entender que las diferencias entre hombres y mujeres no sólo responden a diferencias físicas o biológicas (inmutables), sino también a designaciones sociales, se llega a comprender que éstas pueden ser transformadas. En palabras de Rosalía Camacho: “El punto de partida del sistema sexo-género es que el sexo es determinado biológicamente y el género es construido social, cultural e históricamente. Esta separación conceptual permitió, sobre todo, reconocer que ser hombre o ser mujer, más allá de las diferencias anatómicas, constituye una construcción social y no una condición natural y, al ser una construcción social, tiene implícita la posibilidad de cambio”²⁴. El proceso mediante el cual se aprenden los papeles propios a desempeñar por cada género, se llama “proceso de socialización”. La familia, la escuela, los medios de comunicación, el lenguaje, los símbolos y mitos, el sistema jurídico-político, la división del trabajo, las instituciones, las doctrinas, cumplen su función socializadora tanto en los procesos educativos, como en la organización y regulación de las relaciones de género. Existe un proceso de socialización femenino y uno masculino y ambos tienen consecuencias negativas para los hombres y para las mujeres. Por

²⁴ Rosalía Camacho; La maternidad como institución del patriarcado:

ejemplo: a las mujeres se les enseña a ser dependientes, inseguras, a reprimir la ira; los varones aprenden a ser violentos, a ocultar sus sentimientos, a ser valientes. Los procesos de socialización son tan fuertes, que incluso hacen que lo social se considere *natural*, y como ya se mencionó se atribuye a lo natural las características de inmutable y determinante.

Sin embargo, “los niños no nacen con una predisposición a la violencia como tampoco nacen con una pistola en su mano; ni las niñas nacen con una predisposición a las tareas hogareñas como tampoco nacen con una escoba debajo del brazo; pero sí es cierto que el aprendizaje de los roles empieza desde el día que nacemos, cuando se nos viste de uno u otro color, se nos trata de una u otra manera o se valora el mismo comportamiento de distinta manera si se es un niño o una niña”²⁵. Por esto es importante diferenciar cuáles son aquellos atributos que responden al sexo y en consecuencia son inalterables, por ejemplo: la posibilidad que poseen las mujeres de tener hijos, y cuáles al género y por tanto son susceptibles de ser transformados. Como señala Camacho: “Entender que estos roles y características que nos identifican son susceptibles de ser cambiados, refuerza nuestra esperanza de cambiar la posición de subordinación y discriminación que ocupan las mujeres y así poder construir una sociedad realmente justa y humana”²⁶

²⁵ San José, Costa Rica; UNA-UCR; 1996; Pág. 33.

²⁶ Martín, Ligia (Coord.); El hostigamiento sexual es una forma de violencia. Denúncielo. Módulo de capacitación para el abordaje del hostigamiento sexual desde la perspectiva de género; San José, Costa Rica; Defensoría de los Habitantes de la República, Defensoría de la Mujer; 1996; Pág. 23.

2.4 Teoría de género y perspectiva de género

En la exposición que se ha hecho, se ha descrito las enormes desigualdades entre varones y mujeres se ha analizado cómo las diferencias entre sexos pueden obedecer a razones biológicas o a atributos sociales. Sin embargo, no se ha analizado como las diferencias, devienen en desigualdades: ¿Por qué tienen un mayor valor en la sociedad los atributos que se le asignan a los varones? ¿Por qué los trabajos que se destinan a las mujeres son mal remunerados? ¿Por qué las mujeres no acceden a puestos de decisión dentro del gobierno? ¿Por qué algunas familias al elegir entre la escolaridad del varón o de la mujer, optan por el niño? Como señala Ana Elena Obando: “Las diferencias entre hombres y mujeres, en sí mismas, no son el problema, sino que el problema consiste en cómo se construyen desigualmente esas diferencias y cómo las cualidades, características, valores y actividades de las mujeres están sistemáticamente subordinadas a los hombres”²⁷. Estas preguntas, únicamente pueden responderse si el género se analiza enmarcado en un *sistema de poder*. El poder es entendido como un atributo de las relaciones humanas, por tanto, podemos ver sus expresiones en la familia, en los procesos organizativos, comunitarios, en las instituciones sociales como la escuela y la iglesia, etc. Su ejercicio se expresa frecuentemente en la diferenciación social, cultural, económica o política de los sujetos sociales y, por supuesto, también dentro de los sistemas de géneros”²⁸. En palabras de Marcela Lagarde: “El poder como hecho positivo es la capacidad de decidir sobre la

²⁷ Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia; Op. cit.

²⁸ Cfr. Kenia Herrera; *Manual Justicia Penal y Género*; Guatemala; ICCPG; 2004; Pág. 15.

propia vida, como tal, es un hecho que trasciende al individuo y se plasma en los sujetos y en los espacios sociales: ahí se materializa como afirmación, como satisfacción de necesidades, y como consecuencia de objetivos. Pero el poder consiste también en la capacidad de decidir sobre la vida del otro, en la intervención con hechos que obligan, circunscriben, prohíben o impiden. Quien ejerce el poder se arroga el derecho al castigo y a conculcar bienes materiales y simbólicos. Desde esa posición domina, enjuicia y perdona. Al hacerlo, acumula y reproduce poder²⁹. En consecuencia, cuando se habla de relaciones de poder dentro de los sistemas de género, se refiere a una relación de dominio (no necesariamente absoluto) que significa la capacidad del hombre (por el solo hecho de pertenecer a este género) de controlar y decidir en múltiples formas, sobre la vida de las mujeres³⁰.

Esto no significa que las mujeres carezcan absolutamente de poder, aun dentro de su subordinación, las mujeres poseen ciertos poderes que ejercen sobre las personas que dependen de ellas, como los niños. Se trata de poderes subordinados y de hecho delegados, es decir, pueden ejercer el poder porque existe el padre que lo otorgó. Estos poderes interactúan, se conjugan, se confrontan, se suman o se restan, no obstante, ya existe una jerarquía en la que de antemano está decidido socialmente, que el género masculino tiene el mayor poder fueron los aportes de la teoría de género los que entendieron los sistemas de género como sistemas de poder. La *teoría de género* se refiere al conjunto de conocimientos, categorías, hipótesis, interpretaciones,

²⁹ Marcela Lagarde; *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*; México; 1990; Pág. 46.

³⁰ *Ibíd.*

valores y prácticas relativos a los fenómenos históricos construidos en torno al sexo. Esta teoría permite analizar a los hombres y mujeres no como seres inmutables, sino como sujetos históricos, construidos socialmente. Asimismo, esta teoría hace énfasis en la necesidad de contextualizar todo análisis que se realice en torno a los sistemas de poder de género con otros sistemas de poder existentes, por ejemplo, en Guatemala existen los sistemas de poder de clase y etnia, entre otros. En este sentido, Teresita de Barbieri manifiesta:

“El género es una forma de desigualdad social, de las distancias y jerarquías que si bien tienen una dinámica propia, está articulado con otras formas de la desigualdad, las distancias y las jerarquías sociales (...) En América Latina y en general en sociedades plurales desde el punto de vista racial, es necesario dar cuenta del contexto étnico-cultural, bajo el supuesto que los géneros se construyan de manera distinta en cada uno de ellos”³¹. Por su parte, la *perspectiva de género* es una herramienta que permite visualizar los distintos mecanismos, formas y efectos de la construcción social de los géneros –masculino y femenino– poniendo en el centro del análisis las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Esta herramienta tiene como propósito develar las desigualdades que se derivan de estas relaciones y señalar los caminos para que las mismas sean modificadas. En palabras de Andrea Díez: “Es una herramienta política y académica para hacer visible cómo actúan los modelos sexuales polares y binarios (femenino/ masculino) y cómo se producen, instalan y renuevan las jerarquías de

³¹ Teresita de Barbieri; *Sobre la categoría de género, una introducción teórico-metodológica*; Brasil; 1991; Págs.; 120-124.

género. Asimismo, permite relevar el impacto específico de género en las normas, reglas, estructuras y procedimientos”³².

2.5 Género y derecho

El derecho, como las demás instituciones sociales, no es ajeno a las desigualdades de género, ya que las normas se elaboran desde el poder y el derecho es formulado, interpretado y aplicado por personas, cuyas ideologías y conductas responden a un contexto determinado. El derecho es influido así por las distintas jerarquías en que se encuentra estructurado el sistema de género en una sociedad y a su vez influye y reproduce este sistema. Como señala Correas: “Dentro de la doctrina de la sociología del Derecho, se ha ido generalizando la idea de que el Derecho no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El Derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades sociales”³³. De esta manera, las categorías que establece el Derecho para distinguir entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y, en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad. Los contenidos de las normas pueden influir en el contenido de las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el Derecho induce a

³² Andrea Díez; *¿Qué significa incorporar la perspectiva de género en investigaciones de las ciencias sociales?*; Guatemala; ICCPG; 2005; en prensa.

³³ Correas; citado por Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia.

determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que pueden terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurren en ellas”³⁴. Desde la perspectiva de género se han realizado diversas críticas a la actual situación del sistema de justicia. Éstas van desde la subrepresentación de las mujeres en los órganos encargados de elaborar y aplicar las leyes hasta la existencia de normas que consagran y profundizan las desigualdades. De esta manera, los cuestionamientos al derecho que se realizan desde la teoría de género pueden agruparse en dos grandes categorías:

1. La forma en que se interpretan y aplican las normas y,
2. El contenido de las normas jurídicas.

a. La forma en que se interpretan y aplican las normas: En cuanto a quién aplica las normas, en Guatemala la mayoría de funcionarios de justicia son varones: en el Instituto de la Defensa Pública Penal, 37% mujeres son defensoras; en el Organismo Judicial, 27.5% de las funcionarias son mujeres; en la Policía Nacional Civil, 20% de las agentes son mujeres (la mayoría en puestos administrativos) y en el Ministerio Público no se cuenta con datos.

³⁴ Rivera; citado por Ana Elena Obando; Diseño metodológico con enfoque de género para la planificación y ejecución del Programa de capacitación para la administración de justicia.

Además de la desigualdad que conlleva que las mujeres no se encuentren proporcionalmente representadas en estas instancias, la preponderancia de hombres en la administración de justicia causa un sesgo de género en la aplicación de la ley. Son de conocimiento común algunas de las respuestas de funcionarios de justicia frente a la violencia doméstica: siga con su marido si es bueno o es mejor para sus hijos que usted permanezca en su hogar.

Sin embargo, y a pesar de que una mayor presencia de mujeres sin duda redundaría en una aplicación de la justicia más sensible a sus problemas, esto no sería suficiente, ya que tanto varones como mujeres, al aplicar las normas jurídicas, reflejan prejuicios y estereotipos.

Por ejemplo, la Constitución establece en el artículo 4 que en Guatemala, los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y el Código Procesal Penal, en el Artículo 21 determina: “Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”. A pesar de la claridad de este principio: igualdad y no discriminación, es posible que las personas funcionarias de justicia reaccionen de una manera distinta si los intereses en juego pueden afectar las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por ejemplo: en un caso de lesiones, si la misma ocurre entre desconocidos, lo más probable es que se le dé trámite a la denuncia; por el contrario, si el autor del delito es el esposo es posible que la causa se desestime. Habrá funcionarios/as que justifiquen esta omisión, argumentando que se trata de un problema privado o simplemente porque la lesión se

produjo a causa de una pelea familiar. Como se distingue en el ejemplo anterior, el principio de igualdad establecido en la Constitución, puede ser vulnerado debido a la interpretación diferenciada que se hace de los hechos, a partir de las valoraciones particulares de cada funcionario/a. Muchas de las deficiencias observadas en las prácticas judiciales responden a la creencia de que la interpretación de las leyes es una tarea técnica y absolutamente *objetiva* o aséptica, sin tomar en cuenta que la interpretación implica: valoración, elección, decisión y, que quienes interpretan son personas con valores ideológicos y culturales que influyen en el proceso de interpretación y aplicación de las normas. Incluso, la filosofía del derecho contemporáneo reconoce que el empleo de los llamados “Métodos de interpretación” presuponen posturas valorativas”³⁵.

Esta situación se ha documentado en diversas investigaciones. Así lo señala un estudio reciente elaborado por el Instituto de Estudios Comparado en Ciencias Penales y Sociales de Argentina: “No obstante, los criterios subjetivos de los juzgadores inciden en la valoración que se haga de estos (se refiere a los medios de prueba), los cuales en ocasiones se describen con argumentos fuera de lugar. Esta es la situación del caso No. 1 (C-24-2003) referente al delito de Abusos Deshonestos Agravados que le dan valor probatorio a la declaración de la víctima (una mujer de 16 años), por la razón siguiente: porque *fue evidente en su tierno rostro que refleja esa inocencia por su corta edad, que está diciendo la verdad*. Nos preguntamos cuáles serían los criterios para dar valor probatorio a la declaración de una mujer mayor, que no posea un “tierno

³⁵ Kenia Herrera; *Manual justicia penal y género...*

rostro” y no digamos en el caso de una mujer prostituta que llegara a denunciar una violación”. En el caso de las mujeres, la aplicación de los pretendidos criterios objetivos es igual a decir que se les valora con criterios masculinos³⁶, produciendo inmediatamente una acción discriminatoria y, a su vez, la violación a sus derechos humanos. En este orden de ideas, a continuación se describen algunos de los sesgos de género que pueden influir en los funcionarios y funcionarias de justicia al interpretar el derecho:

Concepto	Definición	Ejemplo
Androcentrismo	El androcentrismo se produce cuando un estudio, un análisis o investigación se enfoca únicamente desde la perspectiva masculina, presentándola como central a la experiencia humana y por ende como la única relevante	El derecho utiliza un lenguaje que no incluye a las mujeres o las invisibiliza.
Sobregeneralización	Se produce cuando en un estudio, teoría o texto se analiza la conducta del sexo masculino y se presentan los resultados como válidos para ambos sexos	La disciplina penitenciaria es igual para ambos sexos, cuando solamente se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los géneros – hombre o mujer-.

³⁶ Recordemos que los sistemas normativos son formulados en su mayoría por hombres, por lo tanto existe un alto grado de probabilidades de que responderán a intereses masculinos.

<p>Insensibilidad al Género</p>	<p>Se presenta cuando se ignora la variable género como una variable socialmente importante y válida. No se toman en cuenta los distintos lugares que ocupan los hombres y mujeres en la estructura social, ni el mayor o menor poder que detentan.</p>	<p>Para la aplicación de una medida de coerción no se toman en cuenta las circunstancias de la mujer: madre de varios hijos, soltera, bajos recursos económicos, la única que genera ingresos familiares, etc.</p>
<p>Doble parámetro</p>	<p>Es similar a lo que conocemos como doble moral. Se da cuando la misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo.</p>	<p>Como se cataloga la actividad realizada por sexo servidoras y no se juzga a los hombres que contratan sus servicios.</p>
<p>Deber ser para cada sexo</p>	<p>Consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro.</p>	<p>A las mujeres privadas de libertad se les enseña: cocina, costura, manualidades, lo que no resuelve su estado de vulnerabilidad y no aporta a su autonomía</p>

		económica y personal
Familismo	Consiste en la identificación de la mujer persona humana con mujer familia, o sea el hablar de las mujeres y relacionarlas siempre con la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y por ende sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta.	La mujer no necesita educación, porque su actividad se centra en mantener el núcleo familiar.
Sexismo ³⁷	Es la creencia fundamentada en una serie de mitos y justificaciones que declara la superioridad del sexo masculino	Algunas personas consideran que es natural que exista mayor número de magistrados varones en la Corte Suprema de Justicia, que magistradas mujeres dada la “natural” inteligencia de los varones.

³⁷ La tabla que se presenta a continuación se basó en Rosalía Camacho Granado, *et al. Caminando hacia la Igualdad*. Op. cit. Pág. 71 y ss.

Si se examina el derecho penal, es posible encontrar muchos de estos sesgos: El androcentrismo del sistema penal, se manifiesta entre otras cosas, en la actual regulación de la legítima defensa que se refiere a un varón que se defiende, él o a su familia, del ataque de un desconocido, no reconoce que podrían existir situaciones de legítima defensa, entre miembros de una misma familia, en una situación de violencia doméstica. En cuanto al *deber ser de cada sexo*, existe una especie de tolerancia o comprensión frente a los varones que matan a sus parejas por encontrarlas siendo infieles. Incluso el derecho recoge esta figura en el “Homicidio en Estado de emoción violenta”. Por el contrario, si una mujer da muerte a su marido, incluso en medio de una situación de violencia intrafamiliar, se tiende a considerar que ella tiene responsabilidad, porque está transgrediendo su rol social de mujer dócil y sumisa, es decir, en nuestro contexto la violencia contra las mujeres es un hecho cotidiano y hasta “*normal*”, pero no lo es que una mujer defienda su vida e integridad física, o las de sus hijos e hijas.

Una sentencia dictada en un caso de parricidio, nos ejemplifica esta grave situación en donde la sindicada estuvo detenida durante año y medio: “...la acusación es tan superficial y arbitraria que el tribunal no se explica cómo el ente acusador se atrevió a formular acusación por delitos tan serios sin contar al menos con un mínimo de probabilidad de participación en el hecho antijurídico que se le atribuye a la sindicada. Lo más lamentable es que el juez contralor avaló el pésimo proceder fiscal. Cuando lo

correcto hubiese sido sobreseer a favor de la sindicada en la fase intermedia.”³⁸ En relación con el *doble parámetro*, un elevado porcentaje de las mujeres detenidas es por faltas. En realidad se trata de mujeres trabajadoras del sexo que son detenidas en redadas. Esto a pesar de que no es un delito ejercer la prostitución. Por el contrario, en el caso de los varones, prácticamente no existen procesos por rufianería y en ningún caso se ha detenido a un hombre por solicitar los servicios de una mujer sexo servidora. Por lo tanto, las prácticas judiciales en Guatemala mantienen relaciones discriminatorias de género que nacen fundamentalmente de los roles asignados socialmente a los sexos y la división del mundo en privado y público. Por lo que debe ser un reto personal detectar estas desigualdades para intentar superarlas”³⁹.

Afirmar que el derecho tiene género significa: Que existen normas que refuerzan la discriminación contra las mujeres. Que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres, las cuales pueden observarse en la metodología de análisis e interpretación jurídica y en el esquema de valoración personal de quien está a cargo de aplicar el derecho.

b. El contenido de las normas jurídicas: Las críticas en relación con el contenido de las normas jurídicas se refieren a tres aspectos:

Los problemas que no han sido regulados desde el derecho, es decir, las ausencias en la regulación; las normas cuyo contenido supone una discriminación en contra de las

³⁸ Este ejemplo se refiere a un caso de parricidio donde la sindicada es una mujer indígena; Kenia Herrera; Manual de justicia penal y género; Guatemala; ICCPG; 2004

³⁹ *Ibíd.*

mujeres; y el contenido de los principios generales del derecho. En cuanto a las primeras, en la selección de los problemas en los cuales el derecho desea intervenir, existen claramente sesgos de género. En la realidad social se realiza una serie de comportamientos socialmente dañinos, que tienen generalmente como víctimas a las mujeres y que no han sido recogidos por el derecho penal. Así, por ejemplo, la violencia intrafamiliar y el hostigamiento sexual. A pesar de la gravedad de estas conductas y el enorme daño social que causan, todavía no han sido reguladas como delitos.

En relación con las segundas, existe una diversidad de normas jurídicas que suponen una discriminación en contra de las mujeres. Algunas de ellas ya han sido declaradas inconstitucionales en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, las normas del derecho civil, que señalaban que el marido podría oponerse a que la mujer trabajara; o en el ámbito penal, la norma que permitía el casamiento del autor de un delito de violación con la víctima para evitar la persecución penal. Finalmente, existen principios generales del derecho que, si son aplicados de una forma neutral, pueden suponer la consagración de una situación de discriminación.

Este es el caso del principio de igualdad, que por su particular importancia se aborda en el próximo apartado.

2.6 Principio de igualdad

La igualdad de las personas es un derecho reconocido en las primeras declaraciones formales de los derechos humanos, como la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia de 1776, o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En las declaraciones contemporáneas ocupa un lugar central la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuyo reconocimiento es generalizado, tanto en varios otros documentos internacionales (sean convenciones y/o meras declaraciones), como en el derecho interno. Así, el Artículo 4to. de la Constitución Política de la República de Guatemala, señala: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.” Hoy en día, el derecho a la igualdad expresa el reconocimiento previo del principio de la dignidad humana, constitutivo de los Derechos Humanos: todas las personas son iguales, y son igualmente sujetas de derecho, pues todas ellas están dotadas de una misma dignidad. Y si tienen igual dignidad, deben tener igualdad de derechos. A este respecto se refiere el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Sin embargo, es necesario señalar que la norma constitucional persigue que la ley depare a todas las personas el mismo tratamiento y sean establecidos criterios legales para que las autoridades no actúen arbitrariamente. Pero no tiene el propósito de que todas las

personas sean iguales en la realidad, puesto que por razones obvias es imposible, sobre todo en contextos tan complejos como el nuestro, donde existen grandes desigualdades a todo nivel –social, económico, étnico, ínter genéricas, etc., y por lo tanto, el tratamiento igualitario de lo desigual, representa grave violación de la equidad y atenta contra la dignidad y demás derechos humanos de las personas”⁴⁰. Además, se debe tener claro que la igualdad no es una cualidad de las personas, sino una forma de apreciar sus relaciones con la sociedad y con otros ciudadanos/as, de ahí el reconocimiento constitucional de igualdad frente a las oportunidades y responsabilidades”⁴¹. Como señala Bobbio: “La regla de justicia no dice cuál es el tratamiento mejor, sino que se limita a requerir la aplicación igual de un determinado tratamiento (...) y por eso cuando se habla de igualdad debe aclararse en primer término a quiénes se trata de igualar y con respecto a qué.”⁴² En derecho, la igualdad, como concepto genérico y como valor intrínseco de las personas, debe ser entonces entendido integralmente y de esta manera encierra dos grandes categorías: Estas son, en síntesis, las siguientes:

a. La igualdad formal: Esta se traduce en el derecho a la *igualdad ante la ley*, lo cual supone que las normas jurídicas respectivas reconocen el principio de no discriminación, tal y como se contempla genéricamente en las normas jurídicas universales. a) La igualdad ante la ley debe expresarse y ser respetada por todas las autoridades que crean o implementan derecho. Para el poder judicial ello implica lo

⁴⁰ Kenia Herrera; *Manual de justicia penal y género*; Op. cit.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Norberto Bobbio; *Igualdad y libertad*; Barcelona; Paidós; 1993; Págs. 54 y

siguiente: b) La obligación de respetar el principio de legalidad. c) La imposición a los jueces y tribunales del deber de observancia de la imparcialidad, evitando incurrir en fallos que supongan abuso de poder, desviación de poder o arbitrariedad. d) La prohibición de incurrir en formas de trato desigual que no estén autorizadas por la ley”⁴³. Estas derivaciones del principio de igualdad, sin duda constituyen una expresión del Estado de derecho y significaron un avance para la limitación del ejercicio arbitrario del poder. Sin embargo, actualmente la igualdad formal no basta y su aplicación ciega puede consagrar situaciones de desigualdad. Por ejemplo, si un juez estableciera la cantidad invariable de un millón de quetzales para otorgar una caución económica, argumentando que la ley debe ser aplicada por igual a todas las personas y no atendiera el tipo de delito, la capacidad económica del sindicado, entre otros criterios, estaría discriminando y consecuentemente perjudicando a las personas de escasos recursos. La igualdad ante la ley y la igualdad derivada de la asignación de derechos no ha sido suficiente “...para hacer accesibles a los que socialmente están en desventaja, las oportunidades de que disponen los individuos socialmente privilegiados... La igualdad desde el punto de vista de la distribución de los recursos, beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad, continúa siendo, más que una realidad, un ideal ilusorio, una aspiración”⁴⁴. De esta manera el principio de igualdad formal debe completarse con el principio de igualdad material.

⁴³ Lidia Casas y Natalia Molina; *Guía de tribunales de los derechos de la mujer*. Pág. 6

⁴⁴ Rosalía Camacho, Silvia Lara y Ester Serrano; *Las cuotas mínimas de participación política de las mujeres, aportes para la discusión*; Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia; 1996; Pág. 7.

b. La igualdad material: Esta se traduce en el derecho a la *igualdad en la ley*; esto es, a la no discriminación dentro de las relaciones sociales concretas, evitando así que se produzcan diferencias o desigualdades por razones de sexo, étnicas, o culturales o por cualquier otra condición. Esta interpretación permite el trato desigual de los desiguales (equidad), siempre y cuando se justifique a través de valoraciones racionales. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala indica lo siguiente: “El principio de igualdad, plasmado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias (...)”⁴⁵ La igualdad en la ley se expresa, a su vez, en dos dimensiones fundamentales:

La igualdad como punto de partida, entendida como no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social.

La igualdad como punto de llegada, entendida como la consecuencia de un conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una calidad de vida semejante y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas⁴⁶. La

⁴⁵ Gaceta No. 24; Expediente No. 141-92. p.14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad.

⁴⁶ Lidia Casas y Natalia Molina; *Guía de tribunales de los derechos de la mujer*; Op. cit. Pág. 6

aplicación del principio de igualdad conforme a los criterios de diferenciación de trato legal, es sumamente importante y necesaria, al punto que encontramos preceptos legales sobre tratos desiguales atendiendo a ciertas características de las personas. Por ejemplo, se encuentra una diversidad de tratamientos jurídico-penales para menores y mayores de edad, imputables e inimputables, particulares y funcionarios públicos, entre otros, los cuales son aceptados sin cuestionamientos porque, de no existir, se estaría sometiendo a personas con condiciones y características significativamente desiguales, a un tratamiento injusto frente a la ley. La misma existencia de la defensa pública penal, parte de la constatación de que no basta con que cualquier persona pueda tener un abogado, ya que hay quienes no pueden pagar sus servicios. Así que para evitar la indefensión que esto supone, el Estado provee de defensa gratuita a todas aquellas personas de escasos recursos que son sometidas a proceso penal. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado: “Este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge”⁴⁷. Junto a la igualdad material se encuentra la valoración de la diferencia. Es decir, además de darle a cada quien el trato según sus características y posibilidades (igualdad material) este principio se plantea a partir de que las diferencias entre personas son positivas y deben ser respetadas. “La

⁴⁷ Gaceta No. 24; Expediente 141.92; Pág. 14; Sentencia 16-06-92; Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

justicia, en este sentido, requiere que se aprecien positivamente las diferencias. Estas se deben tomar en cuenta –no para oprimir y subordinar sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Ello requiere proveer las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y desarrollen”⁴⁸. En este sentido, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Naciones Unidas en 1979, la cual tiene rango de ley para los países que la han ratificado, toma como punto de partida el principio de la igualdad real o material, conjugado con el de equidad y respeto y valoración de las diferencias al establecer en su artículo 1, la definición de discriminación de la siguiente manera: A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Esta definición es muy importante ya que indica que una acción, ley o política será discriminatoria si tiene por resultado la discriminación de la mujer, aunque no se haya hecho o promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, según esta definición, una acción, ley o política podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de “proteger” a la mujer.

⁴⁸ Rosalía Camacho Granado, *et al.*; *Caminando hacia la igualdad*; Op. cit. Pág. 30.

2.7 Violencia de género

A continuación se realiza una breve descripción de lo que significa la violencia de género con especial énfasis en la violencia intrafamiliar y la violencia sexual. Se incluye este apartado porque se considera que en distintas situaciones, la violencia de género puede influir en las estrategias de defensa. Por ejemplo, si una mujer comete el delito de parricidio dentro de una situación de violencia intrafamiliar.

2.8 Definición

La violencia de género, es un concepto que se ha ido construyendo a través de los últimos años. Anteriormente se le llamó “violencia contra las mujeres” o “violencia que sufren las mujeres por el solo hecho de serlo”. Actualmente, se le define como la violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de ejercer dominio y control sobre ellas y así mantener su subordinación al género masculino⁴⁹. Como indica la definición anterior, la violencia es producto de las relaciones asimétricas de poder entre las personas, así como de las desigualdades sociales, y esto explica por qué hay personas o grupos que son más susceptibles de vivir en situación de violencia. No es casual que las mujeres, las niñas y los niños, los discapacitados, los ancianos, las ancianas, los indígenas, las personas con opciones sexuales diferentes, sean más vulnerables a la violencia por su propia condición. Debido a la posición de subordinación que ocupan en la sociedad, y que se reproduce a través de la ideología y

⁴⁹ Natalia Inés Belmont; *Abordaje de la violencia de género contra las mujeres en el ámbito familiar y la utilización de los MARCS*; Guatemala; ICCPG, 2006. En prensa.

de las instituciones, estas personas se vuelven más vulnerables a los abusos de poder y, por lo tanto, están más expuestas a la violencia”⁵⁰. La importancia de la definición citada radica en que establece que las causas de la violencia contra las mujeres provienen de un orden social basado en las diferencias de poder y de la jerarquía existente entre hombres y mujeres, que es un problema relacionado con la justicia y la equidad social. Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres reconocen a la violencia de género como violencia contra las mujeres, en especial la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém Do Pará” y la definen así: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. E incluye: “la violencia física, sexual y psicológica: tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros la violación, maltrato y abuso sexual. (Artículos 1 y 2). Esta definición establece la violencia contra la mujer y lo que se debe de entender como tal, incluyendo los tipos de violencia que sufren las mujeres.

⁵⁰ Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva; Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual, Manual Operativo; México; 2004; Pág. 11.

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el Artículo 2, se refiere a los siguientes tipos de violencia: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”⁵¹. De esta definición es posible concluir que la violencia puede ser de distintos tipos: física, sexual y psicológica y producirse en distintos ámbitos: familiar, comunitario y social.

⁵¹ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de la Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas; 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Se considera que todas las formas de violencia provocan serios daños a la persona que la sufre y deja secuelas para siempre. El tipo de violencia que más se ha investigado por ser la más fuerte y la que sufren la mayoría de mujeres es la violencia doméstica o intrafamiliar, la cual se analiza a continuación. Asimismo, se examinará la violencia sexual, por ser la que pueden sufrir las mujeres privadas de libertad.

2.9 Violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar se encuentra definida en la legislación guatemalteca: “constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o ex conviviente, cónyuge o ex cónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas. (Artículo 1 de la Ley de violencia intrafamiliar).

a. Ciclo de violencia intrafamiliar: Para entender la violencia intrafamiliar es importante analizar el ciclo de violencia, el cual es explicado por la Doctora Lenore Walker⁵². Para esta autora el ciclo de violencia presenta tres etapas que se repiten de forma continuada en la mayoría de las ocasiones, aunque no son de obligada aparición en todas ellas, lo cual dependerá de las circunstancias:

⁵² Lenore Walker; *The Battered Women*; New York; Harper y Row; 1979

a.i. Etapa de aumento de tensión: La relación pone de manifiesto la agresividad latente frente a la mujer, que en algunos casos se manifiesta de forma específica como determinadas conductas de agresión verbal o física de carácter leve y aisladas entre sí. La mujer va adoptando una serie de medidas para manejar dicho ambiente y va adquiriendo mecanismos de defensa psicológicos. No obstante, esta situación va progresando y aumentando la tensión paulatinamente.

a.ii. Etapa de Incidente agudo de agresión: Se caracteriza por una descarga incontrolada de las tensiones que se han ido construyendo durante la primera fase. La falta de control y su mayor capacidad lesiva distingue a este episodio de los pequeños incidentes agresivos ocurridos durante la primera fase.

Esta fase del ciclo es más breve que la primera y tercera fases. Las consecuencias más importantes se producen en este momento, tanto en el plano físico, como en el psíquico, donde continúan instaurándose una serie de alteraciones psicológicas por la situación vivida.

La mayoría de las mujeres no buscan ayuda inmediatamente después del ataque, a menos que hayan sufrido importantes lesiones que requieran asistencia médica inmediata. La reacción más frecuente es permanecer aisladas durante las primeras 24 horas tras la agresión, aunque pueden transcurrir varios días antes de buscar ayuda o ir al médico, lo cual hace que no siempre acudan a urgencias, sino que en muchas ocasiones lo hacen a consultas ordinarias, quizá para tratar de restar importancia y

para evitar que identifiquen la agresión. Esta actitud se ha denominado *síndrome del paso a la acción retardado*.

a.iii. La reconciliación o luna de miel: Se caracteriza por una situación de extrema amabilidad, amor y conductas cariñosas por parte del agresor. Gráficamente se le denomina como fase de “luna de miel”. Es una fase bien recibida por ambas partes y donde se produce la victimización completa de la mujer, ya que actúa como refuerzo positivo para el mantenimiento de la relación. El agresor muestra su arrepentimiento y realiza promesas de no volver a llevar a cabo algo similar. Realmente piensa que va a ser capaz de controlarse y que debido a la lección que le ha dado a la mujer, nunca volverá a comportarse de manera que sea necesario agredirla de nuevo. Durante esta fase el agresor trata de actuar sobre familiares y amigos para que convengan a la víctima de que le perdone. Todos ellos de forma más o menos inconsciente hacen que la mujer se sienta culpable en cierto modo y que, a pesar de reconocer que la agresión ha sido un acto criticable del marido, sería ella la responsable de las consecuencias de dicha agresión al romper el matrimonio y la familia si no lo perdona. Suele ser frecuente tratar de hacerle ver que el marido necesita ayuda y que no puede abandonarlo en dicha situación. El tiempo de duración de esta fase es muy variable, aunque lo habitual es que sea inferior al de la primera fase y más largo que el de la segunda. Este ciclo permite identificar en qué etapa se encuentra la mujer u hombre dentro de la violencia intrafamiliar. El aislamiento en el que se mantienen las mujeres que viven en situación de violencia, les impide percibir formas alternas de vida y de relaciones interpersonales,

por lo cual, la asumen como lo “normal” hasta que tienen acceso a medios que les permitan tomar conciencia de las afecciones y las afectaciones.

2.10 Efecto de la violencia intrafamiliar en las mujeres

La violencia tiene un efecto intensamente destructivo en las mujeres: “Existen costos denominados intangibles que, en su mayoría, no son contabilizados debido a la dificultad que entraña su medición. Entre ellos se encuentran el costo de las vidas destrozadas, del dolor crónico, del sufrimiento, del miedo, de la depresión, de los intentos de suicidio, de la pérdida de oportunidades para lograr las propias metas y de la pérdida del amor propio”⁵³. Existen diversas manifestaciones de daño y síndromes estudiados en relación con el impacto de la violencia en las mujeres. Una respuesta común de las mujeres que viven en situación de violencia es el retraimiento y silencio ante estas experiencias, sin embargo, las respuestas dependen de la circunstancia e historia personal de cada mujer, así como de sus fortalezas personales y sociales. Entre las manifestaciones del daño al bienestar emocional de las mujeres, en los casos de violencia psicológica y física están: la indefensión aprendida, el síndrome de Estocolmo y el síndrome de la mujer maltratada. En todos ellos se identifican conductas, pensamientos y sentimientos que convierten el proceso de toma de decisiones en un desafío para quienes viven en contextos de violencia. En cuanto a la labor de la defensa, se debe estar atento a si la defendida presenta alguno de estos

⁵³ C. García-Moreno; *Violencia contra la mujer, género y equidad en la salud.*; Harvard Center for Population and Development Studies; OPS; Publicación Ocasional, No. 6; 2000.

síntomas que sin duda influyen en las estrategias de defensa que se desarrollan en el próximo.

a. La indefensión aprendida: Es la obediencia pasiva al entorno cuando todos los esfuerzos por transformarlo no logran causar ningún efecto ni la situación se modifica⁵⁴. Los resultados son resignación, desgaste, depresión y culpa, entre otros, que se reflejan en cansancio físico y emocional. La indefensión aprendida es resultado de la reiteración a la víctima de su incapacidad de sobrevivencia lejos del agresor y de que lo que ocurre es su culpa y responsabilidad. La mujer trata de complacer y no molestar a su agresor y evade toda confrontación para no ser lastimada. Al desencadenarse los episodios de violencia, las mujeres confirman la impotencia y falta de recursos para resolver la situación, y se mantiene el temor⁵⁵.

b. Síndrome de Estocolmo: Se caracteriza por la relación afectiva de las personas en contexto de violencia con el agresor. Los indicadores del Síndrome de Estocolmo en el comportamiento son:

- Agradecer intensamente las pequeñas amabilidades del abusador.
- Negar o racionalizar la violencia recibida.
- Negar la propia rabia hacia el agresor.
- Estar en constante estado de alerta para satisfacer al agresor.

⁵⁴ G. Ferreira; *La mujer maltratada*.

⁵⁵ Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva. Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual; Manual Operativo; Op. cit. Pág. 69.

- Dificultad para abandonarlo aún cuando se tenga alguna posibilidad.
- Tener miedo de que el agresor regrese aún cuando esté muerto o preso.
- Presentar síntomas de estrés postraumático⁵⁶.

c. Síndrome de la mujer maltratada: Se caracteriza por los sentimientos de abatimiento, miedo, vergüenza, culpa y desaliento; todo ello en detrimento de los aspectos emocionales, cognitivos, motivacionales y conductuales de la vida de las mujeres en situación de violencia. Estos sentimientos se manifiestan en perspectivas aterradoras e inmovilizantes sobre el futuro y en repercusiones en el bienestar físico. Este síndrome se establece generalmente ante las siguientes condiciones:

- Haber pasado al menos dos veces por el ciclo de violencia.
- Presentar el síndrome de indefensión aprendida.
- Sujeción consciente o inconsciente a las creencias tradicionales respecto al rol de género.
- Aislamiento social⁵⁷. Todos estos efectos de la violencia intrafamiliar, afectan sin duda la capacidad de culpabilidad de las mujeres que los padecen. Por lo tanto, la defensa deberá indagar si su defendida ha sufrido violencia intrafamiliar, y en su caso, si ella participó en el delito bajo una situación de coacción.

⁵⁶ D. Graham, E. Rauling, N. Ramini; *Sobrevivientes del terror, mujeres maltratadas, rehenes y síndrome de Estocolmo*; en: Yllo K, Bogard M; *Feminist perspectives on wife abuse*; Newberry Park.

⁵⁷ Jorge Corsi (Comp.); *Violencia familiar, Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*.

2.11 Violencia sexual

La violencia sexual se registra en todos los países y tiene efectos muy profundos en la salud física y mental. Las muertes consecutivas a actos de violencia sexual pueden deberse al suicidio, la infección por el VIH o el asesinato (que ocurre como parte de la agresión sexual, o con posterioridad a ella, como los asesinatos por cuestiones de “honor”). La violencia sexual también puede afectar profundamente al bienestar social de las víctimas, ya que pueden ser estigmatizadas y aisladas por su familia y otras personas. La violación puede gratificar sexualmente al agresor, aunque muchas veces el objetivo subyacente es una expresión de poder y dominio sobre la persona agredida. En muchos casos, la violación de mujeres y hombres se usa como un arma de guerra, como una forma de ataque al enemigo que simboliza la conquista y la degradación de las mujeres o de los combatientes varones capturados. También puede usarse para castigar a las mujeres por transgredir las normas sociales o morales, como las que prohíben el adulterio o embriagarse en público. Las mujeres y los hombres también pueden sufrir violaciones cuando están detenidos por la policía o encarcelados. Aunque la violencia sexual puede ejercerse tanto contra los hombres como contra las mujeres, en este trabajo se centrará la atención en las diversas formas de violencia sexual contra la mujer.

a. Definición: La violencia sexual se define como: todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una

persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos los centros de detención. La coacción puede abarcar una amplia gama de grados de uso de la fuerza. Además de la fuerza física, puede entrañar la intimidación psíquica, la extorsión u otras amenazas, como la de daño físico. También puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento, por ejemplo, porque está ebria, bajo los efectos de un estupefaciente o dormida, o es mentalmente incapaz de comprender la situación. La violencia sexual incluye la *violación*, definida en el Código Penal como yacer con mujer utilizando la violencia física u otros medios de coacción. El intento de realizar algunas de las acciones mencionadas se conoce como *intento de violación*. La violación de una persona llevada a cabo por dos o más agresores se denomina *violación múltiple*.

a.1. Incidencia de la violencia sexual en contra de mujeres detenidas

Un estudio reciente demostró que las mujeres detenidas sufrían de diferentes tipos de agresiones por parte de la policía, desde el robo de sus pertenencias hasta tortura. Un informe elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales evidenció la existencia de un patrón de tortura sexual en contra de mujeres detenidas⁵⁸.

⁵⁸ ICCPG; Cifras de impunidad en el crimen policial contra mujeres; Guatemala; 2005.

En julio del 2005 se entrevistó a 154 de las 205 mujeres⁵⁹ que guardaban prisión preventiva en el centro de detención preventiva Santa Teresa, en ese momento.

Los resultados fueron los siguientes: en un 94% de los casos las mujeres fueron ingresadas en las Comisarías u otras instalaciones de la Policía Nacional Civil. En estos lugares ocurrió el 49% de los abusos denunciados. Veintidós (29%) mujeres entrevistadas dijeron que fueron desnudadas y que se les hicieron registros anales, vaginales y les sacaron fotografías sobre sus cuerpos desnudos. Así lo señaló una de las entrevistadas: *“Yo engrilletada con las manos para atrás, me dijo que yo llevaba droga, me quitó el pantalón, mi ropa interior y me metió el dedo en la vagina 3 veces”*. 52 mujeres denunciaron haber sido víctimas de actos de tortura, esto equivale a un 34% del total de mujeres entrevistadas. El 73% de estos actos de tortura se relacionan directamente con violencia sexual, y aún en el 27% restante que se refieren a tortura para obtener información. En algunos casos la violencia sexual fue uno de los hechos narrados dentro de otros, como colgamientos, toques eléctricos, asfixia, etcétera. Los siguientes relatos ilustran este tipo de prácticas: *“Me llevaron a la DG, me encerraron con 4 hombres en un cuarto, me sentaron y me pusieron una grabadora y dijeron lo que ellos querían escuchar. Empujones y jalones de pelo, me encañonaron en la cabeza con una escopeta”*. (Mujer detenida por secuestro). *“El policía me agarró a patadas, me pusieron una bolsa en la cabeza y me metieron en una pila de agua y me dijeron que les entregara los muchachos que estaban escondidos, y cuando dije ‘no sé nada’, más me metían a la pila. Me desnudaron y registraron. (Mujer detenida por homicidio)”*.

⁵⁹ Las mujeres detenidas son en su mayoría guatemaltecas, ladinas, jóvenes, pobres, madres solteras, sin educación formal.

“Un policía dentro de la comisaría me desnudó para ver si tenía tatuajes, y dijo que si no me dejaba, me iban a llevar a Santa Teresa o si le daba la gana me dejaba muerta por ahí. Me apretó una cadena en el cuello y me gritaba “¡Ladrona decí! Pidieron Q250.00, si no me dejaban muerta; les supliqué. (Mujer detenida por el robo de una blusa en una maquila)”. 45 mujeres denunciaron haber sufrido tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, 29% de las mujeres entrevistadas. En estos casos la violencia sexual se manifestó como hostigamiento sexual: hacer que se desnuden, tocamientos o manoseos sexuales, comentarios o propuestas sexuales. 63 mujeres, 43%, denunciaron los hechos, de éstos solamente uno está en investigación por el Ministerio Público. En ninguno de estos casos las autoridades han sido sancionadas ni administrativas ni judicialmente. En cuanto a esta situación, la defensa pública penal juega un papel de fundamental importancia para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres, ya que son el primer contacto con las mujeres privadas de libertad, por lo que deben verificar si han sufrido violencia por parte de los agentes de seguridad y, de ser así, proceder a documentarla y denunciarla. En el caso de las mujeres, el derecho internacional de derechos humanos, define toda violencia o amenaza de violencia sexual en situación de detención, por agentes del Estado, como tortura. Como señaló el primer relator especial de las Naciones Unidas sobre tortura para Guatemala: “La violación y otras formas de agresión sexual contra las mujeres detenidas son una violación especialmente ignominiosa de la dignidad intrínseca y del derecho a la integridad física del ser humano, en consecuencia constituyen un acto de tortura.”⁶⁰

⁶⁰ Primer Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre Tortura, Kooijmans. Documento de la ONU E/CN.4/1992/SR.21, Párr.35.

CAPÍTULO III

3. Miedo invencible

Según lo establecido en el Artículo 25 del Código Penal Guatemalteco numeral primero, el miedo invencible; es ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente según las circunstancias. Es realizar un hecho por medio de una fuerza física psicológica (bis absoluta).

3.1 Origen del miedo: El hombre inicia sus primeros pasos en el campo del miedo, el desarrollo y evolución va enriqueciendo la emoción, diferenciando el miedo de la angustia, existe un miedo normal y situaciones patológicas de miedo agudas o crónicas. El Psiquiatra José Antonio García Andrade⁶¹ manifiesta que el miedo está en íntima relación con los instintos de conservación, de tal forma que tiene su embrión en los movimientos de huida de los protozoos ante situaciones del entornos desfavorables, actitudes que se van enriqueciendo según se asciende en la escala animal desde la ameba, encontrándose pues el miedo, la huida y la conservación íntimamente relacionadas entre sí mismas. El hombre inicia sus primeros pasos en el campo del miedo desde el nacimiento, encontrándose protegido y amparado por su madre, pero al tiempo desprotegido y desamparado por su ausencia, lo que genera una sensación primaria arcaica y primitiva, de lo que más tarde será el sentimiento del miedo.

⁶¹ García Andrade José Antonio: "Reflexiones sobre responsabilidad médica", pág. 83 y 84.

3.2 Concepto del miedo

El miedo es una reacción psíquica que afecta nuestro organismo inhibiéndolo o provocando reacciones anómalas e inesperadas, que tiene por base la perturbación anímica, que desencadena la emoción estética del miedo, sufrida por un sujeto. Es la más antigua de todas las emociones humanas y se remonta a tiempos ancestrales. Aristóteles la definía como “la espera de un mal”⁶². Manuel Quintanar Díez, sostiene que el miedo es la emoción choque de defensa ante un peligro inminente (real o putativo), normalmente externo, reconocido como tal por el individuo que lo padece.⁶³. El mismo autor manifiesta que “La aproximación al fenómeno del miedo desde una perspectiva médico - psicológica y psiquiátrica nos resulta obligada...”⁶⁴ Opinión que es compartida por Juan Felipe Higuera Guimera⁶⁵ que considera que una discusión sobre este concepto presupone acudir a una base psicológica y psiquiátrica. Sin embargo María Luisa Cuerda Arnau⁶⁶ sostiene criticando a Higuera que dicha afirmación resulta excesiva, pues, según cree, hay que huir - en la medida en que sea posible, y en este caso lo es- de interpretaciones que conviertan los términos típicos en expresión de un lenguaje formalizado e inaccesible para la mayoría, que, de este modo, se ve privada de la garantía representada por la posibilidad de conocimiento de la ley, que debe ser favorecida a través del empleo en ella del llamado lenguaje común.

⁶² Aristóteles: *Ética a Nicomaco*, Clásicos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 41

⁶³ Quintanar Díez, Manuel: “La eximente de miedo insuperable” Pág. 41

⁶⁴ Quintanar Díez: *op. Cit.* Pág. 39

⁶⁵ Higuera Quimera, “La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español”, pág. 23.

⁶⁶ Cuerda Arnau: *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de Necesidad*, pág. 83.

Pero Cuerda Arnau citando a Higuera, Martínez Val⁶⁷ y Ayala⁶⁸ sostiene - parece contradictoriamente a lo expresado anteriormente - que el estudio del miedo desde las perspectivas señaladas permite dotar de mayor solidez a la afirmación, de sentido común, de que el miedo es susceptible de ser dividido, según su intensidad en diversos grados. Con más pesimismo Martínez Val, sostiene que cuando se adentra uno en las páginas de médicos y psicólogos que han tratado sobre el miedo se advierte en seguida, como acontece en tantos otros sobre temas psicológicos y psiquiátricos, que andamos entre nebulosas, entre falta de precisión en los conceptos, apenas disimulada por una superabundancia terminológica que, en definitiva fracasa como instrumento explicativo.

El médico legista español Piga⁶⁹ manifiesta que “El sentido científico de las nociones psicológicas es asaz pequeña para explicarnos el cuadro poliforme de los estados de temor. De hecho, en la doctrina es mayoritaria la opinión de quienes estiman que el miedo a que se refiere el Artículo 25 inciso 1º del Código Penal, especialmente la dogmática española, importante por ser fuente de la nuestra, es de que no es el terror o el pánico que altera la imputabilidad del sujeto, lo que convertiría en superflua la eximente, sino el que altera la capacidad de decisión. No es tampoco aquel miedo leve que induce a la prudencia o la cautela, sino de otro de mayor entidad que afecta de

⁶⁷ Ayala Gómez: “El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal. En Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la Memoria del Profesor D. Juan del Rosal. Pág. 91.

⁶⁸ Ayala Gómez: “El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del código Penal. En Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la Memoria del Profesor D. Juan del Rosal. Pág. 91 y siguientes

⁶⁹ Piga: “algunos datos para el estudio de la circunstancias de miedo insuperable”, anuario de derecho penal y Ciencias penales” pág. 44 y siguientes.

modo serio la libertad de determinación pero sin que sea necesario para que anule la capacidad intelectual o volitiva del sujeto. El miedo presenta unos aspectos que son susceptibles de graduación atendiendo a las consecuencias psíquicas y somáticas que provoca.

El fenómeno del miedo puede llevar consigo cuatro componentes principales: **a)** la experiencia subjetiva del temor, **b)** las modificaciones asociadas, **c)** las manifestaciones asociadas, **c)** las manifestaciones exteriores del miedo y **d)** las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona.

Se trata de una reacción emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza (elemento objetivo), sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece. Sobre la motivación en el terreno psicológico se ha escrito mucho, sino, sólo la obra de Cofer y Apeey contiene una bibliografía de más de 2 mil obras, por tanto es inabarcable, pero ello no impide trazar unas líneas generales.

La naturaleza eminentemente subjetiva del concepto de miedo implica, como consecuencia lógica, que, sus efectos varíen según los individuos y las circunstancias, incluso pueden desencadenarse reacciones alternativas.

Diferente es, por el contrario el concepto que adopta parte de la jurisprudencia nacional, que ha optado por una interpretación restrictiva por cuya virtud, el miedo debe producir una perturbación psíquica equivalente al trastorno mental transitoria que

determina la imputabilidad, haciéndola superflua. Toda vez que el concepto de miedo, al igual que otros conceptos de la parte general del Derecho penal, carece de respuesta en la ley, pues el Código Penal no proporciona una premisa, sino puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto. Según refiere Ignacio Ayala Gómez⁷⁰ si el miedo es una realidad psicológica parece imposible determinar su naturaleza sin hacernos cargo de su intensidad, lo que obliga a dilucidar cuestiones de psicología. Mira y López⁷¹ ha puesto en evidencia que el miedo puede diversificarse en varias etapas o grados, que son según el citado autor los siguientes:

1a fase: la prudencia; en la que el sujeto pretende pasar desapercibido, tendiendo a autojustificarse y racionalizar la circunstancia.

2a fase: O estado de la cautela; en la que el individuo en situación de desconfianza domina intelectualmente la situación, pero le invade el pesimismo.

3a fase o de Alarma; en la que ya predomina la sensación de insuficiencia, se pierde claridad y el sujeto desconfía plenamente.

4a fase, de angustia; en la que la unidad intencional se desorganiza, reduciendo las posibilidades de reacción, con desequilibrio de los procesos de excitación e inhibición, comenzando el di encéfalo a adquirir su dominio sobre la corteza cerebral, en plena

⁷⁰ Ayala Gómez: op. Cit. Pág... 92

⁷¹ Mira y López Emilio: "Cuatro Gigantes del alma", pág. 54 al 62

tempestad visceral. El sujeto cree perder la cabeza, comenzándose a mezclar el temor con el furor.

5a fase o estadio del pánico, en la que la conducta se automatiza, apareciendo incluso crisis convulsivas histeroepileptiformes en plena invasión del miedo, el que incluso y de forma paradójica puede llevar a conductas sorprendentes y crepusculares, con reducción de los niveles de conciencia, dominando la personalidad profunda.

6a fase o del terror, en la que el individuo ha perdido no sólo la intelección y sensibilidad afectiva, sino toda su potencia motriz y de memoria. Esta clasificación ha sido recogida recientemente por el psiquiatra español García Andrade⁷². El fenómeno del miedo puede llevar consigo cuatro componentes principales: **a)** las experiencias subjetiva del temor, **b)** las modificaciones asociadas, **c)** las manifestaciones exteriores del miedo y **d)** las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona. Se trata de una reacción emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza (elemento objetivo), sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece, conforme indica Quintanar Díez citando a Gregory, R. L. Siguiendo el criterio de Ayala Gómez podemos sintetizar desde la psicología de la motivación, que explica no lo que al sujeto le sucede en su organismo y psique cuando sufre o tiene miedo, sino qué incidencia en su conducta comporta, conviene retener lo siguiente:

⁷² GARCÍA ANDRADE: op. Cit. Pág... 86 - 1854

a) El miedo es un factor motivacional. Bien que se le conciba como instinto, emoción, pulsión primaria o secundaria, lo evidente desde el terreno experimental es que el miedo, o los miedos, inciden en el proceso de motivación de todo individuo.

b) La conducta del individuo viene normalmente determinada (no Falsamente determinada) por las situaciones de conflicto en las que se encuentra en la dualidad ejercida sobre su persona por la presencia de dos estímulos de signo contrario. El miedo, o miedos, se halla presente en multitud de situaciones, actuando como factor de signo negativo que o bien activa al sujeto a su evitación (huida) o bien le supone el paso que da la acción de evitación para suprimir tal estímulo (agresión).

c) La resolución de este conflicto motivacional en el que se encuentra es el resultado de distintos factores: intensidad de los estímulos, actores de índole personal del sujeto (capacidades aprendizaje, hábitos, habilidades, conocimiento, oportunidades). Por ende, cuando el miedo o miedos se halla presentes en un conflicto motivacional son estos factores, en su conjunto, los que determinarán la respuesta desarrollada por el sujeto.

d) Por tanto, si el miedo no está presente en la experiencia o situación concreta de un individuo (de la clase que sea aquél), puede decirse que no está influyendo en el proceso motivacional o lo que es lo mismo, que suprimido el miedo, la respuesta del sujeto a su situación de conflicto será distinta de aquella observada cuando el miedo está presente como tal factor. En síntesis la naturaleza eminentemente subjetiva del

concepto de miedo implica, como consecuencia lógica, que sus efectos varíen según los individuos y las circunstancias, incluso puedan desencadenarse reacciones alternativas en una misma persona.

3.3 Concepto normativo del miedo insuperable

El miedo es una realidad psíquica, pero el miedo insuperable es ya un concepto jurídico. La insuperabilidad es explicada por la doctrina a través de dos tesis:

Las tesis objetivas que recurren a parámetros o referencias de índole objetiva a los efectos de determinar la insuperabilidad y es la mayoritaria en doctrina. Rodríguez Devesa⁷³ 60 sostiene que la insuperabilidad y el mal han de interpretarse objetivamente. Insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo. El mal igual o mayor que se trata de evitar ha de ser real, serio, inminente. El criterio decisivo resulta del hombre medio situado en el momento y circunstancias del autor.

M. Cobo del Rosal/ T.S. Vives Anton⁷⁴ sostiene que la insuperabilidad, dado el miedo con que se opera, no puede ser entendida en sentido técnico - psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en sentido deóntico, como inexigibilidad. La valoración de los estados emotivos debe

⁷³ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez: "Derecho Penal Español, Parte General, pág. 647

⁷⁴ COBO DEL ROSAL M./ T.S. VIVES ANTON: "Derecho Penal, Parte General", pág. 628

realizarse a través de los preceptos legales que regulan el trastorno mental transitorio y las atenuantes pertinentes. Anton Oneca⁷⁵ argumenta que el precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes, el requisito de la exigibilidad, o sea la conducta exigible por ser presumible en el hombre medio. Muñoz Conde⁷⁶ reitera que el miedo insuperable es un requisito objetivo. Cuerda Arnau M.L.⁷⁷ Argumenta que la insuperabilidad del miedo es el requisito nuclear de la eximente, el que determina la eficacia jurídica, o si se quiere, los límites jurídicos. Y para la determinación concuerda con las tesis del hombre medio. A mi juicio dice “tienen razón quienes equiparan la insuperabilidad del miedo con la inexigibilidad de una conducta distinta, pues al Derecho en este caso no le interesa la cualidad de superable o insuperable desde el terreno psíquico individual”. Sainz Cantero⁷⁸ que defiende también la tesis objetiva argumenta que la insuperabilidad del miedo ha de medirse con criterios objetivos, cuando el hombre medio, situado en el contexto circunstancial en que se halla el autor, no hubiera podido tampoco dominarlo. También Mir Puig⁷⁹ se adscribe a la tesis objetivista, al manifestar que la causa de inexigibilidad, debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta. Por otra parte, las tesis que pueden denominarse subjetivas optan, a los mencionados efectos, por atender a un criterio estrictamente personal y circunstanciado, calificando la referencia del hombre medio “un criterio impersonal y objetivo” incompatible con el fenómeno

⁷⁵ ANTON ONECA: “Derecho Penal, segunda edición anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez Merino, Akal/ Iure, pág. 311.

⁷⁶ MUÑOZ CONDE: “Teoría General del Delito” Tirant lo Blanch, pág. 151.

⁷⁷ CUERDA ARNAU: “Comentario al artículo 20.6 del Código Penal de 1995” en vives anton, T.S. y otros; comentarios al código Penal de 1995, 1996 pág. 176.

⁷⁸ SAINZ CANTERO : “ Lecciones derecho penal”, parte general, Tomo III, pág. 110 y 111

⁷⁹ MIR PUIG: “Derecho penal, parte general”; Promociones Públicas Universitarias, pág. 529.

psicológico y personalísimo. Higuera Guimera⁸⁰ dice que se denomina tesis o criterio subjetivo porque se atiende a un criterio estrictamente personal y subjetivo. “En mi sentir es preciso acudir a la tesis subjetiva, pues es la más acorde con el concepto de miedo, que es algo personal. Mantener lo contrario sería por tanto contradictorio e iría contra la propia naturaleza de las cosas y contra el concepto ontológico del mismo”. Quintero Olivares⁸¹ indica que evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente. “El miedo penalmente relevante, por consiguiente, tendrá ese carácter en función de una base subjetiva (la presión psicológica que el miedo produce) y otra objetiva (la entidad de la cusa exterior que ha de producir el efecto interior”⁸². J. Córdova Roda⁸³ sostiene que la cualidad de insuperable debiera entenderse, dado el contenido de la realidad psicológica del miedo, en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo por el sujeto. Quintanar Diez manifiesta que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal. Que no sólo depende de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino, fundamentalmente, del efecto que, sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancia determinada, tuvo la emoción de miedo. Esta eximente es poco usada por los Jueces optan por el criterio objetivo al manifestar que el miedo “debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio”.

⁸⁰ HIGUERA GUIMERA; op. Cit. Pág. 125

⁸¹ QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Introducción al derecho penal”, parte general. pág. 211.

⁸² QUINTERO OLIVARES: “Derecho Penal, parte General”; Segunda Edición. Marcial Pons. Pág. 509.

⁸³ CÓRDOVA RODA: “Comentarios al Código penal “Tomo I Ariel, págs. 336 y 337.

Muñoz Conde, expresa su adhesión al criterio objetivo. Nuestro planteamiento coincidiendo con Quintanar Diez y partiendo de la consideración de que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal, que no sólo dependen de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino fundamentalmente del efecto que, sobre una concreta persona (en la que no pueden ser indiferentes su edad, sexo, salud, condición, etc.), en un momento, lugar y circunstancias determinados, tuvo la emoción del miedo, por lo que el reproche penal es eminentemente subjetivo. Adoptamos la tesis subjetiva, que no es la mayoritaria en la doctrina española y la única a nivel nacional, requiere una mayor fundamentación. Creemos que la perturbación psicológica reviste fuerza decisiva y suministra el fundamento esencial, si la esencia de la circunstancia viene dada por el miedo, y éste representa un estado psíquico personal, del que la jurisprudencia incluso llega a exigir la producción de una propia situación de la inimputabilidad, resulta incomprensible que se recurra al baremo impersonal del común de los hombres. Bustos Ramírez Hormazabal Malaree⁸⁴ sostiene la tesis que compartimos de que el baremo del hombre medio es de por sí bajo y por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Lo mismo podría decirse de la referencia a la posición del autor. El Concepto hombre medio en la posición del autor aparece recurrentemente en la teoría del delito como un criterio definitivo para zanjar de un plumazo problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión. Pero en lo que al problema de insuperabilidad del miedo se refiere, es un baremo no sólo insuficiente sino incompatible por su carácter generalizaste con una categoría esencialmente individualizadora como es el

⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREE: "Lecciones de derecho penal, volumen II, pág. 384.

sujeto responsable y, en particular, la inexigibilidad requiere una individualización que ciertamente no puede ser la valoración que haga la persona sobre sus propios intereses que, como hemos dicho, necesariamente será parcial. El problema reside en determinar sobre qué criterios individualizadores el derecho va a admitir como legítima esa valoración parcial de sus intereses que haga una persona en una situación de miedo. Este es el problema de la insuperabilidad y que, ciertamente no puede resolver el criterio normativo del hombre medio. De ahí el parentesco entre esta eximente y las causas de inimputabilidad. No obstante, hay una distinción importante entre ambas; en el caso del miedo, existe una causa exterior; en los trastornos mentales que producen estados de terror en quien los sufre, la causa es esencialmente patológica. Evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente. La jurisprudencia de España de donde tomamos la eximente, aunque no ha sido siempre uniforme, ha adoptado la tesis subjetiva en algunos casos, pues partiendo de una base médica, se describe como situación pasional o emotiva, padecida por un sujeto normal y originada por una causa real y efectiva. En otras veces ha definido como aquel miedo suficiente para cohibir la libertad de obrar, así las sentencias de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 30 de Septiembre de 1978, sobre todo en el considerando tercero, así mismo la del 27 de febrero de 1954. En otros casos implica la perturbación anímica, que momentánea y enérgica mente nubla la inteligencia y estimula la voluntad en sentido doloso, conforme lo determina la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 23 de junio de 1995.

3.4 El miedo insuperable como anulatorio de las facultades intelectuales y volitivas

El autor Quintanar Díez manifiesta que si por una parte se requiere la completa anulación de facultades, por otra se exige la presencia de un mal amenazante, grave, cierto, inminente, igual o mayor al causado, exigencia esta última que presupone, a su vez, lo que previamente se entendía anulado, es decir, una mínima capacidad de raciocinio y de juicio que permita evaluar dicha gravedad de males, lo que convertía a la eximente en absolutamente superflua, pues lo que se venía a exigir era una situación para la que se podía alejar, perfectamente al trastorno mental transitorio, incluso sin la necesidad de que verificase el elemento objetivo consistente en la evaluación de males. Entre la concepción normativa de insuperabilidad y la intensidad del miedo en su acepción médica, podría determinarse que se trata de sus fases quinta y sexta de acuerdo a la graduación de Mira y López. En opinión de Córdova Roda⁸⁵ a los miedos patológicos debe aplicarse la eximente de enajenación. En conclusión, si bien es censurable la interpretación jurisprudencial española citada con eficacia eximente, por innecesaria y restrictiva, los miedos patológicos dentro de la inimputabilidad resulta acertada Como consecuencia de la falta de una definición legal de la insuperabilidad del miedo, algunas corrientes jurisprudenciales españolas las califican como causas mixtas, como la de la sentencia de 29 de septiembre de 1986 y en la Doctrina Córdova Roda y Quintano Ripolles. El primero afirma que llevados a un deseo de conciliar los dos aspectos estudiados, a saber, el entendimiento objetivo e impersonal del mal,

⁸⁵ CORDOVA RODA: "las eximentes incompletas en el Código Penal, págs. 249.

insuperabilidad y proporción, con el personalísimo del miedo, cabría afirmar, en relación a alguna de las observaciones precedentes, que esos dos aspectos de la eximente pueden ser hechos compatibles, en virtud de la consideración de que lo objetivo no contradice, sino simplemente recorta, lo subjetivo. En síntesis, la heterogénea interpretación de los requisitos de la eximente, nos muestra al miedo insuperable como una realidad tanto contradictoria, entre esos dos extremos de objetiva causa de inexigibilidad y de causa de inimputabilidad.

a. Eficacia motivadora del miedo el obrar compelido: En la jurisprudencia española por citar un ejemplo. Debido al enraizamiento en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones”. Una apreciación crítica permite apreciar que en forma unánime se exige que el miedo sea el único móvil que induzca al autor a actuar, rechazando los casos al autor, y los casos que contribuyan en forma concomitante, a la reacción posterior (odio, venganza, enemistad, etc.), Díez Quintanar afirma que “Entendemos por el contrario, que lo único exigido por el precepto es un doble nexo causal. Por una parte, entre la amenaza, sea cual fuere, y el miedo que produce la misma reacción en el sujeto y, por otra parte, entre el miedo y el mal causado. El miedo es un estado psicológico personalísimo como dice Saiz Cantero”⁸⁶ debe haber sido causado por la amenaza del mal, incidiendo sobre la capacidad de determinación o elección, sin anularla. En la situación de miedo la persona teme un mal. El miedo que a nosotros interesa, es aquel que, afectando

⁸⁶ SAIZ CANTERO: Lecciones de derecho penal, parte General, volumen III. Culpabilidad, Punibilidad. Bosch. Pág. 110.

psíquicamente al sujeto, deja, una opción o posibilidad de actuación. Y como destaca Higuera Guimera⁸⁷ dadas las características y connotaciones psicológicas y personalísimas del miedo, es indiferente que el móvil de éste sea de carácter lícito o ilícito, pues lo decisivo es que la libertad del sujeto quede motivado. En realidad no parece incompatible con el estado emocional del miedo, la concurrencia de otros móviles, conclusiones que son coherentes, con la comprensión de la eximente como inexigibilidad.

b. El mal amenazante, su realidad y los miedos imaginarios: A pesar de que en sede legal, no se exige sino un miedo de regular intensidad que lo haga insuperable, en los tribunales de justicia, tanto en las sentencias antiguas como recientes, que este fuese real y conocido e inminente o próximo, en realidad todas las sentencias requieren la gravedad del mal amenazante como predicado lógico necesario de la insuperabilidad. Con algunas variantes se exige también “el mal temido ha de ser grave, sentido como tal por la valoración individual y social, lo que excluye el miedo putativo, así como aquellos que tuviesen por objeto acontecimientos venideros no inminentes. La mayoría de las sentencias reflejan la supresión del miedo putativo, o situación de miedo patológico (fobígeno o ansioso) al señalar que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece. Esto no está de acuerdo con un grupo aunque escaso de Resoluciones Españolas que han empezado a admitir el miedo de origen patológico. En los miedos patógenos los males temidos son creados por el propio sujeto, por tanto imaginarios en la mayor parte de ocasiones. El problema

⁸⁷ HIGUERA GUIMERA: La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español, op. Cit. Pág. 122

que se plantea es establecer la clase o supuesto de error, puesto que no se trata de un error sobre un elemento del tipo, tampoco un error de prohibición, que creemos no es necesario para atender éste tipo de supuestos, ni el precepto legal exige que el mal sea real ni habría ningún inconveniente de acogerlos como eximente completa. Los autores españoles no le han prestado mucha atención al problema del error. Si el miedo insuperable se conceptuara como una causa de inimputabilidad, el error sería irrelevante. Un error sobre la capacidad de culpabilidad, es decir, la creencia errónea en la concurrencia de una causa de inimputabilidad (enajenación mental, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal, etc.) Como dice Cerezo Mir⁸⁸ pues lógicamente irrelevante, pues no afecta realmente la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de la conducta en obrar conforme a ese conocimiento. En los casos de error sobre los presupuestos fácticos de las causas de inculpabilidad, así por ejemplo cuando el sujeto cree que existe el peligro que representa para él una amenaza, pero que no suceda en la realidad de la vida, nos encontramos aquí ante una situación de inexigibilidad. Para Roldan la acción realizada en estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, lícita, considera que frente a ella no cabe la legítima defensa, sino el estado de necesidad, la conducta de los partícipes es siempre impune y el error sobre las circunstancias que sirven de base a la eximente sería un error de prohibición. Para Alonso Álamo, esta clase o supuesto de error se diferencia del error sobre presupuestos reales de una causa de justificación, si bien guarda un paralelismo estructural con éste. La opinión alemana dominante considera que un error sobre los presupuestos o circunstancias objetivas que sirvan de base a las causas de

⁸⁸ CERESO MIR: “ La regulación del estado de necesidad en el código Penal Español, en Estudios penales y criminológicos N° X, pág. 78

inculpabilidad tiene relevancia y es equivalente al error de prohibición. En España Córdoba Roda considera que el miedo puede ser imaginario y no real, puesto que desde un punto de vista psicológico no hay duda de que miedo es tanto el estado emotivo ante un peligro real, como el que surge ante uno objetivamente inexistente pero supuesto.

En sentido opuesto Díaz Palo⁸⁹ sostiene que la eximente exige que sea real o conocido y no aparente, sin embargo reconoce que desde un punto de vista psicológico es totalmente indiferente que el mal que amenaza sea real o aparente. Los casos de error en que el sujeto cree la existencia de un mal real origen del miedo cuando resulta que el mal es imaginario, debe ser reconducidos a la teoría general del error. Mir Puig si ha de entenderse objetivamente, el requisito de mal igual o mayor, sólo concurre cuando se da realmente y no sólo en la imaginación del autor, sin embargo, no puede cerrarse el paso a la eficacia de un posible error. Sin embargo aunque el error determine la falta de culpabilidad en el sujeto, no siempre habrá de conducir a la impunidad. Sólo el error invencible ha de tener estas consecuencias. El error vencible no puede impedir que deba castigarse el descuido que condujo al mismo.

c. Naturaleza jurídica penal de la causa de exención: La emoción del miedo insuperable y sus efectos, han determinado que en la doctrina una apreciación distinta, dentro de la naturaleza jurídica. Las que deben ser expuestas, aunque sintéticamente. La doctrina española ha determinado de preferencia una Configuración diversa, más

⁸⁹ DÍAZ PALOS: "Miedo Insuperable". Pág. 355.

objetiva por la referencia al “mal igual o mayor”. En primer lugar, la eximente como causa de inculpabilidad por aplicación de inexigibilidad, postura mayoritaria. Otro sector que se inicia por los primeros comentaristas al Código Penal español, lo ubica como causa de imputabilidad. Algunos autores la califican como causas de justificación, o dotada de naturaleza híbrida, e incluso se propugna su desaparición por considerarla superflua.

En relación a las posturas doctrinarias Francisco Pacheco⁹⁰ escribía sobre esta circunstancia que es perturbación y sus consecuencias determinarán que no existe responsabilidad. Sin embargo el autor Jiménez de Asua aclara que no se debe dar importancia a este efecto justificante que atribuye al miedo, ya que en ese tiempo no se usaban esos términos con el rigor de hoy. Lo que importa es que el miedo se estimaba por Pacheco dentro de la “violencia moral”, y que el hombre que obra con su voluntad coaccionada no se le puede exigir que actúe de otro modo; es decir, de manera heroica, postulados que hoy nos llevan a reconocer en el miedo una causa de inculpabilidad. Luis Silvera⁹¹ descartaba que la eximente pudiese ser una causa de inimputabilidad, sugiriendo la clasificación más exacta de inexigibilidad, dejando en claro que el miedo insuperable que anula por completo la voluntad y capacidad de raciocinio del hombre, es el que constituye causa de inimputabilidad. Bernardo de Quiroz⁹² ve de otro modo la eximente que analizamos, pues la trata entre las causas

⁹⁰ PACHECO: “El código penal concordado y comentado de 1856. pág. 192 al 194

⁹¹ SILVERA: El código penal Tomo I, pág. 214 y 215.

⁹² DE QUIROZ, D.C. voz “ miedo insuperable; páginas 258 y 259

de justificación y como una de las formas del estado de necesidad. Groizard⁹³ decía que la violencia moral llevaba hasta un punto tal que dominando la voluntad del agente la precipita necesariamente en una dirección dada, constituye la causa general de justificación. Afirma que la voluntad cohibida es voluntad; pero añadamos donde hay voluntad cohibida, no hay libertad y donde no hay libertad en la acción, no hay delito. Sin duda se refería al miedo que anula absolutamente la voluntad, en consecuencia, la libertad, como causa de inimputabilidad. Por lo demás la doctrina mayoritaria española determina la eximente de miedo insuperable como causa de inculpabilidad para sólo referirme a las monografías más recientes. Sin embargo es menester aludir a la posición tradicional aunque no mayoritaria, se apoya en dos argumentos: a) El Fundamento del miedo insuperable debe situarse en las dificultades motivacionales de la persona o en un terreno subjetivo; y estas cuestiones son propias de la categoría de la culpabilidad; b) el fundamento de la eximente de miedo insuperable radica en el principio de inexigibilidad de otra conducta, y este principio pertenece o desempeña su papel en el reducido ámbito de la culpabilidad.

Refiriéndose al primero, indica que este argumento trasladaría, a su entender, el miedo insuperable a la culpabilidad, pues es ésta la categoría del delito tradicionalmente reservada al análisis de los problemas de motivación o afección psíquica. Esta eximente de miedo insuperable plantea una cuestión en realidad más complicada que la simple constatación y medición de un determinado impacto psíquico; y que tiene que ver con una serie de valoraciones normativas que una argumentación centrada en el

⁹³ GROIZARD El código penal de 1870 concordado y comentado, páginas 266.

impacto psíquico no podría explicar, o cuando menos, situar en su justo lugar. En segundo lugar, cabe subrayar que, aunque sea cierto que el individuo en la situación de miedo insuperable sufre una presión motivacional, ello no puede evitar que se conteste a la cuestión precedente sobre si el comportamiento está justificado o no. Es decir, la afección motivacional o psíquico no puede impedir ni prejuzgar el análisis de la justificación de la conducta, en buena técnica penal y por que las circunstancias gravosas que todavía se anudan al hecho de calificar una eximente como causa de inculpabilidad, agrupadas bajo el nombre de “ consecuencias reflejas”; esto es, recordemos legítima defensa, participación y error, fundamentalmente. Para algún autor la eximente puede encuadrarse dentro de las causas de inculpabilidad, aceptando que recoge supuestos de estricta inimputabilidad y otros de inexigibilidad. Creemos que los supuestos de estricta inimputabilidad deben reconducirse al trastorno mental transitorio o a la enajenación mental, limitando la eximente a los supuestos de inexigibilidad, como opina la mayor parte de la doctrina española. Muñoz Conde se adscribe a la causa de inexigibilidad, aunque partiendo de una tesis objetiva. En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre. Quintanar Díez⁹⁴ no comparte con el autor en cuanto a la eximente en clave objetivista, pues ignora la naturaleza propia del fenómeno del miedo que, por definición jamás es gratuito. Desde luego, el principio de inexigibilidad que se encuentra en la base del más amplio de culpabilidad, subyace de forma evidente en esta causa de exención de la responsabilidad criminal y, como

⁹⁴ QUINTANA, op. cit. pág. 98

correlato necesario de una concepción normativa de la culpabilidad, resulta evidente la compatibilidad con una apreciación de la relación entre hecho, autor y norma que sea interpretada de acuerdo a la propia naturaleza de esos tres elementos hecho- autor-norma. Según Díaz Palos⁹⁵ es necesario, para el miedo hacer una graduación psicológica de las posibles fases del miedo y de acuerdo con éstas calificar como causa de inimputabilidad o de inculpabilidad el miedo sufrido, los supuestos de miedo propiamente dicho, de reacción vivencial normal deben ser descartados jurídicamente, según cuál sea el grado de intensidad, conforme al esquema psicológico progresivo antes mencionado.

Cuando se utilizan las fases en que la psiquiatría fracciona el miedo, como punto de partida para una correcta calificación de la eximente, así mismo se permite diferenciarla del trastorno mental transitorio, el estado de necesidad o el exceso en la legítima defensa, lo que además le da operatividad y especificidad a la eximente, convirtiendo al miedo insuperable en un supuesto clásico de inexigibilidad de otra conducta. También del Rosal⁹⁶ encuadra el miedo entre las causas de inculpabilidad por aplicación del principio de inexigibilidad, así manifiesta que el miedo insuperable es una causa de inculpabilidad específica en la que debiera apreciarse, claro está, determinadas circunstancias como para no serle exigible otro tipo de conducta distinta, que es en el fondo la verdadera razón de esta causa de inculpabilidad. En síntesis es necesario, para dicho autor, hacer la graduación psicológica de las posibles fases del miedo y de

⁹⁵ DÍAZ PALO: Miedo insuperable en nueva enciclopedia jurídica Seix, op. cit. pág. 347 y 348.

⁹⁶ DEL ROSAL: lecciones de derecho penal, parte general II, pág. 240 al 250...

acuerdo con éstas calificar como causa de inimputabilidad o de inculpabilidad del miedo sufrido. Se utilizan, así las diversas fases en que la psiquiatría divide el miedo como punto de partida para una correcta calificación de la eximente y sirve para deslindar respecto al trastorno mental transitorio, el estado de necesidad o el exceso en la legítima defensa. Encuadrando el miedo entre las causas de inculpabilidad por aplicación del principio de inexigibilidad de otra conducta. Creemos que la causa de inexigibilidad dota de específica operatividad a la eximente, para cuya apreciación no se requerirá la anulación completa de las facultades volitivas e intelectuales. Mir Puig⁹⁷ sostiene que el espacio propio de la eximente de miedo insuperable sólo se encuentra concibiendo la eximente como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyen la imputabilidad como el trastorno mental transitorio como del estado de necesidad. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea exclusiva su imputabilidad, sino de que se encuentre sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable. La clave de insuperabilidad para Mir Puig es objetiva, es decir el hombre medio. Pero el criterio del hombre medio tiene un matiz original en este autor, cuando afirma que el hombre medio hubiera resistido al miedo caso de haber tenido edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc., del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de la haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etc. Descartando los miedos patológicos. Como es sabido la responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto, se encuentra en unas condiciones psíquicas, distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando

⁹⁷ MIR PUIG: Derecho penal, parte general, pág. 614.

actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido, se dice entonces que se ha obrado en situación de no exigibilidad. Sainz Cantero⁹⁸ sostiene que el principio de no exigibilidad está implícito, constituye el fundamento de la eximente que estudiamos.

La razón de ella es el principio de no exigibilidad o, lo que es lo mismo, la situación de no exigibilidad de otra conducta. Higuera Guimera⁹⁹ afirma que nos hallamos ante una causa de inexigibilidad, efectivamente cuando la persona comete un delito en virtud del miedo insuperable. En estos casos cometer una acción típica y antijurídica, pero que no será culpable porque no se puede exigir a su autor, en estos casos otra conducta distinta. Córdova Roda afirma que la eximente es híbrida, concibiéndola en último extremo, como causa de inexigibilidad. Es una realidad un tanto contradictoria, entre esos extremos de objetiva, causa de inexigibilidad y causa de inimputabilidad.

Cobo del Rosal y Vives Anton¹⁰⁰ afirman que la no exigibilidad representa, pues una dispensa, otorgada en ciertas situaciones, del reproche personal por el hecho injusto realizado y conciben la eximente como dotada de una naturaleza mixta, entre causa de imputabilidad y causa de inexigibilidad, para aclarar que la ubicación unívoca del trastorno mental transitorio o del estado de necesidad y por tanto superflua, estamos de acuerdo en parte, pues si se confirma la eximente como causa de inimputabilidad, sería un supuesto de trastorno mental transitorio, pero entendiéndola como ausencia de un

⁹⁸ SAINZ CANTERO, "El desenvolvimiento histórico - dogmático del principio de no exigibilidad, en anuario de derecho penal y ciencias penales, pág. 419.

⁹⁹ HIGUERA GUIMERA: op.cit. pág. 82

¹⁰⁰ COBO DEL ROSAL y VIVES: Derecho penal, parte general, páginas 478 y 479

conflicto objetivo de bienes, no entra en juego el estado de necesidad. La interpretación unívoca en el área de la inimputabilidad, subsumiría la eximente en una variante del trastorno mental transitorio, que además impediría en los supuestos de coacción de la voluntad, que no llegue a la anulación de la misma. También la fijación de la eximente en sus elementos objetivos produciría la desnaturalización de una causal con evidente componente subjetivo.

3.5 El miedo insuperable como causa de inexigibilidad

Partiendo de un concepto normativo de culpabilidad conforme a la cual esta es entendida como el reproche que se dirige al sujeto porque, no obstante, poder cumplir las normas jurídicas, no lo hace. Definitivamente uno de los puntos más debatidos en la doctrina jurídico-penal es el último estadio en la estructura sistemática del hecho punible es, la culpabilidad. Dicha categoría dogmática ha ido evolucionando paulatinamente en la medida en que también hacía lo propio la teoría del delito, así desde sus inicios se ha hablado de una culpabilidad netamente subjetiva- psicológica gobernada por el dolo y la culpa, que era del sistema causalista, luego se ha hablado de una culpabilidad con introducción valorativas, es decir se mantiene el dolo y la culpa y se agrega el elemento de la “inexigibilidad del comportamiento”, después llegaremos al sistema finalista que entiende que la culpabilidad está compuesto de tres elementos: el primero la imputabilidad que es la capacidad de culpabilidad, la segunda el conocimiento del carácter antijurídico del acto y por último la exigibilidad de un comportamiento distinto al actuado. En esta línea de pensamiento ubicamos a una

corriente pos finalista, lo que los doctrinarios tildan de funcionalista y que subdividen en dos direcciones: un funcionalismo moderado cuyo conspicuo representante es el Profesor Claus Roxin y un funcionalismo o radical o sociológico-sistémico liderado por Gundher Jakobs. Para efectos de nuestro trabajo de investigación nos adherimos a la doctrina del funcionalismo moderado, en este sentido nos parece pertinente las palabras de Roxin¹⁰¹ cuando manifiesta que la culpabilidad en el sentido del derecho penal es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de inducirse de allí derivada, en otras palabras la culpabilidad es un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma. Otro punto que es menester advertir es el cambio semántico pero al mismo tiempo de enormes efectos prácticos es decir llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no culpabilidad sino responsabilidad que es la culpabilidad que merece pena y que ha adoptado nuestro Código Penal. En este sentido a la imputación subjetiva debe integrarse junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la culpabilidad sólo constituía un aspecto parcial, si bien esencial de la responsabilidad. Ahondando más en esta cuestión la pena puede quedarse atrás de la medida de culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable. La postura de Roxin lo que hace es transferir la concepción del fin de la pena a la teoría de la responsabilidad, exigiendo aquí también junto a la culpabilidad siempre una necesidad preventiva de castigo 114. Ahora pasaremos a deslindar lo correspondiente a las causas de justificación y de exculpación como factores negativos en la teoría sistemática del

¹⁰¹ ROXIN: "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal. Pág. 481 al 482.

delito. Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse.

A partir de un planteamiento dogmático diverso de la teoría del delito, Gimbernat¹⁰² incluye la eximente dentro de las causas de justificación.

La eximente de miedo insuperable, en la cual la amenaza del mal debe provenir de un tercero ha sido calificada por un sector de la doctrina española de superflua (Ferrer, Quintano, del Rosal), por estimar que no es imaginable ningún caso en que la eximente no sea subsumible, al mismo tiempo, en el estado de necesidad. Según la tesis dominante en la Jurisprudencia española, el mal con el que se amenaza debe ser real: no basta el imaginario. En la ciencia, en cambio, las opiniones sobre la exigencia de la realidad del mal aparecen divididas. Frente a la opinión mayoritaria en la dogmática, que califica al miedo insuperable de causa de exclusión de la culpabilidad, estimo dice el penalista citado que se trata de una causa de justificación, es decir de antijuricidad. En síntesis el estado de necesidad por conflicto de intereses iguales y el miedo insuperable tiene la naturaleza jurídica de ser una causa de inculpabilidad, porque precisamente en estos supuestos de la eximente el sujeto es susceptible de motivar mediante la pena. La culpabilidad sólo falta en caso de miedo insuperable. En éste no ocurre que el Derecho no pueda motivar a determinados sujetos a evitar un hecho, sino que no quiere hacerlo frente a nadie. Gómez Benitez¹⁰³ coincidiendo con Gimbernat plantea que “sólo las personas no motivables por el Derecho penal actúan sin

¹⁰² GIMBERNAT ORDEIG: Introducción a la parte general del derecho penal español. Pág. 65 y 66.

¹⁰³ GOMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. Derecho penal, pág. 435 y siguientes.

culpabilidad. Esto no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se les considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el derecho penal, podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría pero no quiere hacerlo, porque está asumiendo socialmente; que los hechos realizados en tal caso no deben ser punibles en general; en consecuencia el miedo insuperable no es una “causa de inexigibilidad de conducta distinta, sino de “justificación” del hecho; no cabe pues, legítima defensa enfrentada, sino sólo estado de necesidad. Debe también destacarse la postura de Bacigalupo”¹⁰⁴ para quien “el miedo insuperable” es, en realidad, un caso particular del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad, por lo que resulta una eximente superflua. El miedo o situación coactiva generada por una amenaza no sería sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero. Por tanto, son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad tanto del que excluye la antijuricidad como el que excluye la atribuibilidad. La solución preferible no debe eliminar el significado objetivo de la relación entre el mal causado y el que quiere evitar, pues si es suficiente con un mal imaginario, es evidente que entonces carece de sentido que ambos guarda una determinada proporción. La conclusión a la que arriba es que debe extraerse del estudio dogmático y que la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal innecesaria. “habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos

¹⁰⁴ BACIGALUP: Principios de derecho penal, pág. 290 al 292.

carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquellos”.

Ya hemos adelantado que partimos de un concepto normativo de culpabilidad, que es en realidad “el reproche personal” que se dirige al autor por la realización de un hecho constitutivo del delito. El núcleo de la culpabilidad se halla, pues, en la infracción de las obligaciones personales dimanantes de la norma de deber. La existencia de un deber se halla conceptualmente vinculada a su exigibilidad: y en consecuencia debido es lo que puede ser exigido. Conforme a la opinión de M. Cobo del Rosal y T. S, Vives Anton”¹⁰⁵ “Para que algo pueda ser exigido a una sujeto particular, es necesario, en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias y en segundo lugar, que el sujeto en cuestión sea capaz, personalmente, de llevarlo a cabo, en síntesis culpable es, cuando pudo actuar de otra manera, motivándose en la norma, en que la fórmula “pudo” tiene un significativo técnico de capacidad junto a otro deóntico de exigibilidad. Resultando de interés el aspecto deóntico para delimitar al “poder miedo” que como fundamento de la reprochabilidad individual, si juega, en ocasiones, un papel de límite de la misma. Aprovechamos esta última referencia al aspecto deóntico de exigibilidad para censurarla a nuestro juicio desmesurada operatividad del parámetro del hombre medio, usado en la aplicación de la eximente de miedo insuperable, incluso como fundamento determinante de la aplicabilidad de la misma. La que debe funcionar como criterio o límite de la culpabilidad, pero no de fundamento de la misma. En realidad la dogmática ha desarrollado tres criterios sobre

¹⁰⁵ COBO DEL ROSAL: Derecho penal, parte general. Páginas 506 y 507.

este t3pico. La cuesti3n de m3s envergadura que la exigibilidad, y la no exigibilidad, de conducta adecuada a la norma presentan es la de su determinaci3n. Con este motivo se ha sostenido el criterio subjetivo, cuando no existe poder en el sujeto, y por esto, desaparece para el agente el deber, y con el deber la culpabilidad, se ha de determinar seg3n las circunstancias, uno es el concepto de hombre medio que se obtiene de las estadísticas y otro el deontol3gico, fruto de una valoraci3n expresada del ordenamiento jur3dico. Este modelo no se forma mediante un proceso de generalizaci3n emp3ricamente deducido de una serie de observaciones particulares m3s o menos extensas en modo de establecer una especie media, en base a la cual vayan determinadas las desviaciones que en relaci3n con ella presenta los casos particulares observados; sino es algo diverso. Los nexos de orden fenom3nico, obtenidos de las ciencias estadísticas, no son obligatorios y solamente pueden adquirir significado jur3dico cuando son aceptados como elementos de una desviaci3n de tal naturaleza que los trasciende. Esto es tan cierto, que si, hubiera de prevalecer en la determinaci3n, de la exigibilidad el factor social, com3n a todos, consistente en la exaltaci3n del sentimiento del honor que es patrimonio del hombre medio. Dislocar dicho instrumento elev3ndolo a la categor3a de elemento del juicio de culpabilidad supone contradecir la propia esencia del pensamiento de inexigibilidad. Diego Manuel Luzon Peña¹⁰⁶ indica que se puede entender que si el riesgo es de poca gravedad por los bienes jur3dicos afectados, es un caso de nueva inexigibilidad penal general, aunque no est3 justificada la omisi3n, pero que si la impunidad de las omisiones de dichos preceptos es por riesgo propio o ajeno de cierta gravedad, y por ello de

¹⁰⁶ LUZON PEÑA: Curso de derecho penal, p3ginas 648 y siguientes.

importancia igual o superior al que supondría la correspondiente omisión, estamos ante una manifestación de inexigibilidad jurídica general. Existe una tendencia que ya hemos analizado que denomina a esta inexigibilidad motivacional – Ayala Gómez¹⁰⁷ indica que “el miedo es un factor motivacional en la conducta de quien lo sufre”. Sin embargo ese miedo, al que dota de efectos eximentes de responsabilidad criminal, ha de tratarse de un miedo “insuperable”, categoría que conforme a la opinión del citado autor ni psiquiátrico ni psicológicamente encuentra definición por ser de connotación jurídica y se resuelve acudiendo al hombre medio. No compartimos esta postura dominante en la dogmática, pues en nuestra opinión este miedo alude al concreto sujeto que la experimenta, y el aludido hombre medio debe desempeñar cuando mas una función auxiliar a los efectos de la determinación de la culpabilidad, nunca determinante o excluyente, o el segundo planteamiento de Daniel Varona Gómez¹⁰⁸ de que el miedo insuperable encuentra su justificación en una inexigibilidad fundada en la preferencia legítima de los propios intereses, siendo por tanto una causa de inculpabilidad por lo que su apreciación dependerá del individuo con criterio frente a la amenaza, que podrá ser real o presunta, que haga inexigible a ese individuo el comportamiento conforme a la norma. La exigibilidad se adscribe por tanto, al juicio de culpabilidad determinando, en ciertos casos, la inculpabilidad. La no exigibilidad opera imposibilitando la articulación del reproche, en el seno de los delitos, dolosos, y quebrando la relación personal entre el autor y el hecho requerido por la forma de culpabilidad imprudente. Como refiere Quintanar Diez. La insuperabilidad debe

¹⁰⁷ AYALA GOMEZ: El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal, op. Cit. Páginas. 1034 y siguientes.

¹⁰⁸ VARONA GOMEZ: “El miedo insuperable: op.cit. pág. XVI.

entenderse, por tanto, en clave eminentemente personal, y subjetiva sin la necesaria referencia al hombre medio que, a nuestro juicio, no es sino un pie forzado jurisprudencialmente para eludir los problemas de prueba que ofrece un fenómeno tan complejo como el miedo.

De opinión contraria es Gonzalo Quintero Olivares¹⁰⁹ quien afirma que teniendo la eximente un componente subjetivo resulta imprescindible que la aplicación del Derecho no dependa de las oscilaciones emotivas entre unos y otros sujetos, aunque sólo sea en aras de la seguridad jurídica. Hay que realizar la posibilidad de que la existencia de la eximente dependa totalmente de la sensibilidad del sujeto, pues podría conducir a consecuencias poco equitativas.

3.6 Aplicación del miedo invencible con enfoque de género caso de Manuela Quino

Sindicada Manuela Quino .

Causa 15683-2005

Imputada: Manuela Q.

Delito: Homicidio cometido en estado de emoción violenta

¹⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, FERMIN Y PRATAS CAMUT: Curso de derecho penal, parte general, página 438.

El 19 de octubre de 2005 Manuela Quino de 21 años, vendedora de frutas en un puesto callejero-salió a hacer una compra a la tienda, en la colonia Kjell, zona 7, de esta capital, eran cerca de las cinco de la tarde.

En su casa compuesta por un pequeño cuarto y un baño, quedó su hija de un año y medio de edad, Nahomi, durmiendo. Manuela declaró el mismo día que no cerró la puerta al salir y por eso, apenas entró encontró a su ex pareja (de quien se había separado hacía tres meses) y padre de su hija dentro de su casa. Los hechos posteriores fueron vertiginosos. Manuela vio que Jimmy Estuardo Cruz Tujab tenía la bragueta abierta y que le había quitado el pañal a la niña. Gritó y tomó a la niña. Y la respuesta de Jimmy fue amenazarlas: *las voy a matar*. Entonces Manuela dejó a su hija en la cuna y comenzaron a forcejear. Tomó un cuchillo que estaba sobre la mesa y mientras continuaban los forcejeos Manuela lo acuchilló. La necropsia diría después que fueron tres las heridas cortantes, que sin embargo, no le produjeron la muerte instantánea; moribundo, se dirigió hacia la puerta, y se desplomó en la vereda de su casa, donde fue auxiliado por algunos vecinos que llamaron a la policía. Junto a él se encontraba también Manuela con el cuchillo en la mano. Camino al hospital, Jimmy Cruz Tujab murió.

Mientras tanto los vecinos, que se negaron a identificarse, la entregaron a la policía diciendo que había asesinado a su esposo. No se indica en ninguna parte del expediente con quién quedó la niña, porque la joven fue alojada ese mismo día en la cárcel para mujeres Santa Teresa. Sí se sabe que en ese momento Manuela estaba

embarazada de un mes y medio, producto –diría después- de una de las violaciones de su ex pareja.

a. Posibles hipótesis a plantear por la Defensa Pública Penal de acuerdo a los hechos

a.1. Legítima defensa: La legítima defensa es una causa de justificación que permite solicitar el sobreseimiento de la imputada. *“Una conducta no es antijurídica cuando fuera necesaria para neutralizar una agresión antijurídica y actual contra el autor/a u otra persona. La legítima defensa se basa en la idea de que el derecho no tiene que ceder ante lo ilícito”*

La legítima defensa, en los casos de mujeres que asesina a sus esposos o parejas cuando están inmersas en una situación de violencia intrafamiliar, se constituye en un óptimo recurso para la defensa. El problema, en la mayoría de los casos, es la reticencia de los Jueces a aplicarla cuando existe un vínculo, mayormente porque:

- se niegan a admitir que existen hechos de violencia constitutivos de delito al interior de la familia (padres/hermanos/esposos que castigan psíquica, física y sexualmente a otros miembros de la misma, en su mayoría mujeres) por lo que sólo tienden a admitir la legítima defensa cuando se trata de ataques de desconocidos, por ejemplo un ladrón que entra a una casa a robar;

- consideran que las mujeres insertas en una situación de violencia intrafamiliar podían haber acudido a otras formas de resolver la situación, sin llegar al homicidio, planteamiento éste que desconoce la especificidad de las secuelas VIF (*ver más adelante, síndrome de indefensión aprendida*).

Existe legítima defensa cuando:

- i. existe una agresión ilegítima: el ataque debe ser “actual o **inminente**”

- ii. hay proporcionalidad entre la defensa empleada y la agresión que la provoca.

En el caso de Manuela había dos agresiones ilegítimas en juego: el intento de violación de su hija (ataque inminente) y el forcejeo que se produce entre ambos una vez que la madre toma a la niña para protegerla del ataque (enojado, Cruz Tujab se abalanza sobre ella al grito de “las voy a matar”). Respecto a la proporcionalidad de la defensa es necesario recordar que en estos casos lo que la ley exige es la racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla, es decir, se aparta de la estricta proporcionalidad del estado de necesidad. Resulta obvio que Manuela no podía repeler a su ex compañero oponiendo sólo su fuerza física. En otras palabras, para detenerlo, necesariamente debía emplear un arma u objeto contundente.

La Defensa Pública Penal argumentó de manera inmediata la legítima defensa, en la primera declaración que hizo la imputada el 25 de octubre de 2005 en el Juzgado 6to.

De Instancia Penal. Manuela declaró ese día que Cruz Tujab *“Quería violar a mi nena y por defenderla le empecé a gritar mi intención no fue de matar, él agarró el cuchillo y entonces él dijo que él iba a matar, y entonces yo solté a mi niña porque él se me tiró encima y entonces yo le pegué y luego él se levantó y me pegó y en el forcejeo pasó eso, él era pandillero y siempre me amenazaba”*

Respecto al intento de violación explicó que *“él quería violar a mi bebé y los policías se dieron cuenta porque la saqué en camiseta y sin pañal pero yo no quería matarlo.* Luego de efectuar algunas preguntas sobre el forcejeo y la forma en que Manuela logró quitarle el cuchillo a su esposo sin que haya habido claridad al respecto en las respuestas de Manuela, la defensa solicita que se tipifique como homicidio en defensa propia, dado que se produjo en un forcejeo y previo a un intento de violación contra su hija.

La jueza de León Santos lo rechaza porque *“la sindicada declara que hubieron lesiones mutuas, sin embargo ella no presenta ningún golpe ni rasguño en su cuerpo”.* Seguidamente, agrava la tipificación a parricidio, dado que no cree en la declaración de Manuela Quino que se había separado y que Cruz Tujab regresaba periódicamente a su domicilio a golpearla y hostigarla: *“No obstante que la sindicada pretende hacer ver que ya no tenían vida marital pero no indica en qué lugar vivía actualmente su conviviente y sus pertenencias se encontraban en el lugar en que ambos residían”.*

Como se observa, en este caso, la jueza valoró el vínculo para agravar la tipificación y no consideró la hipótesis de la agresión previa. Pero lo hizo con argumentos altamente rebatibles, que la defensa debe contraponer para insistir en la hipótesis de la legítima defensa. Efectivamente, Manuela había declarado que hubo una riña. Pero la supuesta inexistencia de lesiones es realizada por la jueza “a simple vista” sin un examen médico que pudiera haber relevado rasguños, moretones, en suma: lesiones leves en otras partes del cuerpo. Asimismo, la jueza no tomó en cuenta la amenaza de violación a su pequeña hija, la cual por sí misma habría justificado la conducta. La conclusión de que no hubo riña sin un examen médico forense a la imputada es cuestionable. Por otra parte, si estas lesiones no existían, se podría haber fundamentado la riña por la disposición de los objetos de la casa (descripción de la escena del crimen), la jueza tampoco cree en el relato de la imputada cuando sostiene que estaba separada de hecho. Por último, no se menciona la otra agresión, es decir, el intento de violación de la niña.

En síntesis, es importante que en los casos de homicidios de hombres por parte de sus esposas insertas en una situación de violencia intrafamiliar, sobre todo en los casos en que crimen se produce en medio de una agresión o ante la amenaza de otra agresión, la Defensa Pública Penal plantee inmediatamente la legítima defensa y, posteriormente, que insista en este planteo ante las reticencias de los jueces rebatiendo los argumentos débiles de los mismos.

a.2. Miedo invencible: Es un causal de inculpabilidad previsto en el Código Penal: Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según la circunstancia (Artículo 25). En los asesinatos de mujeres hacia sus parejas el móvil más habitual suele ser una defensa ante un ataque inicial de su pareja o, más frecuentemente, una sensación incontenible de desesperación y de desamparo resultado generalmente de malos tratos reiterados y de una agresividad contenida, que le lleva a la mujer a ver en el homicidio la única salida posible para ella y sus hijos. De este modo, el miedo extremo puede funcionar como un detonante de los comportamientos agresivos.

En la práctica sería más adecuado emplear la estrategia del miedo invencible en los casos de violencia intrafamiliar en que la agresión de la esposa no se produce en medio de un ataque. En otras palabras, en este caso, Cruz Tujab estaba por violar a su hija y/o matarla a ella, entonces Manuela lo mata para repeler una agresión ilegítima aunque su intención fuera sólo detenerlo, evitar que violara a su hija y que las matara. En cambio, en el miedo invencible, la mujer mata a su esposo porque la va a matar (de acuerdo a su experiencia previa de maltrato, sabe que ese hecho se puede desencadenar). “La mujer no actúa en contra de su agresor para defenderse (como en la legítima defensa) sino que incurre en una situación ilícita porque existe un temor invencible de un daño mayor, cierto o inminente”.

Como hemos dicho, en consecuencia, el miedo invencible es de suma utilidad una vez que la defensa técnica descarta la existencia de legítima defensa.

a.3. Homicidio en estado de emoción violenta: La emoción violenta es una atenuante e implica fundamentalmente que la persona que delinque lo hace bajo un estado de trastorno mental transitorio que no alcanza para exculparlo, pero que atenúa su responsabilidad. El Código penal guatemalteco lo contempla así: *Estado emotivo: obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación* (Artículo 26, Circunstancias Atenuantes). Otros Códigos penales lo denominan también “estado pasional” y ha sido, históricamente hablando, el argumento mayormente usado por las defensas técnicas de los casos de hombres que asesinaban a sus esposas que querían romper el vínculo o que habían iniciado otros denominados y tan justificados crímenes de honor.

En psiquiatría forense la obcecación se define como *“una situación de perturbación psíquica por hechos externos o acontecimientos vivenciales, pero con la particularidad de que no puede anular la responsabilidad criminal siendo su alcance sólo atenuante”*. Se trata de un *“estado de trastorno mental transitorio espontáneo”* (no provocado, como puede ser a través del uso de psicofármacos), que *“ha de ser producido por una causa externa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, es decir, debe existir una secuencia entre la causa (por ejemplo: discusión) y el efecto (por ejemplo: agresión)”*. Es un trastorno pasajero y se la considera *reacciones explosivas* “que son esencialmente de causa afectiva, y pueden constituir un auténtico trastorno mental transitorio si su intensidad es suficiente como descarga de todo malestar acumulado.

Como se observa, la motivación y las consecuencias del uso de esta figura son muy diferentes a las anteriores. Aplicado al caso de Manuela implicaría que no tenía capacidad de comprender lo que hacía, cuando en realidad ella manifiesta lo contrario: quería defender a su hija y a ella misma de la violencia de su ex cónyuge, quería evitar que las matara, quería detenerlo, pero no quería ultimarlos. Veamos la opinión sobre esta figura en el análisis de un caso específico: *“la ley penal exime a una persona inmersa en una situación de grave alteración de la conciencia en la medida en que no pueda motivarse por las normas jurídicas, sea por carecer de la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal o de dirigir su comportamiento de acuerdo a esa comprensión. En el caso de parricida por emoción violenta, estas facultades se encuentran marcadamente reducidas, tanto la capacidad reflexiva y de discernimiento del sujeto como la facultad volitiva o inhibitoria de realizar una conducta que sabe es ilícita (v.gr. el homicidio de la madre). La alteración puede reducir esta capacidad del agente hasta tal punto que no puede o le es muy difícil inhibirse de efectuar el hecho criminal; de ahí la atenuación de la reprobabilidad personal de autor. El agente en esta situación no puede controlar sus impulsos y reacciones, v. gr. En estados pasionales o emotivos graves e intensos, producto, por ejemplo, de la ira, el odio, la venganza, los celos, el amor, la ansiedad, el placer, etc.*

Es de destacar que en la práctica, los jueces tienden a aceptar más el trastorno mental transitorio que la legítima defensa. Tal como lo plantea Elena Larrauri, fundamentar la emoción violenta es un “recurso expeditivo” pero plantea el inconveniente que las

mujeres que se defienden de las agresiones ilegítimas que se comenten contra ellas en sus casos están en realidad temporalmente locas o trastornadas.

La estrategia de argumentar que se actuó en estado de emoción violenta, si bien tiene esta desventaja, puede ser muy útil en la etapa preparatoria para lograr una medida sustitutiva y obtener la libertad de la persona durante la tramitación del proceso.

a.4. Primeras diligencias. Etapa preparatoria: Una vez que la jueza desestima la legítima defensa, la Defensa Pública Penal decide entonces cambiar la estrategia y solicitar la atenuante de homicidio en estado de emoción violenta. Lo fundamenta indicando que la imputada sufría violencia intrafamiliar, lo cual produce *obcecación* (art. 26 del Código Penal-atenuante). Ofrece la siguiente prueba pericial y documental:

- Peritaje psicológico que demuestra la violencia intrafamiliar.
- Declaración del padre y la hermana de Manuela ante el Ministerio Público que también revelan la existencia de la mencionada violencia.
- Cartas de recomendación a favor de Manuela.
- Carencia de antecedentes penales delictivos de la imputada.

El 13 de enero de 2006 el Juez Jerónimo Xitumul, del Juzgado VI de Instancia Penal, aceptó la modificación del auto de procesamiento (el Ministerio Público tampoco se opuso) por los argumentos expuestos en el informe psicológico de la situación de violencia intrafamiliar de la imputada y le otorgó a Manuela arresto domiciliario.

Al respecto, caben dos consideraciones: la primera, es que se confirma la tendencia de la judicatura a admitir con más facilidad los trastornos mentales transitorios, incluso en casos, como el de Manuela donde se encontraban concentrados todos los requisitos de la legítima defensa. La segunda es el uso de esta figura por parte de la DPP como una suerte de salida efectiva en lugar de insistir en la legítima defensa. Es destacar, por ejemplo, que no es estrictamente correcto asegurar que la violencia intrafamiliar produce obcecación. Las secuelas psíquicas de este tipo de violencia, ampliamente estudiadas, suelen ser trastorno de estrés post-traumático, depresión profunda y/o síndrome de indefensión aprendida o desamparo aprendido. Estas secuelas no deben ser confundidas con la obcecación, aun cuando la defensa técnica plantee su uso como una salida útil para obtener resultados positivos para su defendida.

a.5 Consideraciones sobre los medios de prueba: La Defensa Pública Penal solicitó la siguiente prueba:

- Carta de recomendación: Es una práctica común en el sistema penal guatemalteco la presentación de cartas de recomendación como prueba documental, incluso en el MP, donde su abuso es aún más grave porque pretende mostrar que la víctima, cuando es mujer, era una persona honesta, en el sentido de una valoración de moral sexual. Se sugiere utilizar la idea de honradez y persona trabajadora, no el de honestidad, que se emplea como sinónimo de persona con vida sexual no activa. La recomendación se hace porque estos argumentos podrían tener un efecto boomerang, por ejemplo,

Manuela podía tener otra relación y este argumento podría utilizarse por parte de la fiscalía para desacreditarla.

- Peritaje psicológico: fue solicitado el 21/11/05 –casi un mes después de la primera declaración- y entregado el 07/12/05. La Defensa Pública Penal formuló cuatro preguntas sobre Manuela:

- Si la violencia intrafamiliar le produjo obcecación
- Si tiene daño psicológico como consecuencia de la violencia intrafamiliar
- Si padece de síndrome de desamparo aprendido y;
- Si se encuentra en estado de gestación

Luego de explicar las técnicas y pruebas aplicadas, la perita concluye que la paciente tiene *“secuelas de shock por causa de un acto emotivo de reacción violenta, razón por la que presenta una conducta lenta, pasiva, conforme, disminuyendo así los mecanismos mentales (...) deprimida a nivel moderado”*. El peritaje prácticamente no responde a las preguntas formuladas. Se explaya mucho sobre la historia de desarraigo y privaciones previa a la convivencia de Manuela con Cruz Tujab y agrega información clave para la causa:

- Que se trasladó, de pequeña, en el interior de la república (se refiere a situación de sobrevivencia “como secuelas de la guerra interna” y movilización social).
- Que fue violada a los 14 años.

➤ Que vivió “*violencia y hostilidad del ambiente en que se estableció desde que fue expulsada del seno del hogar*” (se refiere a la convivencia con Cruz Tujab). Por todo ello concluye que Manuela “*actuó en el momento que ocurrió el hecho que se le imputa, de forma excepcional, como producto de un estado de emoción violenta, de sobre vivencia, espacio de miedo extremo y asociación a la vivencia de violación anterior*”.

- El caso de Manuela fue el primero en el cual el Instituto de la Defensa Pública Penal empleó la estrategia de litigio con enfoque de género, por lo tanto, existieron algunas debilidades que ya no aparecen en los casos posteriores. Entre estas, algunas de las preguntas efectuadas por la Defensa Pública Penal no son del todo adecuadas. La relacionada con la “obcecación” puede correr el riesgo con que algún perito se limite a responder negativamente, dado que una pregunta mejor formulada sería: si se puede establecer que actuó bajo un estado de emoción violenta. Tampoco correspondía preguntar en este peritaje el estado de gestación. Por último, el peritaje tiene una redacción algo confusa, lo que dificulta su lectura, aparentemente porque se ajusta a un formato pre diseñado; habla en diferentes oportunidades de “síntomas de sobrevivencia”, “estado de sobrevivencia” y “existencia de sobrevivencia” sin explicar que significa –una secuela, un síntoma o simplemente quiso decir que ha vivido al límite de la sobrevivencia y no responde la pregunta sobre el síndrome de desamparo aprendido. En algunos pasajes se contradice: “los cambios de personalidad (en Manuela) son irreversibles más, si, modificables (sic).

- Informe social: fue solicitado el 21/11/05 y entregado el 19/12/05. la Defensa Pública Penal formuló sólo requerimiento, más ajustado que en el peritaje anterior: “*Establecer si a consecuencia de violencia intrafamiliar, la sindicada dio muerte a su conviviente*”. El informe es bastante concreto y detallado en la descripción de todos los aspectos de la vida de Manuela previo al hecho delictivo. Se subdivide en la descripción de los siguientes elementos: Estatus económico, condiciones de salud, informaciones generales sobre la familia, medio social, informaciones complementarias y conclusiones. El valor del presente informe radica en su capacidad de narración de la *historia de vida* de la imputada, por lo que permite reconstruir las etapas vitales de Manuela y en cierta manera comprender cómo se llegó al momento del homicidio. Entre la información clave que se proporciona se encuentra:

- Que proviene de un “**hogar integrado indígena**” de Chichicastenango, y que su padre siempre procuró sostener a la familia tanto económica como emocionalmente. En este informe se considera, por primera vez, el dato de su pertenencia étnica, y la posterior transculturización como consecuencia del proceso de migración, que se constituye en una información muy valiosa a ser considerada por la Defensa Pública Penal.

- Su situación socioeconómica, y la de su familia de origen es de pobreza. A los 10 años dejó la escuela para ayudar a sus padres en la venta de frutas en un puesto callejero, tarea que desempeñaba hasta el hecho delictivo.

➤ Manuela ha sido víctima de “*maltrato y violencia intrafamiliar*” de parte de Cruz Tajub, “*en varias oportunidades comentó a sus padres su situación, quienes regidos por patronos conservadores de conducta recomendaban que soportara ya que de lo contrario sería una situación muy deshonrosa*”.

Una última consideración se refiere a la inquietud de demostrar la existencia del “síndrome de desamparo aprendido”. Estudiado por primera vez por Lenore Walker, quien lo denominó Síndrome de la mujer agredida. Consiste en la incapacidad de las mujeres inmersas en largos períodos de violencia familiar en rechazar la violencia, como consecuencia del temor a subsiguientes agresiones, la negación de sus emociones, la minimización o negación de violencia y miedo a la confrontación. Posteriormente, Scialpi (1999), lo denominó *Síndrome de desamparo aprendido o condicionado*, como uno de los problemas más severos asociados a la violencia. Cuando una persona se encuentra en una situación de violencia, explica, tratará en principio de adaptarse a la misma. Pero cuando existe una normalización de la violencia, se produce el sentimiento de incapacidad para defenderse de lo que se tiene por inamovible o se percibe como normal.

Dado que se trata de una secuela muy estudiada y muy extendida, al igual que el estrés post-traumático, conviene recordar que lo que permite probar su existencia en casos de homicidios de las parejas con historia de violencia familiar, es que la imputada estaba inmersa en un círculo de violencia del cual le era muy difícil, si no imposible,

salir. Constituye una prueba clave para fundamentar *el miedo invencible y/o la legítima defensa*.

a.6 Actos conclusorios: El 11 de abril de 2006 el abogado de la Defensa Pública Penal solicita que no se llegue a juicio común sino que se realice por la vía alterna de Procedimiento Abreviado (dado que a la imputada había admitido los hechos) y que en caso de sentencia condenatoria la pena a aplicar sea la mínima y acceda a la suspensión condicional de la pena. En sintonía con la defensa, dos semanas después el Ministerio Público envía al juzgado la acusación por la vía del procedimiento abreviado, donde solicita la imposición de 2 años de prisión dado que considera como situaciones atenuantes:

- El estado emotivo-actuó por arrebató producto de un estado de emoción violenta; y
- Vindicación de ofensa; la imputada *“actuó irreflexivamente, ya que en ese momento actuó únicamente buscando defenderse de las agresiones continuas proferidas por su cónyuge”*.

El 12 de junio de 2006 se realiza en el juzgado sexto de instancia penal, la audiencia oral para decidir sobre la acusación por la vía de procedimiento abreviado, que es ratificada por el Ministerio Público, pero 24 horas más tarde la jueza Silvia Violeta De León Santos no da lugar a la solicitud y ordena que el caso vaya a procedimiento común. La fundamentación es algo contradictoria: manifiesta la jueza que *“si bien existía agresión por parte del ofendido hacia la acusada, en dichas agresiones no*

existe constancia alguna, únicamente la declaración de los familiares por lo que es necesario que el presente caso se conozca en la vía común” es decir que por un lado reconoce, pero paralelamente descarta la existencia de agresiones. Por otra parte, como veremos más adelante, además de las declaraciones testimoniales de por lo menos un testigo presencial, existían otros medios de prueba.

El 11 de julio de 2006 la Defensa Pública Penal recusa a la jueza por:

1) Haber emitido opinión previa al considerar que el caso debe dilucidarse en un Juicio Oral, y

2) por “la presencia de prejuicios” (...) en una resolución “*plagada de sesgos de género, si los hechos sucedieron en el ámbito privado, cómo pretende que existía material probatorio referido al ámbito público*”. La misma fue rechazada inlímite por la jueza porque la etapa preparatoria había finalizado cuando el MP presentó acusación por la vía de procedimiento abreviado.

Posteriormente, el 28 de agosto de 2006 y durante la audiencia de apertura a juicio oral, la Defensa Pública Penal, solicita el sobreseimiento de la imputada por vicios de procedimiento, ya que, opina, se variaron las formas del proceso. El pedido es rechazado por la jueza y finalmente se llega a juicio oral.

a.7 Algunas consideraciones: En la audiencia de procedimiento abreviado (antes de que la jueza rechazara esta vía) la Defensa Pública Penal, solicita la absolución, argumentando la situación de violencia intrafamiliar en que vivía Manuela Quino.

La solicitud de procedimiento abreviado es coherente con la hipótesis desarrollada por la defensa de imputación por el delito de homicidio cometido en estado de emoción violenta (también hubiera sido consistente con la hipótesis de homicidio justificado por la legítima defensa o inculpable por miedo invencible). El Ministerio Público había ofrecido como prueba dos declaraciones testimoniales, la primera del padre de Manuela, Tomás Quino Grave (declaración ante el Ministerio Público 12/12/2005), quien asegura haber estado presente en una oportunidad cuando Cruz Tujab golpeó a su hija y a su nieta. En el mismo sentido se pronunció la hermana de la procesada quien por su parte aseguró que el ofendido ya había intentado matar a su hermana con un cuchillo en otra oportunidad y que como consecuencia de las heridas recibidas Manuela fue llevada a la clínica periférica de la colonia el Amparo donde le pusieron unos puntos en la mano dado el correcto énfasis puesto por la Defensa Pública Penal en la violencia familiar en el presente caso, hubiera sido útil solicitar registros de la presente intervención a la mencionada clínica y ofrecerla como medio de *prueba, dado que “si bien, en el proceso penal, la carga de la prueba la tiene la parte acusadora, la imputada tiene derecho a producir o requerir que se practiquen medios de investigación en su favor, especialmente si se alega una causa de justificación o de inculpabilidad”*.

Finalmente, se considera adecuado considerar el prejuicio de género en la recusación, en el sentido de que se trata de un tipo de violencia que se desarrolla en el ámbito privado. No obstante se insiste en considerar que la fundamentación, más que en la inexistencia de pruebas, debe apuntar a que los medios de prueba en los casos de violencia intra familiar son diferentes a los casos en que la violencia se produce fuera de la familia. Y un ejemplo de ello son los peritajes psicológicos y sociales, claves para todo tipo de casos y que en el presente también constituían un aporte fundamental.

3.7 El juicio

La apertura a juicio fue el 23 de enero de 2007, 15 meses después de producidos los hechos. Duró solamente dos días y el acta de debate sólo narra la citación de testigos y presentación de pruebas, pero sin detallar en su contenido, al igual que los alegatos de la defensa y el ministerio público, por lo que es imposible realizar una valoración de los mismos. El ministerio público volvió a pedir la pena mínima, y la defensa la absolución.

La prueba ofrecida por la Defensa Pública Penal fue:

- Prueba testimonial: a) Tomás Quino Grave (padre), b) Anastasia Morales Morales (hermana), c) Rosa Estela López (amiga), d) Edwin López (cuñado).

- Prueba documental: a) antecedentes penales de Manuela, b) Informe psicológico (Pacheco de Hernández), e) Informe Social (Tello de Suchité), f) Inspección ocular del lugar de los hechos por parte de la defensa pública, g) cartas de recomendación.
- Prueba Pericial: a) Dictamen pericial de Lucía Rodas Gramajo, Master en derechos humanos y consultora de Género, b) Informe Social de Sandra Tello de Suchité, Licenciada en Trabajo Social, c) Informe psicológico de Berta Alicia Pacheco de Hernández, Lic. En Psicología.

Respecto al Peritaje cultural y de género (así denominado por la defensa), tiene fecha de entrega, 26 de octubre de 2006, pero no de solicitud. Se presume, no obstante, que fue solicitado con bastante posterioridad a los otros peritajes, y se valora positivamente que la defensa pública lo haya requerido.

El documento tiene una estructura inusual, porque consta de 8 preguntas, presuntamente formuladas por la defensa, al etilo: *“Diga la perita porqué es necesario un enfoque de género para análisis e interpretación de la ley en acciones que se imputan como crímenes y donde están involucrados personas, que culturalmente están consideradas en una zona (sic) de subordinación”*. Las respuestas se centran, fundamentalmente, en explicar el androcentrismo en la teoría jurídica y en la concepción tradicional de Derechos Humanos, las Convenciones Organización de las Naciones Unidas y Organización de los Estados Americanos aplicables a casos de violencia contra la mujer, Informe de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

sobre la temática, con énfasis a aquellos que se refiere al tratamiento por parte de la justicia guatemalteca de los casos de violencia intrafamiliar, etc. Se refiere a parte de la historia de vida narrada por la propia Manuela a la perita, con la violación sexual sufrida cuando tenía catorce años por parte de un grupo de pandilleros y los hechos de violencia a los que fue sometida por Cruz Tujab, sobre todo cuando se encontraba embarazada. Concluye que la imputada *“no fue convenientemente protegida por parte del Estado y su familia, al contrario se enfrentó sola al abuso y discriminación”*.

Tal como se ha dicho, un peritaje de género es de mucha utilidad, en tanto entre otros objetivos, permite considerar los condicionantes del orden del género, como sistema simbólico que significa las diferencias y naturaliza las desigualdades, que pueden ser invisibles para el derecho penal y los sistemas de justicia a la hora de establecer hechos, con sus consecuentes efectos nocivos para aquellas mujeres que rompen con las expectativas del género depositadas en ellas.

Este fue el primer caso en el cual se presentó un peritaje de género, estrategia sumamente novedosa en el país. Por ser el primero, hubo algunas debilidades, para superarlas se sugiere que los peritajes de género incluyan los siguientes ítems generales (aunque dependerá de cada caso):

- 1) Una breve explicación, citando a autoras, sobre qué es la violencia contra la mujer por parte de sus parejas en el ámbito familiar o doméstico

2) Una breve explicación de las secuelas y efectos que produce este tipo de violencia en las mujeres y en su grupo familiar, citando bibliografía internacional y nacional. En la materia existen numerosos estudios al respecto.

3) Descripción de las formas de violencia en que la imputada se encontraba inserta (psicológica, sexual, física) de acuerdo a la entrevista realizada con ella y los testimoniales de otros testigos/allegados/conocidos.

4) Descripción de las posibles secuelas que la imputada tiene como consecuencia violencia (para ello se recomienda que al momento de realizar el peritaje de género la perita cuente ya con e informe psicológico y/o social.

5) Descripción del contexto de género en que vivía la imputada, lo que le era permitido y prohibido como mujer en su contexto (urbano/rural/indígena/ladino, clase social creencias religiosas, creencias familiares y sociales, etc.). Este punto es de fundamental importancia porque permite al sistema de justicia evaluar los condicionantes de género por los cuales **no pudo salir, no la dejaron salir del ciclo de la violencia** y llegar así al crimen como única salida posible.

6) Conclusiones generales.

a. La sentencia: El tribunal primero de sentencia penal, compuestos por los jueces Rudy Marlon Pineda Ramírez, Félix Eliseo García Arenas y Edith Marilena Pérez

Ordóñez (presidenta), dieron valor probatorio a la totalidad de la prueba, ofrecida por la defensa pública, no así a aquella ofrecida por el ministerio público (sobre todo la documental). Manuela declaró durante el juicio y el tribunal consideró que su declaración estaba apegada a la verdad. Su última declaración fue diferente de la realizada en la primera audiencia cuando asegura que fue ella quien tomó el cuchillo que se encontraba sobre la mesa (y no él) cuando Cruz Tujab la amenazó con que iba a matarlas a las dos. El tribunal absolvió a Manuela Quino.

Fue mucho más de lo solicitado por la defensa, al afirmar que “de lo expuesto por la acusada se origina el convencimiento del tribunal de la causa de inculpabilidad de miedo invencible que la ley sustantiva penal contiene y le resulta aplicable y favorable con respecto a su responsabilidad penal.” Es decir que desechó la posibilidad del atenuante y optó por el causal de inculpabilidad. Se hizo eco de las tres pruebas periciales que habían mencionado el miedo como disparador de su conducta. Manuela “reaccionó impulsada por el miedo invencible ante la posibilidad de cierta un daño. Al defenderse tomó un cuchillo con el que lesionó a su conviviente y le causó la muerte, hecho que fue aceptado por la acusada ante el Tribunal, si bien es cierto, hay un hecho antijurídico en el que participó, también lo que debe aplicarse es la causa de inculpabilidad ya relacionada, ya que la reacción que se dio por parte de la acusada fue instantánea pues el daño que causaría su conviviente le provocó miedo que no podía ser vencido de otra manera pues el resultado pudo revertirse en un daño inminente para ella o su hija, por lo que no existió dolo en su actuar, sino una respuesta a lo que

se produjo en el seno de su hogar, por lo que debe eximirse de responsabilidad penal, dictándose en consecuencia el fallo absolutorio.”

En la sentencia se fundamenta la decisión, por último, en los condicionantes del género de la imputada, argumentos que pueden ser empleados como jurisprudencia para otros casos, o párrafos como éste: ***“Los juzgadores utilizamos para resolverlo perspectiva de género, que es un compromiso institucional para modificar la condición y posición de las mujeres y lograr así un sistema sexo-género más equitativo, justo y solidario.*”**

b. Conclusiones y recomendaciones generales del caso:

- La estrategia de la defensa mantenida a lo largo del caso fue demostrar el vínculo existente entre la violencia intrafamiliar que sufría la sindicada y el hecho que se le imputaba. Fue coherente en el sostenimiento de esta hipótesis, pero hubiera sido deseable una mayor conexión entre los condicionantes del orden de género que planteaba el relato de los hechos y las posibilidades jurídicas concretas que el Código Penal admitía para su tratamiento.
- Así, mientras la prueba producida y la reconstrucción de los hechos se refería permanentemente a la comisión de un delito producto del miedo y/o en legítima defensa (en función de la historia de violencia intrafamiliar y de la historia previa de la imputada y de la narración de los hechos), la defensa argumentó un accionar producto

de la emoción violenta. Esta estrategia tiene la ventaja de permitir una medida sustitutiva, pero lo óptimo sería que los jueces aceptaran como legítima defensa los primeros actos procesales, para evitar que se entendiera que las mujeres actuaron en una situación que las incapacitaba temporalmente.

- El ministerio público tuvo una actuación formal y poco activa en la acusación. Es más, en su narración de los hechos sostiene la hipótesis de la legítima defensa por lo que la mayor parte del trabajo de la defensa se centró en contrarrestar las decisiones jurisdiccionales en la etapa preliminar.

- La producción de prueba fue coherente con la hipótesis inicial, creativa como la solicitud del peritaje cultural y de género- y acertada. La prueba pericial producida fue clave y la más considerada por el tribunal.

- Se recomienda, en consecuencia, ajustar y controlar con más exactitud la solicitud de la prueba pericial en futuros casos de este tipo, considerando:

a) la formulación de las preguntas: se recomienda una discusión previa en equipo para determinar qué requisitorias deben formularse a los peritos y las posibles consecuencias de las mismas,

b) el establecimiento de hipótesis: discutir y analizar en profundidad antes de formular el pedido: qué objetivos se pretende alcanzar con el mismo y, después de recibido,

evaluar si el documento cumple con el objetivo o no, para continuar requiriendo otros si fuera necesario.

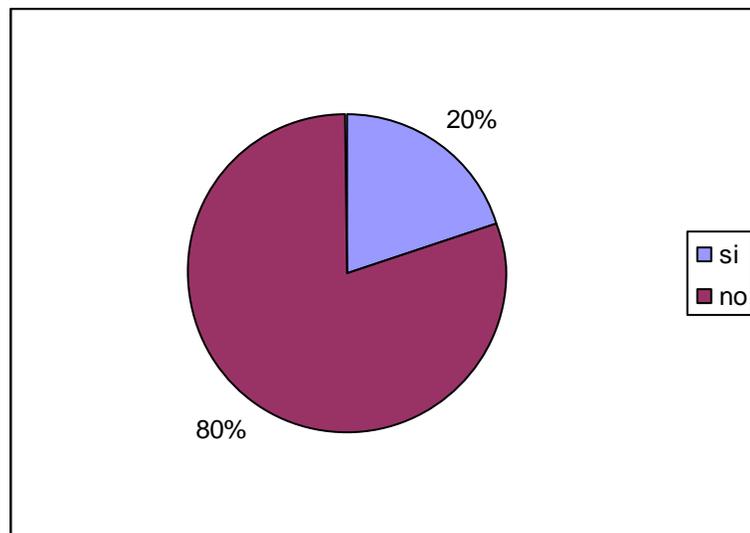
CAPÍTULO IV

4. Aplicación del miedo invencible con enfoque de género en los procesos penales por el delito de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar

4.1 Encuestas a Jueces de Tribunal de Sentencia del Municipio de Guatemala

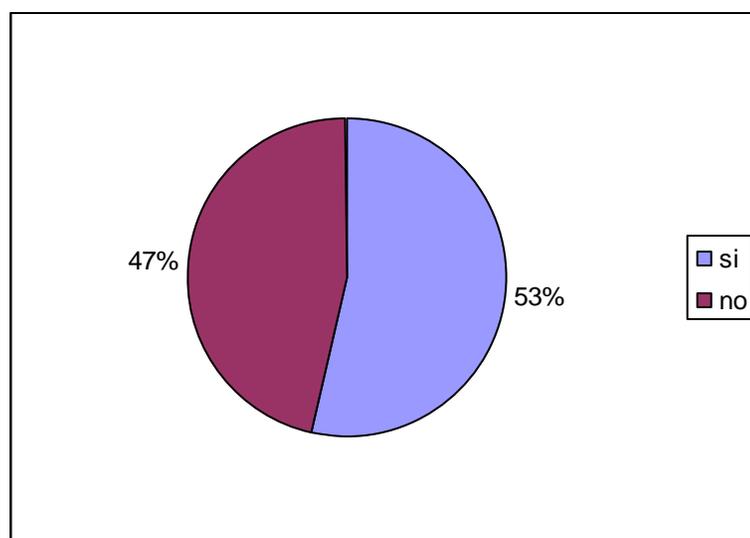
a) Sabe usted que es la teoría de género y su aplicación en caso concreto

20% contestó que si y el 80 % que no



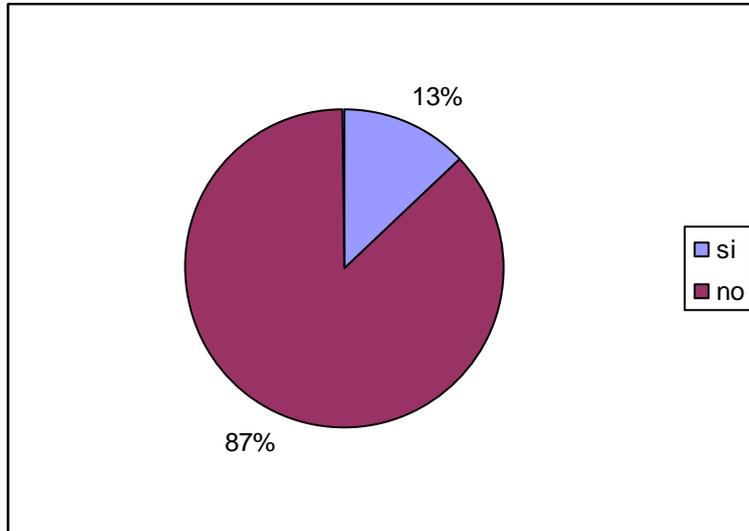
b) ¿Cree usted que en los casos de parricidio en donde la esposa da muerte a su esposo por causas de violencia intrafamiliar se debe aplicar la causa de inculpabilidad de miedo invencible?

53% contesto que si y 46.66% que no



c) Ha aplicado usted el miedo invencible en delitos de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar?

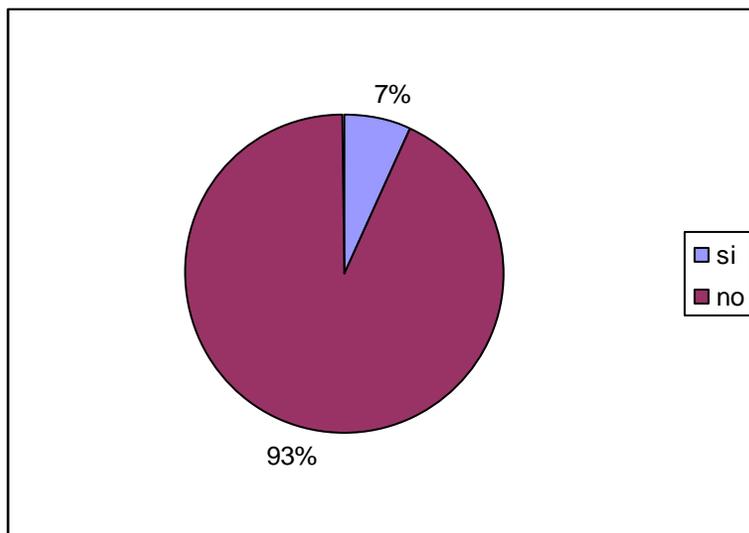
13% contestaron que si y 87% que no



4.2 Encuesta a Fiscales del Ministerio Público del Municipio de Guatemala

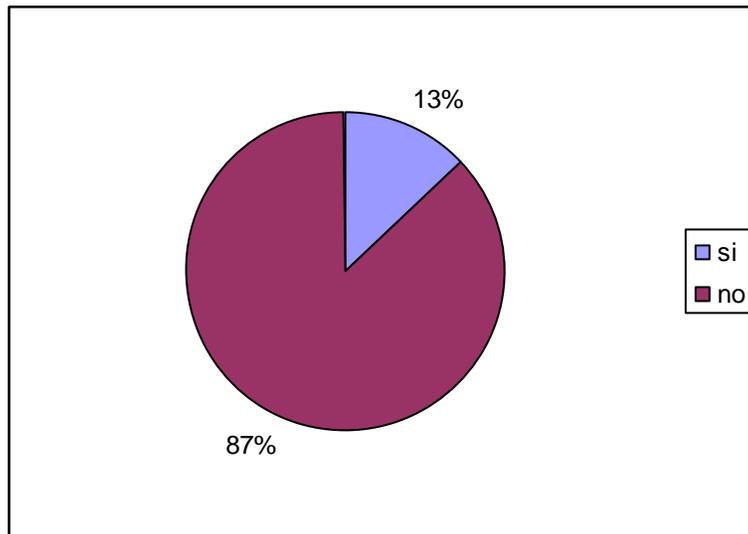
- a. Sabe usted que es la teoría de género y su aplicación en caso concreto

7% contestaron que si y 93% que no



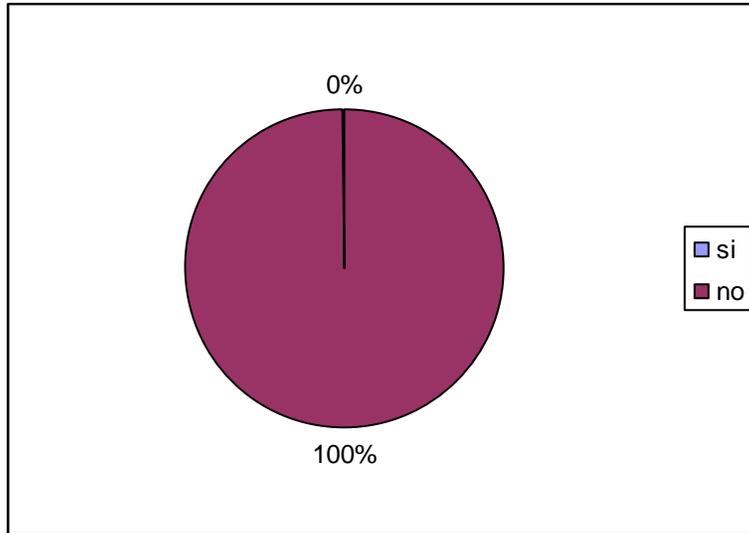
- b. ¿Cree usted que en los casos de parricidio en donde la esposa da muerte a su esposo por causas de violencia intrafamiliar se debe aplicar la causa de inculpabilidad de miedo invencible?

13 % contesto que si y el 87 % que no



- c. Ha aplicado usted el miedo invencible en delitos de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar?

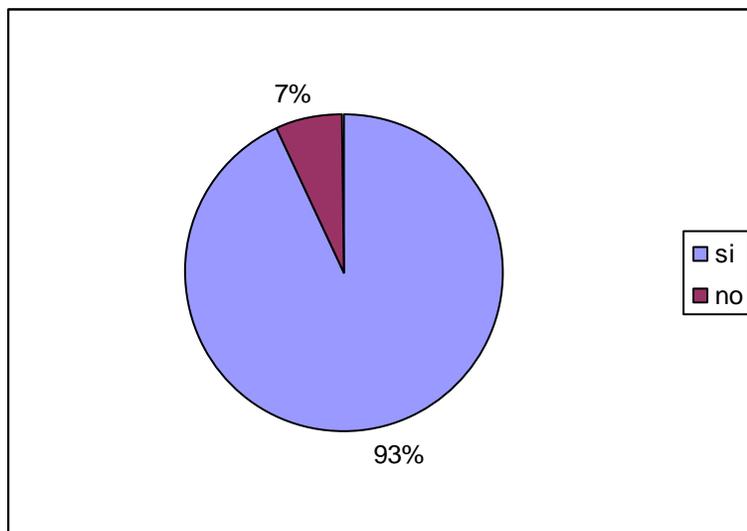
100% contesto que no



4.3 Encuesta a Defensores Públicos del Municipio de Guatemala

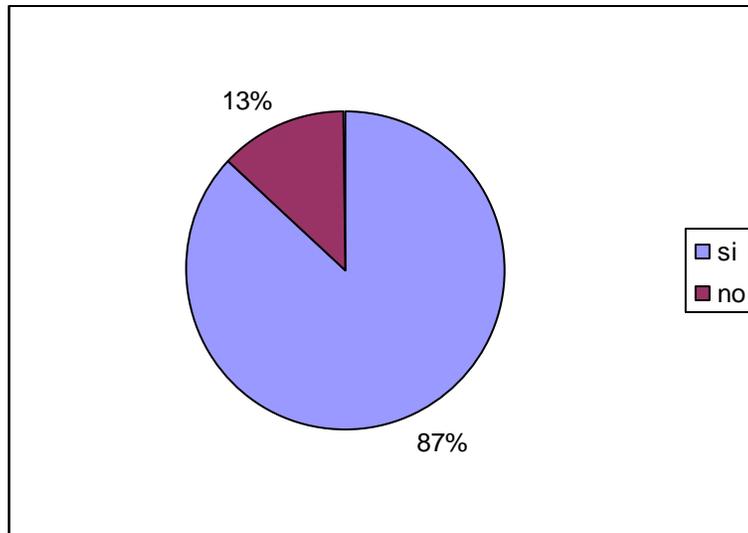
d. Sabe usted que es la teoría de género y su aplicación en caso concreto

7% contestó que no y el 93% que si



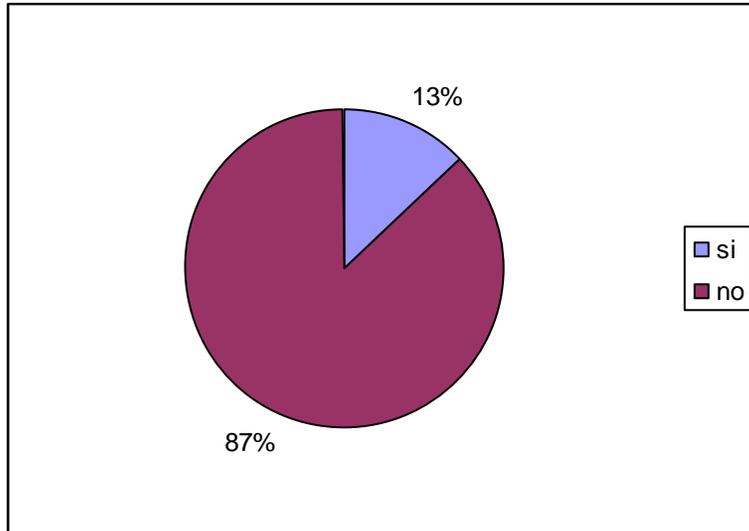
e. ¿Cree usted que en los casos de parricidio en donde la esposa da muerte a su esposo por causas de violencia intrafamiliar se debe aplicar la causa de inculpabilidad de miedo invencible?

13% contestó que no y 87% que si



f. Ha aplicado usted el miedo invencible en delitos de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar?

13% contestó que sí y el 87% que no



Del análisis del trabajo de campo podemos decir que en cuanto a la primera pregunta que se refiere al conocimiento que tienen jueces, fiscales y Defensores públicos sobre la teoría de género y su aplicación en casos concretos, los jueces y fiscales fueron los que menos conocimiento tienen sobre este tema a diferencia de los Defensores Públicos que en donde hay un porcentaje más alto de conocimiento sobre el tema.

En la segunda pregunta los agentes fiscales consideran que no se debe de aplicar el miedo invencible en los delitos de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar, a diferencia de los Jueces y de los Defensores Públicos que el trabajo de campo revelo que consideran que si debe de aplicarse el miedo invencible en estos casos.

Los Fiscales del Ministerio Público del municipio de Guatemala indican que no han aplicado el miedo invencible en delitos de parricidio con antecedente de violencia

intrafamiliar a diferencia de los Jueces y Defensores Públicos que indican si haberlo aplicado pero en un porcentaje bajo.

El trabajo de campo realizado permitió comprobar la hipótesis planteada al inicio de la investigación en relación que no existe un conocimiento en Jueces Fiscales y Defensores Públicos de la Teoría de Género aplicada a la Teoría del delito en un caso concreto, así como la falta de sensibilización que existe en los operadores de justicia en relación al tema de género en los casos de parricidio con antecedente de violencia intrafamiliar lo cual redundo en su no aplicación por falta de sensibilización y conocimiento en el tema.

CONCLUSIONES

1. La teoría del delito en concordancia con la teoría de género permite identificar en los casos de mujeres sindicadas de delito, en donde por causas de violencia se ha dado muerte a sus esposos o conviviente, la causa de inculpabilidad como el miedo invencible con el fin de lograr su aplicación a casos concretos.
2. La teoría de género permite visualizar en el proceso penal a las mujeres víctimas de violencia con el fin de lograr una igualdad real y no material, en su juzgamiento y que exista un verdadero acceso a la justicia.
3. Al implementar como estrategia defensiva el miedo invencible en los casos de parricidio, la producción de prueba es fundamental y debe ser coherente tal es el caso del peritaje cultural y de género, pues en el caso objeto de la investigación la prueba pericial producida fue clave y la más considerada por el tribunal de sentencia penal para la aplicación del miedo invencible.
4. Según el trabajo de campo realizado los operadores de justicia del Municipio de Guatemala, no aplican la eximente de miedo invencible en donde exista antecedente de violencia intrafamiliar en el caso de las mujeres sindicadas del delito de parricidio por desconocimiento de la teoría de género y su aplicación al caso concreto con la teoría del delito.

RECOMENDACIONES

1. Capacitar y sensibilizar a los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos sobre la teoría de género, teoría del delito y su aplicación al caso concreto. En tanto se construye un sistema normativo penal y procesal penal que visibilice a la mujer, deben hacerse ver, por parte de los operadores de justicia, específicamente de los defensores a través de los medios de prueba, la situación y posición de las mujeres.
2. Verificar por medio de la unidad de la mujer y análisis de género del Organismo Judicial la cantidad de mujeres que se encuentran guardando prisión por haber dado muerte a su esposo o conviviente con antecedentes de violencia intrafamiliar para verificar la aplicabilidad de la teoría de género en concordancia con la teoría del delito específicamente de la causa de inculpabilidad de miedo invencible.
3. Verificar por medio del eje transversal de género del Instituto de la Defensa Pública Penal la cantidad de mujeres que se encuentran guardando prisión por haber dado muerte a su esposo o conviviente con antecedentes de violencia intrafamiliar para verificar la aplicabilidad de la teoría de Género en concordancia con la teoría del delito específicamente de la causa de inculpabilidad de miedo invencible.
4. Al momento de realizarse procesos penales en contra de las mujeres debe aplicarse una igualdad real o material y no formal, valorando las diferencias que existen en la sociedad entre hombres y mujeres por lo que se deben de presentar medios de

prueba por parte de los defensores públicos y fiscales para acreditar la eximente de miedo invencible en los casos de violencia intrafamiliar en donde la mujer da muerte a su esposo a causa de este motivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTHONY, Carmen. **Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las Mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas.** En: Género y Derecho. LOM. Ediciones Santiago de Chile, 1999.
- AYALA GÓMEZ. El concepto de miedo en la circunstancia 10° del artículo 8 del Código Penal, en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 91 y ss.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica del derecho penal.** Editorial Siglo XXI. México, 1986.
- El paradigma de género en la cuestión criminal a la cuestión humana. En las trampas del poder punitivo.** Editorial Biblos. Buenos Aires, 2000.
- Derechos Humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal. Fascículos de Ciencias Penales.** Porto Alegre, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del delito.** 1ª. Edición. Editorial Hammurabí, S:R:L:, Arguente, 1994.
- BERRON, Linda. **Las mujeres y el poder.** Editorial mujeres. Costa Rica. 1997
- BIRGIN, Haydèe, compiladora. **Las Trampas del poder punitivo, el género del derecho penal.** Editorial Biblos. Argentina. 2000.
- BOBBIO, Norberto, **El problema del positivismo jurídico.** 2ª. Edición; Buenos Aires, Argentina: Editorial, Universitaria 1994
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal.** Barcelona: Editorial PPU, 1987.
- CARRARA, Francisco. **Programa del curso de derecho penal,** 1ª. Edición. Madrid: Ediciones de Jiménez de Asúa, Reus, 1925.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl. **Principios de sociología criminal y de derecho penal,** 2ª. Edición; México: Editorial Escuela de Ciencias Políticas y sociales, UNAM, 1955.
- DE ANDRADE PEREIRA, VERA Regina. **Dogmática y sistema penal.** Brasil: Tesis de Doctorado UFSC. 1995.

- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.. **Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código Penal español** en A. D. P. C. P., **tomo XXX**, 1977.
- FACIO, ALDA Y FRÍES, Lorena. **Género y Derecho**. Ediciones Lom/La morada American University, Santiago de Chile, septiembre, 1999.
- FERREIRA, Graciela. **La mujer maltratada**; Buenos Aires; Editorial Hermes, 1989.
- FLORIÁN, Eugenio, **Parte general del derecho penal**, 1ª. Edición; La Habana Cuba: Ediciones la Propagandista, 1929.
- GIRON PALLES, José. **Módulo teoría del delito**; 1ª. Edición; Guatemala, 2008.
- HERRERA, Kenia; **Manual Justicia Penal y Género**; ICCPG; Guatemala, 2004.
- ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga y Doctor RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, **El modelo lógico del derecho penal**, 1ª. Edición; México: Fondo de cultura social, 1,997.
- ISLA DE GONZÁLEZ, Olga. **Análisis lógico de los delitos contra la vida**. 1º. Edición; México: Trillas UNAM, 1998.
- JAKOBS, Günter (1995): **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- LARRANDART, Lucía. **Control social, derecho penal y género**. Las trampas del poder punitivo. Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- LARRAURI, Elena. **Control formal:... y el derecho penal de las mujeres. En mujeres, derecho penal y criminología**. Editorial Siglo veintiuno, Madrid, 1994.
- LARRAURI PIJOAN, Elena (1997): **Causas de Justificación: criterios de identificación**, en Winfried Hassemer, Elena Larrauri, Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal, Madrid: Tecnos.
- MIR PUIG, Santiago; **Derecho Penal Parte General**. Barcelona, PPU, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito** 1ª. Edición, Barcelona España: Ediciones Elma, 2000.
- QUINTANAR DIEZ, Manuel (1988): **La eximente de miedo insuperable**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa).
- ROXIN, Claus, **Derecho Penal. Parte general**. Tomo I. fundamentos, la estructura de la teoría del delito. 3ra. edición, Madrid: Editorial Civitas, 1997 traducción y notas

Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa.

RUIZ-JARABO, Consuelo, Blanca Prieto Pilar. **La violencia contra las Mujeres**. Belén Nogueiras García. La violencia en pareja. Madrid, España: Ediciones Díaz de Santos, 2004.

RUIZ, Servio Julio. **La concepción del delito en el Código Penal**. 1ª. Edición Bogotá Colombia, Ediciones Temis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio. **La mujer y el poder punitivo**. En: sobre patriarcas, jercas, patrones y otros varones. ILANUD. Programa mujer, justicia y género. Costa Rica. 1993.

Legislación:

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

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

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

Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. "Convencion de belem do para"

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. **(Pacto de San José)**.