

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

**LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE  
ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE  
MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA**

**ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM**

**GUATEMALA, MAYO DE 2012**

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

**LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE  
ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE  
MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

**Guatemala, mayo de 2012**

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Carlos Urbina Mejía.
Vocal:	Lic. Edgar Manfredo Roca Canet.
Secretario:	Lic. José Luis de León Melgar.

**Segunda Fase:**

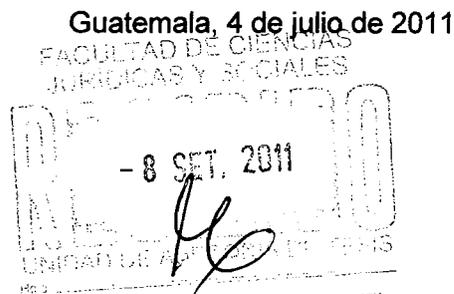
Presidente:	Licda. Dasma Janina Guillen Flores.
Vocal:	Lic. Juan Francisco Flores Mazariegos.
Secretario:	Licda. Marisol Morales Chew.

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



**Oficina Jurídica**  
**Cuarta avenida "A" doce guión cincuenta y cuatro, zona**  
**catorce, apartamento trescientos dos, ciudad de Guatemala**  
**Teléfono 5412-6108**

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



Como Asesor de tesis del bachiller: **ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM**; en la elaboración del trabajo titulado: **"LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA."** Por este medio manifiesto lo siguiente:

- a) El trabajo se enfoca en el análisis jurídico de la crisis que vive el sistema de justicia guatemalteco, en el tema de la protección a los menores de edad; particularmente en el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Asimismo, se establece que no existe una adecuada persecución penal por parte del Ministerio Público, como tampoco la aplicación de la pena por parte de los órganos jurisdiccionales.
- b) Los métodos y técnicas que han sido utilizados para la elaboración del trabajo comprenden: el jurídico y el sociológico; el primero se enmarca en lo relacionado con el desarrollo del tema objeto de la investigación, es decir, el análisis del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. En cuanto al método sociológico, este se aplicó en el estudio de la unidad de análisis, para establecer la percepción respecto al tipo penal estudiado. En lo concerniente a las técnicas, se aplicó la investigación bibliográfica y documental. La primera, para la consulta de los principales teóricos del derecho penal, procesal penal, y de los derechos humanos; específicamente en lo relacionado con la protección hacia los menores de edad. Respecto a la técnica documental, se utilizó para obtener información a través de las fuentes de consulta.
- c) El aporte científico de la investigación deviene en las conclusiones valederas a las cuales se arribó, en virtud que no existe una adecuada persecución penal del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad; así como tampoco se produce una adecuada aplicación de la pena.
- d) En lo concerniente a lo que preceptúa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, opino lo siguiente: El contenido científico y técnico del trabajo de tesis es acorde con su desarrollo, tomando en consideración el aporte científico que se establece en cuanto al tema de la



explotación sexual comercial de personas menores de edad, así como sus efectos. La metodología y las técnicas utilizadas han sido las adecuadas, en principio por el empleo del método jurídico, el cual se complementó con el sociológico. En el aspecto de las técnicas bibliográfica y la documental, contribuyeron en la obtención del resultado del informe final. La redacción ha sido del todo afortunada, no incluyó cuadros estadísticos y, en cuanto al aporte científico marca un importante avance en el análisis de de esta nueva forma de delinquir, de la cual se conoce poco en el país, pero que desgraciadamente ya es una realidad, no combatida y poco estudiada. Las conclusiones manifiestan la necesidad de que el Ministerio Público ejerza de forma adecuada su función de persecución penal en el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Las recomendaciones guardan estrecha relación con las conclusiones. La bibliografía ha sido la adecuada en atención al tema desarrollado. Las modificaciones que se le han sugerido al bachiller, las ha tomado en consideración de forma oportuna. Por lo antes expuesto, apruebo el trabajo de investigación.

He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con lo cual se comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito DICTAMEN FAVORABLE; con el objeto de que el mismo pueda continuar con el diligenciamiento correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

**Dr. Emilio Gutiérrez Cambranes**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado 8219**

*Dr. Emilio Gutiérrez Cambranes*  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de septiembre de dos mil once.

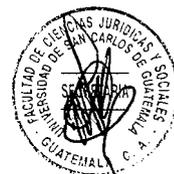
Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): **JULIO ESTUARDO SOLORZANO RUBIO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM**, Intitulado: **“LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA”**.

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/jrvch.



## OFICINA JURÍDICA

**4ª. Avenida 5-12, zona 1, oficina 2, 2º piso, Edificio Calderón, ciudad de Guatemala.**

**Teléfono: 53201034**

Guatemala, 10 de octubre de 2011

Licenciado:

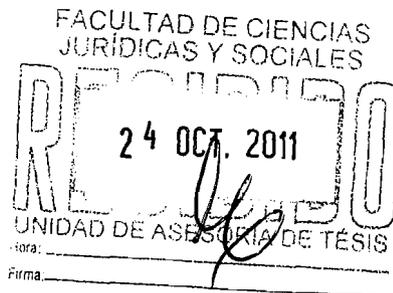
Carlos Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho



Licenciado Castro Monroy

En atención al nombramiento que me fue conferido, en el cual se me designa como revisor de tesis del bachiller: **ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM**, en la elaboración del estudio intitulado: **“LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA.”** Habiendo procedido a revisar el trabajo, me dirijo con el objeto de referir lo siguiente:

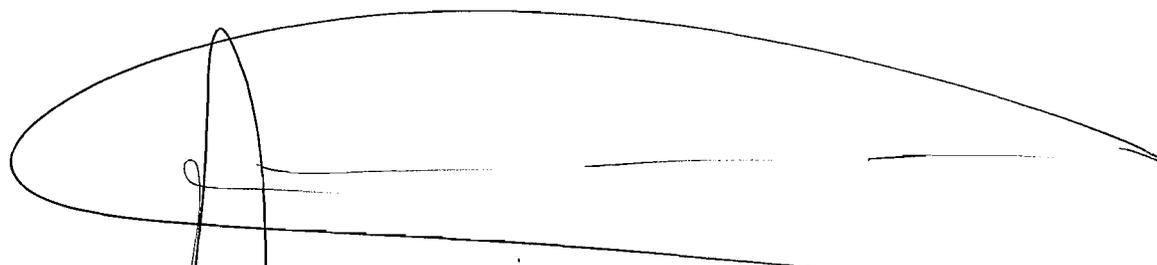
- a) El estudio desarrolla el análisis jurídico de la ineficacia por parte del Ministerio Público, en lo relacionado con la efectiva persecución penal, de quienes delinquen a través de la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad. Asimismo, lo relacionado con la aplicación de la pena, en correspondencia con lo que regula la legislación sustantiva en materia penal.
- b) Los métodos y técnicas que han sido utilizados para la elaboración del trabajo de investigación, comprenden de manera fundamental: el jurídico y el sociológico.
- c) El aporte científico de la investigación se configura en las conclusiones a las cuales se arribó, en el sentido que se logró determinar que no se produce por parte del Ministerio Público, una adecuada persecución penal hacia las personas y grupos criminales organizados, que se dedican a la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Se determinó que la Antigua Guatemala, Panajachel, Flores, Quetzaltenango, Cobán y Amatitlán, son los lugares en los cuales con mayor frecuencia se produce la comisión del ilícito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de



personas menores de edad, en virtud que, dada su importancia turística, reciben en mayor cantidad y frecuencia la visita de extranjeros.

- d) De acuerdo a lo que preceptúa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, opino lo siguiente: El contenido científico y técnico del trabajo de tesis es congruente con su desarrollo, en virtud del aporte; mismo que se advierte en el contenido del informe final, en cuanto a la problemática que se presenta en el tema de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, a través de una nueva modalidad como lo es las actividades turísticas. Asimismo, la temática abordada se realiza de forma estructurada y técnica. La metodología y las técnicas utilizadas han sido las adecuadas. La redacción ha sido ajustada a los parámetros idiomáticos y reglamentarios. En cuanto al aporte científico marca un importante avance en el planteamiento de los factores que inciden de forma negativa en el aumento de la comisión de este tipo penal, y lo difícil que resulta establecer la forma en que operan los grupos criminales que realizan dichos actos. Por lo cual se concluye en la necesidad que existe de realizar una adecuada persecución penal, así como la efectiva aplicación de la ley penal, para posibilitar el combate efectivo del delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.
- e) En argumento de lo anterior, he procedido a revisar el trabajo en mención. Opino que se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del estudio; por lo tanto, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que se continúe con el diligenciamiento correspondiente.

Atentamente,



Julio Estuardo Solórzano Rubio  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Julio Estuardo Solórzano Rubio  
Abogado y Notario  
Colegiado número 4672



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de abril de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante ALFONSO CLEMENTE TAX TOYOM titulado LA INEFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN DE ACTIVIDADES TURÍSTICAS PARA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE MENORES DE EDAD, Y LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA PENA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh.



## DEDICATORIA

**A DIOS:** Por ayudarme en todo momento y darme la oportunidad de cumplir con esta meta.

**A MIS PADRES:** Alfonso Nicolás Tax García, y Francisca Jesús Toyon Lacan, por el apoyo brindado.

**A MI ESPOSA:** Francisca Serapia Tax Tale, por su comprensión.

**A MIS HIJOS:** Sandra Francisca, Senaida Melita y Ronaldhino Alfonso, Por su amor.

**A MIS AMIGOS:** Por los momentos compartidos en todo este tiempo, con especial recuerdo de lo vivido en los campos de la aldea Barraneché del municipio de Totonicapán departamento de Totonicapán.

**A MI ASESOR:** Emilio Gutiérrez Cambranes, por sus conocimientos compartidos y valioso apoyo.

**A MI REVISOR:** Julio Estuardo Solórzano Rubio, Por su dedicación al trabajo presentado.

**A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, con especial dedicación.

**A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por darme la oportunidad de ser parte de ella y, por haberme brindado los conocimientos necesarios.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción. . . . .	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. El derecho penal. . . . .	1
1.1. Consideraciones generales. . . . .	3
1.2. Conceptualización del derecho penal. . . . .	11
1.3. Caracteres del derecho penal . . . . .	17
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. El delito. . . . .	21
2.1. Relación histórica. . . . .	21
2.2. Definición de delito. . . . .	22
2.3. Aspectos positivos del delito . . . . .	28
2.4. Aspectos negativos del delito. . . . .	40
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. La ley penal. . . . .	51
3.1. Concepto . . . . .	52
3.2. Caracteres de la ley penal . . . . .	53
3.3. Especies de la ley penal. . . . .	54
3.4. Formas de la ley penal . . . . .	55
3.5. La pena. . . . .	56
3.6. Penas principales. . . . .	58
3.7. Penas accesorias. . . . .	61
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. El delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de	

menores de edad . . . . .	65
4.1. El bien jurídico tutelado . . . . .	67
4.2. El turismo sexual en la explotación comercial de menores de edad. . . . .	69
4.3. La comisión del delito. . . . .	76
4.4. La efectiva persecución penal. . . . .	79
4.5. Vulneración a los derechos de los menores de edad. . . . .	83
CONCLUSIONES . . . . .	87
RECOMENDACIONES . . . . .	89
BIBLIOGRAFÍA. . . . .	91



## INTRODUCCIÓN

Dentro del tema de la protección hacia los menores de edad, regulado en la legislación guatemalteca, específicamente en el ámbito penal, especial importancia reviste lo relacionado con la explotación sexual comercial. Una variedad o forma de operar que recientemente se ha incrementado en el país, es la utilización de actividades turísticas para dichos fines.

La utilización de actividades turísticas para la explotación sexual de personas menores de edad, configura un delito poco conocido y se confunde con la explotación sexual en bares o centros nocturnos; no obstante que funciona en forma muy discreta.

A pesar de ello, el turismo sexual se practica cada vez más en Guatemala, por lo cual se incluyó en la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; dicho tipo penal, aspecto que supuso una reforma al Código Penal.

El tema del turismo sexual es casi desconocido en el país, lo cual constituye un verdadero problema que dificulta su conocimiento; al punto que resulta difícil detectar este tipo de explotación sexual comercial, y la línea que lo separa de la prostitución es poco perceptible.

Lugares como Antigua Guatemala, Panajachel y Flores constituyen los principales puntos turísticos donde este fenómeno tiene mayor incidencia con turistas extranjeros, mientras que el Puerto de San José es el centro del turismo sexual nacional; sumado al hecho que existe cierta tolerancia por parte de las autoridades.

Ante dicho panorama, y dadas las características particulares de este tipo de delito, se formula la presente investigación, a través de la cual se pone de manifiesto el actuar del Estado de Guatemala, por medio de los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público, la Policía Nacional Civil, y en general los entes relacionados con la investigación y aplicación de la justicia.



En el desarrollo del trabajo, la metodología empleada incluyó los métodos analítico y sintético, para analizar de manera particularizada cada uno de los temas que comprenden la investigación, así como los subtemas, de acuerdo a la estructura final del estudio. Además se utilizaron los métodos inductivo y deductivo, para alcanzar conceptos generales a través de aspectos particulares, mediante el análisis minucioso de cada uno de los elementos teóricos que conforman el contenido de los capítulos. Los métodos descritos fueron apoyados por las técnicas de: fichas bibliográficas, fichas de resumen, y la investigación documental.

Los supuestos que han servido de apoyo para la investigación del trabajo de tesis, se fundamentan en las consideraciones relacionadas con la ineficacia de la persecución penal en el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad; así como la crisis que vive el sistema de justicia guatemalteco, al producirse una deficiencia en cuanto a la aplicación de la pena.

La hipótesis formulada se comprobó, en el sentido que hay ineficacia en la persecución penal, así como en la aplicación de la pena relacionada con la comisión del delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad; lo cual da como resultado directo, el fomento de dicha acción delictiva, y coloca en un punto de desprotección y vulneración a muchos menores de edad que son utilizados con fines de explotación sexual.

La estructura del trabajo, se divide en cuatro capítulos distribuidos de la forma siguiente: en el capítulo primero se desarrolla el tema del derecho penal; en el segundo se aborda el tema del delito; en el tercero se realiza el análisis de la ley penal; y, finalmente en el cuarto se estudia el tema central de la investigación; es decir, la ineficacia de la persecución penal así como de la aplicación de la pena, en el delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.



## CAPÍTULO I

### 1. El derecho penal

Dentro del tema de la ineficacia de la persecución penal en el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual y comercial de los menores de edad, es preciso fijar los conceptos generales dentro del campo del derecho penal, para estar en condiciones de abordar el tema, en consonancia con la doctrina general del derecho penal tanto sustantivo como adjetivo.

Aunque es un delito menos conocido que la explotación sexual en bares, debido a que funciona en forma muy discreta, el turismo sexual se practica cada vez más en Guatemala, según diversas denuncias de organizaciones sociales.

El problema para detectar este tipo de explotación sexual comercial es que el tema del turismo sexual es difícil de percibir, a ello debe sumarse la escasa investigación que la policía y operadores de justicia efectúan respecto a este tipo de casos; cada vez es más frecuente en el país la comisión de estos delitos, debido a que no existe una adecuada fiscalización por parte de las autoridades, en concreto la persecución penal que debe ejercer el Ministerio Público.

La Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, vigente desde febrero de dos mil nueve, tipificó en el Código Penal el delito de turismo sexual el cual se castiga con prisión de seis a diez años.



Sin embargo, a más de un año, la investigación criminal sobre este tipo de ilícitos penales no se produce de forma efectiva. A pesar de este nuevo tipo penal, no existen en la Policía Nacional Civil profesionales con conocimientos para la investigación, además de la falta de especialización sobre el tema, para poder desarticular redes criminales relacionadas con esta forma de delinquir.

Lugares como la Antigua Guatemala, Panajachel, Flores, Quetzaltenango, Cobán, entre otros; se ven afectados por delitos cometidos especialmente por extranjeros, que compran casas que son frecuentadas por menores, generalmente de escasos recursos económicos. Al punto que las familias terminan convirtiéndose en cómplices.

A esto debe sumarse la tolerancia social que se da, unido a la inactividad por parte de las autoridades encargadas de aplicar la ley penal. Hasta el momento no existen sentencias en que se haya aplicado la figura de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, según lo preceptuado en el Código Penal en el Artículo 195.

Los responsables son los que venden el servicio, los intermediarios y contratadores y por supuesto quienes requieren este tipo de servicio sexual.

Por ello, se formula la presente investigación con el objeto de establecer las causas por las cuales es ineficiente la persecución penal en este tipo de casos; y en consecuencia, la inaplicación de la pena establecida en el Código Penal.



## 1.1. Consideraciones generales

Se ha dicho que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina; de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.

Todas las expresiones humanas con algún significado social, surgen en la vida de relación, en la convivencia humana, en el trato diario de unos con otros; es al entrar en relación unos con otros que se exterioriza la conducta del ser humano, y es a través de la manifestación de su conducta que el hombre realiza acciones u omisiones que le permiten expresarse; es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad, estas acciones y omisiones cuando son inofensivas, cuando no son socialmente relevantes, con aceptadas y permitidas por el Estado en cuanto que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico tutelado; sin embargo, cuando estas acciones u omisiones dañan o ponen en peligro un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y reprimidas por el derecho penal, en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada.

Al respecto, el autor Luis Jiménez de Asúa establece lo siguiente: “El derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado, reputa fundamentales.

El derecho penal, que está cubierto de sangre y que guarda en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad. De



este tremendo afán iba resultando el derecho penal liberal. Muchos siglos después de proclamado el derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado -minas, galeras-.”<sup>1</sup>

En el mismo contexto, el autor citado expone: “Los filósofos alemanes pusieron su mano prócer en el derecho penal antes que los enciclopedistas franceses le removieran, sobresaltando el joven espíritu de César Beccaria. Hugo Grocio, reproduce y enardece la lucha en pro del derecho penal público: proclamó la exaltación del derecho natural al rango de ciencia autónoma. Hobbes, Spinoza y Locke, demuestran que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los individuos proclives a la mala conducta, arrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino.

Los iluministas alemanes, siguiendo a Pufendorf, desechan la finalidad meramente retributiva. Descuellan entre todos, por su espíritu de lucha, Cristian Tomasius, profesor de Halle, en protesta contra los atropellos de la Inquisición, y Christian Wolf, que se caracteriza por haber adoptado políticamente la filosofía iluminista del Estado policía.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal.** Pág. 13.

<sup>2</sup> **Ibid.** Pág. 14.



En el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas como Luis Jiménez de Asúa, para su análisis las han planteado de la manera siguiente:

#### **a) Época de la venganza privada**

Se afirma que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual.

La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Como en dicha época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual y cada quien se hacía justicia por su propia mano. Esto dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, ya que los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, que fue atenuada por la Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, reconociendo así el grupo o la colectividad que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al



mal sufrido; de tal manera que no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercitarla.

Además de la Ley del Talión, aparece como otra limitación de la venganza privada, la composición a través de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido o a los suyos cierta cantidad para que estos no ejercitaran el derecho de venganza.

#### **b) Época de la venganza divina**

Es la época teocrática, se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia, y las penas se imponían para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera. Es el espíritu del derecho penal del antiquísimo pueblo hebreo.

#### **c) Época de la venganza pública**

Se deposita en el poder público la representación de la vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público -representado por el Estado- ejerce la venganza



en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal que pretendía mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convirtió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado; la pena era sinónimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad, aun hechos que hoy día son indiferentes como los delitos de magia y hechicería que eran juzgados por tribunales especiales con rigor inhumano; esta etapa constituye uno de los episodios más sangrientos del derecho penal europeo, especialmente en los siglos XV al XVIII.

Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos, el poder público no vaciló en aplicar las penas más crueles, la muerte acompañada de formas de agravación espeluznante, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación.

La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de justicia una completa desigualdad, mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección eficaz, para los plebeyos y los siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia, y por último, dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.



#### **d) Período humanitario**

Se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas; la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento a favor de la humanización no sólo de las penas sino del procedimiento penal, toda vez que en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos y toda clase de tormentos con la finalidad de castigar y obtener confesiones.

La etapa humanitaria del derecho penal comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo y los escritos de Montesquieu, D. Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, que en 1764 -a la par de que se gestaba la Revolución Francesa con la filosofía iluminista-, publicó su famosa obra denominada De los delitos y de las penas, en la cual se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales; luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. El tormento resulta el medio más eficaz para absolver a los robustos malvados y condenar a los flacos inocentes.



“Beccaria, se ha dicho, escribió en aquella época un alegato en definitiva contra el tormento de las penas, aún se recuerdan sus palabras -Qué derecho sino el de la fuerza será el que da potestad al Estado para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o es inocente-, consideró que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre.

Es más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crece con el vigor de la imaginación y la propia flaqueza, y es más útil porque cuando es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de las ideas, delito y pena, de tal modo que funcionan el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario.

Desde que Beccaria pronunció su primera palabra humanitaria, han transcurrido más de dos siglos y, sin embargo, sus ecos permanecen aún vibrando, quizá ahora con acentos más firmes como si desde entonces no hubiera habido otro grito más fuerte en las etapas en las que hasta entonces militaban las sanciones contra el delito.

De esta manera pues, la brillante obra del noble milanés de Beccaria, se ha dicho, tiene mérito de haber cerrado un capítulo del derecho penal, que podríamos pensar fue el primero y que le han llamado antiguo, y de abrir otro que los especialistas han denominado Edad de Oro del derecho penal.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> **Ibid.** Pág. 16.



### **e) Etapa científica**

Se inicia con la obra de César Bonnesana, el Márques de Beccaria, y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la Escuela Positivista.

Luego de la Escuela Clásica aparece la Escuela Positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri -uno de sus precursores-, consideró que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose, para su estudio, del método positivista o experimental, contrapuesto al lógico abstracto de la Escuela Clásica. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales. Enrico Ferri, estudia la etiología de la delincuencia y pone de relieve el influjo de los factores individuales, antropológicos, físicos y sociales en los que se condensa la etiología de la criminalidad; de esta manera se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente; la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o de defensa social.

Luego de esta etapa, surge el llamado derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, con rasgos netamente peculiares que por su espíritu y orientación presentaba un vivo contraste con el derecho penal liberal individualista proveniente de las ideas del Siglo de las Luces y de la Revolución Francesa. Su principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de



tipo político, que en regímenes democráticos tuvieron trato benévolo en grado sumo, fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

#### **f) Época moderna**

Existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico.

Es más, algunos especialistas sostienen que el derecho penal debe circunscribirse con alguna exclusividad a lo que se denomina dogmática jurídica penal, que consiste en la reconstrucción del derecho penal vigente con base científica, alejándolo, incluso, de las consideraciones filosóficas y críticas. La dogmática se edifica sobre el derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente en las conductas.

### **1.2. Conceptualización del derecho penal**

De acuerdo a lo que la doctrina informa, se pueden establecer las más conocidas y aceptadas definiciones. En dicho sentido, el autor Cabanellas de la Torre expone lo siguiente: “El derecho penal también suele ser denominado derecho criminal. Utilizando la designación primera, se refiere más exactamente a la potestad de penar; mientras



que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad derecho sobre el crimen, como infracción o conducta punible. Comprende los principios doctrinales y las normas positivas referentes al delito, al delincuente y a la pena.

El derecho penal es el conjunto de reglas establecidas por el Estado con el fin de unir al hecho del delito la pena, como su consecuencia jurídica.

El conjunto de aquellas condiciones para que el derecho, que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea reestablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó. Es la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden.”<sup>4</sup>

Por su parte, el autor Luis Jiménez de Asúa conceptualiza el derecho penal en los términos siguientes: “El derecho penal objetivo es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado; y subjetivamente, en cuanto al ius puniendi, o derecho de castigar, como la facultad estatal de establecer el concepto del delito como presupuesto de dicho poder, así como la responsabilidad del sujeto activo, y de asociar a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cabanellas de la Torre, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 143.

<sup>5</sup> Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 34.



El derecho penal se divide por lo común, tanto en la exposición doctrinal como en su expresión positiva, en dos partes: la general, que examina el delito y la pena desde el punto de vista de los principios; y la especial, que describe los diversos delitos y faltas catalogados por el legislador. En aquélla, además de los conceptos sobre delitos y faltas, se definen los responsables; los grados de ejecución; las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o mixtas; las clases, duración, contenido y naturaleza de las penas y aplicación de las mismas según los diversos supuestos; la extinción de la responsabilidad penal y lo relativo a la de índole civil. En la parte especial, por títulos y capítulos, se agrupan las familias de delitos; y luego, en Artículos, e incisos, se determinan las figuras delictivas y las penas en cada caso. Las faltas suelen ser objeto de regulación más concisa y con mayor arbitrio para los tribunales.

En un principio, la reparación de las lesiones jurídicas experimentadas se entregaba a la iniciativa y a la reacción de las víctimas o los allegados supérstites. Cuando la cautela evasiva en el temeroso o prudente no evitaba la agresión, el que la sufría replicaba en la medida de sus medios y de su vehemencia. De perecer, eran los suyos, la familia o la tribu, los que asumían la venganza, casi siempre con superación desbordada y semillero de reacciones en cadena, que resulta fácil conectar con la vendetta, arraigada en pueblos latinos. Técnicamente se estaba en la etapa de la venganza de la sangre, que conduciría a las atenuaciones de la composición, que reducía la pena al resarcimiento económico. Solamente la afirmación de Estados rudimentarios irá arrebatando poco a poco a los particulares la tutela represiva, encuadrada en el cauce lógico, aunque restrictivo en definitiva, del Talión.



Las figuras delictivas de creación primera y que perduran, son aquéllas que significan mayor alarma en lo patrimonial y mayor lesión en lo personal: el robo y el homicidio, con las variantes y agravaciones que se añadirían después del asesinato y el parricidio, y con la minoración del hurto.

Los delitos de índole sexual, la violación, en tanto que acceso violento, y el adulterio, el ilegítimo, no tardarán en asomar en el repertorio represivo. Por el contrario, se requiere la consolidación de las instituciones estatales para que aparezcan las figuras que hoy se encuadran en las infracciones de índole política y administrativa: los atentados contra la seguridad exterior e interior del Estado y los delitos de los funcionarios públicos al abusar de sus cometidos peculiares.

Cuando las garantías individuales se reconocen, ya en el siglo XIX con la afirmación del constitucionalismo en casi todos los países, se tipifican fórmulas generales o concretas contra sus violaciones desde arriba hacia abajo. Los delitos de carácter económico privado y público se encuadran igualmente en época de madurez estatal; y de ahí la represión específica de las quiebras y concursos fraudulentos, de todo género de malversación y de las estafas.

Por socavar la estructura creada para hacer justicia, desde larga data se penaron la prevaricación y el cohecho; y también se inscribieron en los códigos punitivos el perjurio y el falso testimonio, aunque en la materia campee el mayor de los impunismos.



En la actualidad, ante la formulación previa de las figuras penales, para poder enjuiciar y condenar, parece indudable que la figura precede a la comisión o infracción.

En el repertorio punitivo, la privación de la vida o la de la libertad han sido las sanciones predominantes, para establecer luego las restrictivas de esta última e instaurar después las económicas, con la multa, que representa el lucro estatal por el ajeno delito.

En el mismo orden de ideas, el autor Cabanellas de la Torre expone: “Criterio punitivo. Se enraíza el mismo con la finalidad atribuida a la pena al establecerse legalmente y a través de la aplicación concreta al condenado, en la individualización de la pena. En la materia, el clasicismo individualización de la pena.

Al interrumpir la Escuela Positivista, se trata de buscar un panorama diverso en lo penal, que se articula en las medidas de seguridad, que tardarían en arraigar, pero que casi todos los ordenamientos legislativos terminan por aceptar. Dadas sus semejanzas con las penas auténticas, crean dualidades represivas de sutil deslinde en ocasiones entre las que se aplican a los delitos y las que sancionan estados que se les parecen o que pueden provocarlos.”<sup>6</sup>

De las distintas ramas del conocimiento humano, el derecho es sin duda una de las más antiguas, cuya misión ha sido regular la conducta de los hombres a través del complicado devenir histórico de la sociedad, tratando de alcanzar la justicia, la equidad y el bien común, como los valores fundamentales más altos a los que aspira el derecho;

---

<sup>6</sup> Cabanellas de la Torre. **Ob. Cit.** Pág. 148.



y de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas, el derecho penal la disciplina más vieja, cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como: su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, y su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y la sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.

Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo; esta división aún sigue siendo válida en principio para la enseñanza de esta disciplina, ya que ubica al que lo estudia, en un punto en el que estratégicamente puede darse cuenta cómo nace y cómo se manifiesta el derecho penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico, por medio de la protección social contra el delito.

Desde el punto de vista subjetivo, es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto, la potestad de penar no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona individual o jurídica puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados.

Desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de normas, jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las

medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal.

En conclusión, se puede definir el derecho penal sustantivo o material, como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.

### **1.3. Caracteres del derecho penal**

Dentro de las características principales que conforman el derecho penal, se pueden enunciar las siguientes:

**a) Es un ciencia social y cultural:** Atendiendo a que el campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias: las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro lado; se hace necesario ubicar a esta disciplina en uno de ambos campos, ya que los dos tienen características distintas, así en las ciencias naturales el objeto de estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es experimental, mientras que en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico. De tal manera que el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la casualidad, sino regula conductas en



atención a un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser.

- b) Es normativo:** El derecho penal, como toda rama del derecho, está compuesto por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana; es decir, a normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente determinada.
  
- c) Pertenece al derecho público:** Porque siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes. El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público. La represión privada sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada.
  
- d) Es valorativo:** Se ha dicho que toda norma presupone una valoración, y esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales; ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.

Es decir, que el derecho penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valorar la conducta de los hombres.



- e) **Es finalista:** Porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. Tal regulación, de forma fundamental se realiza en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene el Código Penal.
- f) **Es sancionador:** El derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, y así se habla de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito; con la incursión de la Escuela Positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente, preventivo y habilitador.
- g) **Es preventivo y rehabilitador:** Con el apareamiento de las aún discutidas medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente. Es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

Las anteriores consideraciones fundamentan el contenido del tema relacionado con el derecho penal, dentro del contexto de los enunciados generales que lo conceptualizan; en el sentido de haber establecido el devenir histórico de esta rama del derecho, cada una de las etapas que han conformado su evolución, tal es el caso de la época de la



venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, el periodo humanitario, la etapa científica y la época moderna, tal como hoy en día se conoce a esta disciplina.

Asimismo, se ha realizado una breve referencia de los aspectos que conforman los caracteres del derecho penal, con el ánimo de fijar de mejor forma el contenido teórico que configura dicha disciplina, para estar en condiciones de establecer los postulados que sustenten de forma concreta el estudio del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, y la efectiva aplicación de la pena.



## CAPÍTULO II

### 2. El delito

Dentro del contexto del tema antes desarrollado, es decir, el derecho penal; se encuentra lo que se denomina la teoría general del delito, la cual establece las directrices generales en cuanto a la configuración del delito, sus aspectos positivos y negativos, elementos personales, características y elementos. Por ello, es necesario entender la configuración del delito, para establecer la comisión del delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, el cual constituye el punto central de la investigación.

Hechas las anteriores consideraciones, se desarrolla el tema del delito, desde la perspectiva doctrinaria.

#### 2.1. Relación histórica

De acuerdo a la exposición que realiza el autor Cabanellas de la Torre, se enuncia lo siguiente: “El delito siempre fue una valoración jurídica; por ello cambia. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. En la edad media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de los animales. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el



reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido.

Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también cómo la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía con el transcurso del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época.

Ello prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso es un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culpable, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad.”<sup>7</sup>

## **2.2. Definición de delito**

Etimológicamente, la palabra delito proviene del vocablo latino delictum, aun cuando la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena.

---

<sup>7</sup> **Ibid.** Pág. 130.



Por su parte, el autor Cabanellas de la Torre establece: “En general, delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. Proceder o abstención que lleva anejo una pena. Más técnicamente, cumplimiento del presupuesto contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor del delito o partícipe responsable de él, no viola, sino que observa. Situándose en una perspectiva de orden legislativo, delito es el proceder sancionado con una pena o la descripción legal a que va aneja una sanción punitiva. Allí donde hay concepto tripartito de las infracciones punibles, el delito es la intermedia, superado en gravedad por el crimen y superior a la venialidad de la falta.

En los códigos penales dualistas, el delito constituye la conducta reprimida más severamente, en oposición a las faltas. Donde impera el monismo criminal, delitos son todas las figuras reprimidas, aunque en una escala muy variada de severidad.

Algunos autores se sitúan más en un plano jurídico genérico que en un enfoque penal; y de ahí que sus conceptos sean más bien para lo antijurídico que para el delito. Así, el delito también es caracterizado como la violación o quebrantamiento del derecho por actos de la libre voluntad o con conciencia no sólo del acto, sino que además de que es opuesto al derecho.”<sup>8</sup>

Los positivistas penales dan sus fórmulas peculiares. Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.

---

<sup>8</sup> **Ibid.** Pág. 60.



El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad; según la medida en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuyo criterio se halla en lo necesario para la adaptación del individuo a la sociedad.

Naturalmente las mejores definiciones parecen ser las de los penalistas puros. Así, delito es una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad.

Constituye la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

En cuanto a la definición técnica jurídica, se estima que el delito es el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.

El examen sucinto de tal definición no excluye ciertas puntualizaciones. El acto abarca tanto la acción como la omisión, formas ambas de manifestación espontánea y motivada de la voluntad. La manifestación voluntaria ha de originar un resultado; y entre aquella y éste ha de haber necesaria relación de causalidad. Para que ese acto, humano y con un efecto, resulte delictivo, ha de estar descrito en el Código Penal vigente o en cualquiera otra norma vigente represiva, ha de ser típico.



Aun inserto un acto típico en la ley, puede no ser delito, si no es antijurídico; pues la muerte de un semejante puede encontrarse plenamente justificada, opiniones personales aparte, como en acción de guerra, en legítima defensa o al ejecutar a un reo condenado a la pena de muerte.

Concurriendo en el acto la tipicidad y la antijuridicidad, cabe que el agente no sea imputable, por desconocer la idea de deber o no tener el dominio de sus facultades mentales; como en el caso de locura o si se trata de un niño de corta edad.

Aun reconocida la imputabilidad normal, resulta posible que el hecho no sea culpable, por haber sido causado sin dolo ni culpa, por simple caso fortuito; por ejemplo, el cazador que, sin advertirlo, mata a un descuidado o imprudente que dormía oculto entre el ramaje de un finca dedicada a la caza.

Aun apreciada la culpabilidad, por omisión del legislador o por la novedad del hecho, podría no estar el acto sancionado por una pena; lo cual obliga al tribunal a abstenerse de todo procedimiento, y desde luego de la condena.

Para complemento, ha de ser conforme a las condiciones objetivas de punibilidad; pues, aun dándose todos los demás requisitos expuestos, el legislador exceptúa a veces de la punición el delito, por razones especiales, como las fundadas en el parentesco próximo en caso de encubrimiento, defraudación y daños.



En todo delito se da un sujeto, el que quebranta la norma jurídica o incurre en la condicional punitiva que el legislador señala: el delincuente. Un objeto, el derecho violado: la seguridad nacional, la integridad física. Una víctima, sea personal, como el asesinado, o abstracta, como el Estado al revelarse un secreto de armamento a otra nación. Un fin, la perturbación del orden jurídico, piense expresamente en ello, o no, el infractor.

Se caracteriza también el delito por tres requisitos de concurrencia necesaria: un hecho exterior que viola un derecho o que infrinja un deber previamente señalados; uno o varios sujetos, autores del hecho o responsables como partícipes; un vínculo moral que enlace al autor con el hecho, y del que nace la responsabilidad.

“En cuanto a su clasificación, por la gravedad y descartado el sistema tripartito francés que ya no tiene eco legislativo, y aun siendo todos delitos en sentido amplio, las leyes y códigos establecen dos órdenes de quebrantamientos punibles: los delitos propiamente dichos, las faltas con diferencia en las penas mayores en el primer caso, y por otra serie de preceptos sobre codelincuencia, circunstancias modificativas, arbitrio judicial y diversos puntos expresados por el legislador en cada caso.

En el delito como en los demás empeños humanos, cabe el logro, y también el fracaso o no avanzar sino algo en el camino. De ahí las distinciones entre el delito intentado, el consumado y el frustrado, a los que cabe agregar las especies preliminares del delito propuesto y el preparado, sin haber superado ni en un caso ni en otro la fase ideológica o de negociación, antes de actos iniciales de ejecución.



Los delitos pueden también dividirse: en relación con el sujeto activo, en individuales, colectivos, comunes y especiales. Con respecto al sujeto pasivo, en personales y sociales, estando en el primer grupo comprendidos el homicidio, rapto, hurto, entre muchos; y en el segundo, la rebelión, la sedición y tantos más. Por el elemento externo, en materiales, formales, instantáneos, continuos, consumados, tentados, frustrados. Por el elemento jurídico objetivo, en simples y complejos, según lesionen un solo derecho o violen más de una norma con un solo acto. Por el criterio legal, variable de un ordenamiento nacional a otro.”<sup>9</sup>

El autor Manuel Ossorio expone lo siguiente: “Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Por lo cual sus elementos sustanciales son: la acción, la antijuricidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura.

En las definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualesquiera que sea su gravedad. Mas el delito tiene en algunos códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención. Se trata de una cuestión relacionada con la división bipartita o tripartita de las infracciones penales.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> **Ibid.** Pág. 61.

<sup>10</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 292.



### 2.3. Aspectos positivos del delito

Dentro de la configuración de los aspectos que conforman el delito, y los que con mayor aceptación se producen en la doctrina jurídico penal, se pueden enunciar los siguientes:

#### a) Acción

La palabra acción proviene del latín *agere*, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna, pues toda la vida y la actividad del hombre es acción y sólo existe inacción absoluta en la muerte y en la nada.

Ser un acto es el primer carácter del delito. Según Luis Jiménez de Asúa, puede definirse el acto como: “Una manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es, pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado.”<sup>11</sup>

“En el derecho penal, la acción es la manifestación de la voluntad delictiva, la comisión de un acto penado por la ley, la cual puede revestir dos formas: Positiva o de actividad y, negativa o de abstención. A la primera se la denomina acción; y omisión a la segunda.

---

<sup>11</sup> Jiménez de Asúa. *Ob. Cit.* Pág. 137.

La distinción, real y exacta, es más bien teórica que de trascendencia práctica; y ni siquiera prevalece la impresión superficial de que la acción es más repudiable que la omisión. Así, la madre que, por dejar de amamantar a su hijo, le causa la muerte por hambre, revela crueldad más perseverante que si hubiese asfixiado a la criatura durante el sueño de ésta.”<sup>12</sup>

## **b) Tipicidad**

La vida diaria presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en algún grado la convivencia social, se sancionan con una pena.

El Código o las leyes los definen y los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

La tipicidad es el elemento del delito, consistente en la adecuación de la conducta de la realidad al tipo penal; su aspecto negativo es la atipicidad.

“La tipicidad es la designación técnica, originada por el penalista alemán Beling, que en el idioma alemán le dio el nombre de tatbestand, para designar la descripción legal del delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte otras valoraciones subjetivas u

---

<sup>12</sup> Cabanellas de la Torre. **Ob. Cit.** Pág. 72.

objetivas necesarias para su punición. Así el hurto es típico desde el momento en que se da el apoderamiento de cosa mueble ajena y el ánimo de lucro. Basta que se den esas circunstancias para que se hable de hurto, sin que ello prejuzgue que se trate de un ladrón al que haya de imponerse una pena; porque ha de averiguarse si se trata de un capaz, si ha actuado con libertad y conciencia, si se trata de cercano pariente del hurtado y demás elementos que determinan la exención de la pena, y sin que integre figura delictiva más grave, por similar como la del robo, cuya tipicidad requiere ya la fuerza en las cosas o la violencia en las personas.

En realidad el principio pro reo, no hay delito sin ley, anticipaba el moderno concepto de la tipicidad; porque implica asimismo que la acción punible ha de estar prevista en la ley para que pueda castigarse; pero este tecnicismo precisa más, y establece que ha de haber coincidencia precisa entre lo sancionable por el texto legal y lo hecho por el delincuente. Por lo común, el legislador establece un supuesto en la primera parte de los preceptos dedicados a los delitos en los libros especiales de los códigos, antes de determinar la pena. Lo primero es la base de la tipicidad, si la acción u omisión del agente se adapta a ese molde.”<sup>13</sup>

### **c) Antijuricidad**

En cuanto al tema de la antijuricidad, el autor Cabanellas de la Torre expresa: “Toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho. En orden menor, lo contrario al derecho positivo. Específicamente, elemento esencial del

---

<sup>13</sup> **Ibid.** Pág. 97.



delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal contra él garantizado por el derecho.

La posición de los códigos penales consiste en suponer en el agente la antijuridicidad, si su proceder coincide con la figura descrita; y luego se declara la exención de responsabilidad, la conducta jurídica, la inexistente violación del orden legal establecido, la legitimidad de lo hecho u omitido, debido a la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber.

En la teoría formal de Manzini se está ante una mera contradicción entre la conducta humana y la descripción que de ella hace el legislador en el tipo legal. Cabe observar que el expositor incurre en el notable descuido de no ser contradicción, sino adaptación plena, lo que se registra entre la conducta delictiva y la formulación legislativa que determina la condena.

En la teoría material de Mayer, basada en las normas de cultura, no es suficiente la contradicción entre el hecho y la conducta jurídica; sino que se precisa la infracción de los intereses sociales legalmente tutelados.

En la teoría objetiva, propugnada por Nagler, es antijurídico todo comportamiento que objetivamente pugna con los fines del ordenamiento jurídico. En posición opuesta, Von Ferneck opina que la antijuridicidad sólo es concebible en función del autor de la conducta; es decir, que solamente se es culpable por la conciencia o voluntad de proceder ilícitamente.

Obsérvese que antijuridicidad es vocablo nuevo, pero ya usual en la técnica; proviene del adjetivo -antijurídico-; y, por tanto, la formación de la voz -antijuricidad- es un barbarismo, pues no existe el vocablo -antijurídico-.”<sup>14</sup>

Puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Pero esto nada profundo expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas.

La evolución del concepto de la antijuricidad, se completa por negaciones, es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma: no se nos dice lo que es antijurídico, son aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario.

Se forma el concepto valorativo de la antijuricidad, se ensancha el ámbito de las causas justificantes. Para conocer el carácter jurídico de un acto, encajado en un tipo del Código, se deben establecer las etapas siguientes:

- Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuricidad -como muerte de un hombre en legítima defensa-;

---

<sup>14</sup> **Ibid.** Pág. 310.



- Si en caso de no hallarse expresamente enunciada la juricidad del hecho, éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado; y
- Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.

#### **d) Imputabilidad**

Conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

En derecho es la capacidad de entender y querer. Se trata propiamente de la capacidad de las personas para ser consideradas responsables en materia penal; por la comisión de un delito. La edad para ser imputable varía en cada país, pero de acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco, dicha edad se establece en los 18 años.

Así, los menores de edad que se encuentran en condiciones de conflictos penales son reencausados en la sociedad a través de lo que regula la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en el caso de los mayores de edad, las acciones que constituyan delito o falta, son reguladas principalmente por el Código Penal guatemalteco y otras leyes penales. En el aspecto procesal los mayores de edad, son procesados de acuerdo a las normas establecidas en el Código Procesal Penal guatemalteco; no así los menores de edad, que la ley específica de la materia,



establece el proceso a seguir, ello porque la misma Constitución Política de la República lo regula en el Artículo 20.

“Imputabilidad. Capacidad penal para responder, aptitud para ser atribuida a una persona una acción u omisión que constituye delito o falta. La relación de causalidad moral entre el agente y el hecho punible.

La imputabilidad apunta a la causa psíquica, a la capacidad para responder un sujeto, en el momento delictivo. La imputabilidad o plenitud mental no significa sino una aptitud, que poseen la mayoría de los sujetos, al menos hasta que los psiquiatras sean movilizados; pero sin trascendencia general alguna mientras no se prueba un hecho delictivo y un nexo de culpabilidad con el imputable.

Pero tampoco ahí se encuentra sin más la posibilidad represiva. Una acción puede ser imputable a un individuo sin que por ello sea responsable; porque la responsabilidad es una consecuencia ulterior de la imputabilidad. Así, el loco no es imputable, y tampoco el niño, y, sin embargo, el padre es responsable a veces por los daños causados por el hijo. Al que defendiéndose legítimamente mata a otro, cabe imputarle tal homicidio; pero, al desaparecer la antijuridicidad, no hay responsabilidad, ni cabe aplicarle pena. En principio, la responsabilidad, además de que en el agente sea causa física material, requiere conciencia y libertad.

La Escuela Clásica del derecho penal encuentra el fundamento de la imputabilidad en el libre albedrío humano que, pudiendo elegir sin restricciones entre el bien y el mal, opta

por este último al delinquir. La Escuela Positiva, por el contrario, se apoya en la peligrosidad o temibilidad del sujeto. Para la primera es justo castigar a quien mal procede; para la segunda, en virtud de los postulados de la defensa social, es necesario precaverse de quien pretende hacer un mal, aun antes de consumarlo o intentarlo.

La imputabilidad penal se construye a través de las causas de inimputabilidad que los códigos suelen incluir entre las circunstancias eximentes. Es imputable así el mayor de edad que goza de lucidez mental, no está embriagado, no es sordomudo sin instrucción y obra con conciencia, voluntad y sin ser impulsado por el miedo.”<sup>15</sup>

En una sistemática total de derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país; pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría jurídica del delito.

El autor Luis Jiménez de Asúa al referirse al vocablo imputar, establece lo siguiente: “Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica

---

<sup>15</sup> **Ibid.** Pág. 361.



entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.”<sup>16</sup>

La imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad que tiene aquélla como presupuesto.

### **e) Culpabilidad**

Calidad de culpable, de responsable de un mal o daño. Imputación de delito o falta, a quien resulte agente de uno u otra, para exigirle la correspondiente responsabilidad,

---

<sup>16</sup> Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 222.



tanto civil como penal. Calificación como culposa o dolosa de la acción u omisión punible.

“La parte más delicada de cuantas el derecho penal trata es la culpabilidad. Mientras nos hemos movido en un terreno descriptivo -tipicidad-, o de valoración objetiva -antijuricidad-, no ha sido preciso estimar, en la medida en que desde este instante es necesario hacerlo, la individualización. En última instancia, nuestra disciplina es individualizadora en alto grado, y al llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.

En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La imputabilidad suele quedar encerrada, en los tratados alemanes, en el amplio capítulo de la culpabilidad lato sensu. La imputabilidad figura, pues, no en una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto del delito.

En suma: la culpabilidad, en el más amplio sentido, comprende la imputabilidad, salvo cuando, se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.



En las legislaciones vigentes no se ha definido de modo afirmativo ni la antijuricidad ni la imputabilidad. Sabemos lo que son en los distintos Códigos del mundo porque debemos deducirlo por procedimientos inversos de las negociaciones que se consignan en las leyes penales. En efecto; éstas, en vez de decirnos lo que es antijurídico, nos dicen lo que no es injusto; esto es, lo que está justificado, y en vez de definir quiénes son imputables, enuncian quiénes son inimputables.”<sup>17</sup>

#### **f) Condicionalidad objetiva**

Son las llamadas excusas absolutorias. “Constituyen eximente o causa de impunidad establecida por la ley fundándose en motivo de utilidad pública o interés social. Aun reconociendo la antijuridicidad del hecho o de la omisión, y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica pena. Si bien, se citan como excusas absolutorias el desistimiento espontáneo en la tentativa y el arrepentimiento activo, la circunstancia típica al respecto proviene del parentesco y en cuanto al encubrimiento.

En efecto, pese a que cooperan con el delincuente y a que estorban la labor de la justicia -dos actitudes típicamente delictivas-, están exentos de las penas impuestas ciertos encubridores; y, además, delincuentes activos, por ciertos motivos; y, además, delincuentes activos, por motivos de conveniencia política.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> **Ibid.** Pág. 234.

<sup>18</sup> Cabanellas de la Torre. **Ob. Cit.** Pág. 626.



Las condiciones extrínsecas de penalidad constituyen uno de los caracteres del delito.

La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número. Por lo que respecta al último de los caracteres enunciados la penalidad también se polemiza sobre ella, y hay muchos autores modernos que piensan que, en vez de una característica del delito, es una consecuencia.

Ernesto Beling, que mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, las define así: "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las sextas condiciones de punibilidad, y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como segundas condiciones de punibilidad.

Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquéllas no son circunstancias que pertenezcan al tipo, por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas.



Se dice que son condiciones objetivas de penalidad las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción.

Dentro de la clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad, se pueden citar las siguientes:

- Desde el punto de vista de su aparición: forma positiva, como la apertura del concurso de quiebra; y forma negativa, en que la punibilidad se vincula a la condición de la inexistencia de ciertas circunstancias, como el hurto necesitado, que es un hurto privilegiado.
- Desde el punto de vista de su extensión: condiciones de punibilidad generales; y condiciones de punibilidad especiales.”<sup>19</sup>

#### **2.4. Aspectos negativos del delito**

En contraposición a los aspectos positivos del delito, aparecen los aspectos negativos del delito, que configuran ciertos elementos que hacen necesario un estudio especial, para establecer la persecución penal por acciones u omisiones; o en su defecto, conllevan el cese de dicha persecución. Entre los aspectos negativos se pueden enunciar y desarrollar los siguientes:

---

<sup>19</sup> Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 285.



## a) Falta de acción

La falta de acción es lo que comúnmente se conoce como la omisión, es decir el no obrar en determinada situación, cuya abstención configura la existencia de un delito.

“Recibe el nombre de delito de abstención o inacción. Consiste en la lesión de un derecho ajeno relativo a la persona, bienes o facultades jurídicas de otro, o en el incumplimiento de un deber propio, por no realizar los actos o movimientos corporales que evitarían esa infracción penada por la ley.

Es el caso de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y le causa así la muerte; el del centinela que, habiéndolo advertido, no previene a sus compañeros o jefes de la aproximación del enemigo; el del funcionario público que incurre en denegación de auxilio para cooperar con la justicia, o con otro servicio público, cuando fuere competentemente requerido.”<sup>20</sup>

Se distinguen diferentes clases de delitos de omisión, entre los cuales figuran:

- De omisión simple: cuando existe una orden o mandato expreso que se viola por el acto mismo de inacción.
- De comisión por omisión: si el hecho se hubiera evitado de haber el autor ejercido la acción posible y omitida por él.

---

<sup>20</sup> Cabanellas de la Torre. **Ob. Cit.** Pág. 65.



- De omisión espiritual: donde se incluyen los delitos culposos, y que abarca la falta de diligencia debida, que puede no tener consecuencias, o resultar trágica.

Ciertos delitos no pueden ser cometidos por omisión; como el robo, la generalidad de los sexuales, las injurias y calumnias. Por el contrario, otros exigen una abstención, con arreglo a la tipicidad legal; como la denegación de auxilio, la celebración de reuniones o manifestaciones sin previo aviso escrito a la autoridad; entre muchos que provienen, por lo general, del incumplimiento pasivo de un deber.

En cuanto al delito de comisión por omisión, se puede ampliar dicha explicación así: "Hay dos formas típicas de delinquir: por acción, así al disparar contra alguien al que se hiere o mata; y por omisión, así al no presentarse ante una orden de movilización, con la automática deserción consiguiente. Pero cabe una tercera actitud: omitir algo a lo cual se estaba obligado, como no detenerse el automovilista ante una luz roja, con lo cual origina un choque con los que circulan por la dirección lícita entonces atropella a un peatón. La distinción tiende a considerar que existe mayor culpabilidad que en la simple abstención; puesto que se infringe un deber; a más de la actitud pasiva, que, superada, habría evitado el mal."<sup>21</sup>

## **b) Atipicidad**

La atipicidad se refiere a la ausencia de tipicidad, que obsta al proceso penal o, cuando menos, a la punibilidad.

---

<sup>21</sup> **Ibid.** Pág. 65.

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce: no hay delito sin tipicidad. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle subsumible con un tipo legal y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia, del lugar, del medio o de la ocasión, entonces se está ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan. El caso de atipicidad es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma, no hay delito sin tipo legislado. Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso que el de mera pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.

### **c) Causas de justificación**

“Norma o hecho que legitima la conducta. En el derecho penal, cada una de las circunstancias eximentes en que el sujeto no incurre sino en la apariencia del delito;

pues no existe infracción al ordenamiento jurídico general o de las normas de cultura predominantes, que otros penalistas erigen como criterio sancionador.

Así el que ejercita un derecho -el que por defender su vida penetra en el domicilio ajeno contra la voluntad del dueño-, el que cumple con un deber -el soldado de un piquete que hace fuego contra el reo, al oír la voz de mando oficial, quien actúa en legítima defensa, no viola ningún derecho ajeno; porque el propietario o habitante de una casa no puede en tal caso prohibir la entrada al perseguido injustamente; ni el reo ejecutado tenía derecho a la vida, según la ley y la sentencia; ni el agresor ilegítimo tiene reconocida su inmunidad. En tales casos, el que causa un daño o lesiona algún interés ajeno, sirve al derecho propio o al general de la colectividad humana organizada.

De las causas de justificación se diferencian las de inimputabilidad -la locura, la minoría de edad-, las de inculpabilidad -la obediencia debida o el caso fortuito-, y las de impunidad -parentesco próximo en el encubrimiento o en el hurto-.”<sup>22</sup>

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde antiguo, alguna de sus especies -valga la legítima defensa-, sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto

---

<sup>22</sup> **Ibid.** Pág. 110.



de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

En suma, las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad.

Las llamadas causas de justificación se basan, en la lucha contra lo injusto o en el valor del interés protegido, añadiendo, además, los privilegios de acuerdo a la clasificación siguiente:

- La lucha contra lo injusto
  - El deber jurídico
  - La legítima defensa
  - La ayuda propia
  
- El reconocimiento del interés protegido
  - Norma general, lo que no se opone a la norma de cultura
  - La esfera de libertad que se deja por el Estado
  - La corrección

El primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia de antijuricidad es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley. Dichas causas, en la mayor parte de los Códigos Penales se encuentran desarrolladas, tales como:

- Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio.
- Legítima defensa y,
- Estado de necesidad; por colisión de bienes jurídicos y por colisión de deberes.

#### **d) Causas de inimputabilidad**

Ante la incapacidad penal derivada de insuficiente desarrollo mental o enajenación de igual índole, la que obsta a la imposición de un pena. La locura, la sordomudez de nacimiento y la minoría de edad son características de esto.

“Conforme al criterio doctrinario, se enuncian aquellos aspectos de la inimputabilidad no sólo consignados en los Códigos Penales de América, sino aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos; por consiguiente, conforme a dicho criterio, se puede establecer la clasificación:

- Falta de desarrollo mental: la minoría de edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros los más en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho.
- Falta de salud mental
- Trastorno mental transitorio; embriaguez, fiebre y dolor.



El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena, pero no de responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer -menstruación, embarazo, menopausia- y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o sicóticos, estos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes los padecen.”<sup>23</sup>

“La enajenación es una causa de inimputabilidad. Una buena fórmula de inimputabilidad ahorraría infinitos conflictos entre jueces y expertos, y en cambio, una mala redacción de las causas de irresponsabilidad, no solamente provoca confusiones entre el perito y el magistrado, sino que, a menudo encierran en las prisiones enfermos de la mente, con el indeclinable agravio de la justicia y con marcado riesgo de que empeore el paciente.

Se le ofrecen al legislador, para definir la irresponsabilidad de los enfermos, de los inconscientes y de los que padecen un trastorno mental pasajero, tres fórmulas fundamentales, las cuales son:

- El aspecto psiquiátrico o biológico puro: consiste en enunciar de la manera más simple, los efectos psicológicos y jurídicos que pueden producir la enfermedad mental, sin establecer límites de orden jurídico ni psicológico.
- Aspecto psicológico: en él se formula la irresponsabilidad del demente, atendiendo al efecto que en derecho produce el factor psicológico de la enfermedad,

---

<sup>23</sup> Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 225.



expresando que consiste en excluir la voluntad, la libre determinación de la voluntad.

- Aspecto psiquiátrico psicológico jurídico: conforme a ella deben hacerse constar que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la consciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho.

Es inimputable el enajenado y el que se halle en trastorno mental transitorio, cuando no pueda discriminar la naturaleza ilícita de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos. Con ello, no solamente quedarán eximidos de pena, por ser inimputables, los enfermos de la mente, los que sean sonámbulos, los que deliran en la fiebre, los que perpetran una infracción en el estado crepuscular del sueño, sino también aquellos otros que, presas de una pasión violentísima, causada por justo dolor, no pudieron, por haber caído en inconsciencia, discriminar la naturaleza de sus acciones, o aunque sean conscientes, por el carácter compulsivo de las emociones padecidas no sean capaces de inhibir sus impulsos delictivos.”<sup>24</sup>

#### **e) Causas de inculpabilidad**

Al respecto el autor Luis Jiménez de Asúa establece lo siguiente: “Llamadas también causas de exculpación, son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo, son las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

---

<sup>24</sup> **Ibid.** Pág. 232.



La diferencia entre ellas y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, sea de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. En cambio el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Mas para todas las otras acciones su capacidad es plena. Si el que yerra purgando a su niño y, sin querer, le envenena, perpetra al mismo tiempo contra un criado una injuria u otra cualquier infracción, le será ésta imputada, aunque el error esencial le absuelva.

En cuanto a los tipos, propiamente existen dos: genérica y general otra, con alcances supra-legales:

- Error, con sus especies y variedades: de hecho y de derecho; eximentes putativas; y obediencia jerárquica.
- No exigibilidad de otra conducta.”<sup>25</sup>

Finalmente, cabe establecer que en el enjuiciamiento criminal, las causas de inculpabilidad, conducen a la absolución por ausencia de culpa en el agente, autor del hecho. Sin embargo, figuran entre ellas el caso fortuito, la obediencia debida, la ignorancia admisible, el error esencial y haber actuado bajo una amenaza insuperable. En sentido amplio, exención de culpa, inocencia. Ausencia de dolo o de específica culpa.

---

<sup>25</sup> **Ibid.** Pág. 259.



Las anteriores consideraciones se han enunciado dentro del contexto del análisis de la Teoría General del Delito, la cual se ha venido desarrollando con el correr de los años y ha manifestado distintas evoluciones, siendo el aspecto más importante y relevante el hecho de haber elevado a la categoría de ciencia jurídica la rama del derecho penal.

Por ello, se han abordado cada uno de los elementos que conforman los aspectos positivos del delito, y en igual forma los aspectos negativos; para entender de forma integral los elementos que deben concurrir para la configuración del delito, así como las circunstancias que pueden concurrir y que de alguna forma condicionan el encuadramiento de una determinada conducta dentro del tipo penal.



## CAPÍTULO III

### 3. La ley penal

En las compilaciones, por leyes penales se entiende el Código Penal, el Procesal Penal y las leyes especiales de índole punitiva que en cada país existen; según peculiaridades relacionadas con el castigo anexo a la infracción de las disposiciones substanciales de las mismas.

En el caso del presente estudio, la ley penal que se refiere al delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, es el Decreto 17-73, es decir, el Código Penal; adición que se ha producido a través del Artículo 43 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el cual creó el Artículo 195 Quáter.

Por ello, el estudio de la ley penal y de las penas, resulta de significativa importancia, para poder comprender de una mejor forma, la manera en la cual la ley penal guatemalteca regula el delito en mención.

Además, se puede agregar que al cometerse el ilícito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad; se violentan principios constitucionales y de derechos humanos, sobre todo los contenidos en tratados internacionales, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala. En ese contexto se establece el estudio del tema que corresponde al presente capítulo.



### 3.1. Concepto

La ley penal es la que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden. Las leyes penales por referirse al orden público, se aplican con criterio territorial a cuantos habiten o residan en el ámbito jurisdiccional de la nación, sin otras excepciones que algunas muy especiales para representantes de otras naciones. Las leyes penales, según criterio tradicional, se interpretan restrictivamente; es decir, en caso de duda, a favor del reo y de la absolución.

“La única fuente productora del derecho penal es la ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones.

No ha de exigirse una especialidad absoluta y también pueden considerarse leyes que producen derecho penal las especiales y las civiles, políticas y administrativas con sanción penal.

La ley es la expresión del derecho penal desde el punto de vista objetivo. Mientras el delito ocasione penas y éstas consistan, a despecho de la propaganda científica, en la inflicción de un mal, la necesidad de las leyes penales es evidente. La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Pero la ley penal no

es tan sólo la garantía de los que no delinquen; de ella dimanán pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes.”<sup>26</sup>

De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos con la pena conminada; y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, como tampoco imponer pena que no esté en ellas establecidas para el correspondiente delito.

Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción.

Finalmente, las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparatoras de la víctima; puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles.

### **3.2. Caracteres de la ley penal**

Dentro de las características que más se ajustan a la naturaleza y contenido de la ley penal, se encuentran las siguientes:

a) Ser exclusiva: puesto que la ley crea delitos y establece sanciones.

---

<sup>26</sup> Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 55.

- b) Ser obligatoria: ya que todos han de acatarla. La norma obliga a todos los que habiten en el territorio sobre el que ejerce su imperio y la ley se destina a la autoridad; puesto que, aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encauza su conducta en la ley que vulnera.
- c) Ser ineludible: puesto que las leyes sólo se derogan por otras.
- d) Ser igualitaria: ya que las Constituciones Políticas modernas proclaman que todos los individuos son iguales ante la ley. Esto no obsta para la individualización; el derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada hombre.
- e) Ser constitucional: debe estar considerada en las Constituciones Políticas, toda vez que de ahí toma su fundamento y es desarrollada a nivel ordinario.

### **3.3. Especies de la ley penal**

Dentro de éstas se pueden mencionar las siguientes:

- a) Ley penal stricto sensu: Ésta define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden.
- b) Convenios internacionales: El tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley interna lo ha convertido en legislación del Estado. Mientras ello no sucede, el convenio autoriza a cada una de las partes contratantes para que pida la aprobación del convenio y se convierta así en derecho de cada uno de los países que lo suscribieron. De tal forma, los tratados



internacionales no son más que las leyes estricto sensu que tendrán los mismos efectos que las leyes auténticas.

- c) Plenos poderes: En tiempo de guerra, en caso de catástrofe, cuando una revolución ha triunfado o cuando otra se toma, pueden asumir los gobernantes, con el jefe del Estado a la cabeza, plenitud de poder.
- d) Leyes delegadas: Aunque en las Constituciones Políticas no se hable de ellas, son posibles, cuando no estén prohibidas, porque facilitan la aprobación parlamentaria de los Códigos técnicos, tales como el Civil, Penal y el de Comercio, etc.
- e) Decretos-leyes: Todas las dictaduras han acudido a decretos-leyes para disciplinar aquellas materias que no pueden ser objeto de decreto estricto sensu.
- f) Decretos, órdenes, reglamentos, ordenanzas: No es posible crear por decreto del Presidente, ni por orden ministerial, disposiciones penales estricto sensu. Sí se puede por el Poder Ejecutivo, reglamentar las leyes, incluso las de carácter penal.

### **3.4. Formas de la ley penal**

Por su especialización, éstas se dividen en leyes penales codificadas y en leyes penales especiales; comprendiendo bajo esta amplia denominación, no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal.

Por la naturaleza de determinar las penas, se clasifican en determinadas, indeterminadas y relativamente indeterminadas. La mayoría de las legislaciones penales hoy en vigor, suelen adoptar una relativa indeterminación, que faculta al juez para señalar el límite temporal de las penas entre confines más o menos alejados y que aceptan incluso un amplio arbitrio del juzgador para establecer la duración de las medidas de seguridad.

### **3.5. La pena**

La pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito; esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible impuesta después de un debido proceso por los órganos jurisdiccionales.

La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en un juicio conforme las reglas del derecho procesal penal. La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico.

La pena se distingue además por su absoluta independencia, pues, puede ser impuesta junto con otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio de ne bis in idem. Finalmente, es importante resaltar que la pena a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.



Estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado. De ello surge la necesidad de preservar al máximo la intangibilidad de otros derechos que le corresponden al condenado a lo largo del período de ejecución penitenciario.

La pena por ello debe ser una manifestación del principio de intervención mínima y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales; pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad.

El Código Penal incluye la falta de libertad personal como pena principal, junto a la pena de muerte y la multa.

El carácter de pena principal se refiere a que su aplicación esté claramente especificada en el tipo penal; contrario a las penas accesorias que se agregan a la pena principal y no están especificadas en los tipos penales. Como por ejemplo la aplicación de la inhabilitación especial (Artículo 58 del Código Penal) y la suspensión de derechos políticos (Artículo 59 del Código Penal) que se aplican conjuntamente a la pena principal y no están previstas específicamente para el delito en la parte especial.

La pena privativa de libertad se manifiesta en dos formas: La prisión y el arresto. La diferencia en aplicar una u otra, se relaciona con el tipo de infracción cometido (delito o falta), el lugar donde debe cumplirse y el tiempo máximo de duración.



Si bien es cierto, tanto la prisión como el arresto afectan el mismo bien jurídico, y por lo tanto se aplican disposiciones esenciales comunes, no deben entenderse como modalidades de penas privativas de libertad, sino como penas distintas por estar sujetas a diferente régimen y concepciones diversas.

Existen dos mecanismos por los cuales se puede aplicar subsidiariamente la privación de libertad como pena. El primero se refiere a la obligación de convertir el monto adeudado de la multa impuesta a días de prisión o arresto; y el segundo a la conmuta de la pena de muerte a la prisión en su límite máximo cuando por algún motivo no se pueda aplicar.

Una revisión de la parte especial del Código Penal, pone de manifiesto que para la mayoría de los delitos y de las faltas la consecuencia jurídica es la aplicación de una pena privativa de libertad. También se puede observar, que las penas de multa y de muerte pueden convertirse o conmutarse en su caso en arresto o prisión. Estos elementos ponen de manifiesto que la privación de libertad se constituye en la pena principal que impone el ordenamiento jurídico.

### **3.6. Penas principales**

La clasificación de las penas, de acuerdo a lo que regula la legislación guatemalteca, y en consonancia con lo que enuncia la doctrina, se establece de forma bipartita; es decir, en principales y accesorias. Dentro de las penas principales se encuentran las siguientes:



a) **Prisión:** La legislación penal regula junto a la multa, el arresto y la pena de muerte y la de prisión como pena principal. La prisión consiste en la privación de libertad personal en lugares destinados para el efecto y tiene una duración de 30 días a 50 años.

Contrario a lo que podría pensarse, la prisión como pena es un fenómeno reciente, no sobrepasa apenas los doscientos años. La influencia del pensamiento iluminista constituyó la base teórica sobre la cual se sustentó la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos. Por esta razón, no es de extrañar que las distintas Constituciones Políticas en América Latina estén inspiradas en el movimiento iluminista del siglo XVIII.

Existe en todas las constituciones la intención de eliminar la arbitrariedad por parte de las autoridades en el ejercicio del poder punitivo por medio de la pena de prisión. Es común en todos los ordenamientos constitucionales la separación entre prisión preventiva y la pena de prisión.

No es sino hasta la Constitución Política de 1945 que se le asigna un contenido diferente: la reforma de los reclusos, con clara tendencia hacia las corrientes de la resocialización, que se instaura por primera vez en la Constitución Política de 1956 y se repite en la de 1965, donde se hace mención tanto de la reforma como de la readaptación de los reclusos. En la Constitución Política de 1985 se profundiza en el contenido resocializador, abandona el criterio de reforma y seguridad al hacer



referencia a la readaptación social y reeducación como finalidades del sistema penitenciario.

El análisis sobre la duración de la pena de prisión, pasa necesariamente por considerar la equiparación que se pretende de la privación de libertad en relación al daño causado por el delito. En otras palabras, el sentido de equivalencia entre causar un daño y la aplicación de una pena de prisión.

La legislación penal guatemalteca establece un límite máximo de 50 años para la pena de prisión. Por su parte, el límite mínimo de la pena de prisión también tiene relación con los fines preventivos general y especial; la legislación penal guatemalteca contempla para la pena de prisión el mínimo de 30 días.

**b) Pena de muerte:** La tendencia mundial, es eliminar la pena de muerte de las legislaciones, o bien eliminar de facto su aplicación. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha concluido en sus últimos informes, tanto quinquenales como anuales, que un número sin precedente de países abolieron la pena de muerte o suspendieron su utilización; incluso del número de países de habla hispana del continente americano, únicamente Cuba y Guatemala mantienen como práctica judicial la pena de muerte. La pena de muerte, se regula en el Artículo 43 del Código Penal guatemalteco, aunque en la actualidad se ha dejado de aplicar por cuestión de un vacío legal en cuanto al tema del indulto presidencial.

**c) Pena de arresto:** Diversos elementos configuran el arresto como una pena privativa de libertad diferente a la prisión; unas de carácter sustantiva y otras adjetivas. Entre las sustantivas se pueden enumerar: la legislación penal la incluye como pena principal, junto a la pena de muerte y la prisión. Se asigna específicamente para las faltas, caracterizadas por el grado de lesividad mínima a determinados bienes jurídicos; la posibilidad de conmutar la privación de libertad por una cantidad de dinero; su duración no puede exceder de 60 días; y la obligación que su cumplimiento se realice en centros diferentes a los destinados a condenas de prisión. Las faltas son consideradas como infracciones de menor cuantía dentro del derecho penal y se encuentran diferenciadas claramente en el Código Penal.

**d) La multa:** Dicha pena se regula en el Artículo 52 del Código Penal, el cual preceptúa lo siguiente: “La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.

### **3.7. Penas accesorias**

En la legislación penal guatemalteca estas penas se enuncian en el Artículo 42 del Código Penal guatemalteco; los cuales consisten en inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, suspensión de los derechos políticos, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, y la publicación de la sentencia.



- a) Inhabilitación absoluta:** La pena de inhabilitación absoluta produce los efectos referidos en el Artículo 56 del Código Penal: 1º. Pérdida o suspensión de los derechos políticos; 2º. Pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular; 3º. Incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos; 4º. Privación del derecho de elegir y ser electo; 5º. Incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.
- b) Inhabilitación especial:** El Código Penal guatemalteco regula también la inhabilitación especial; que consiste en la imposición de alguna o algunas de las modalidades de la inhabilitación absoluta; o bien, en la prohibición de ejercer profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.
- c) Suspensión de derechos políticos:** El Artículo 59 del Código Penal establece que la pena de prisión lleva consigo la suspensión de los derechos políticos durante todo el tiempo de la condena; aunque ésta se conmute, salvo que, realizada la conmuta se obtenga la rehabilitación.
- d) Comiso o pérdida de los objetos o instrumentos del delito:** El Artículo 60 del Código Penal define su contenido y lo incluye como pena accesoria. Consiste en la pérdida a favor del Estado de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho.

**e) Expulsión de extranjeros:** Siendo inherente al ejercicio de la soberanía del Estado de Guatemala, está prevista en el Artículo 42 del Código Penal como pena accesoria. Se entiende que todos los países, en virtud del derecho de autodefensa, pueden expulsar a los extranjeros.

**f) Publicación de sentencia:** Se trata de una pena accesoria que se impone en ocasiones para mayor eficacia represiva o para mejor reparación de la víctima; como acontece en los casos de condena por calumnia, difamación o injuria. Así a petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación de la República, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.

**g) Pagos de costas y gastos procesales:** El Código Penal vigente atribuye a las costas y gastos procesales el carácter de pena accesoria en su Artículo 42. Las costas procesales comprenden:

- Los gastos originados en el diligenciamiento del proceso.
- El pago de los honorarios regulados conforme arancel, de los abogados y demás profesionales que hubiesen intervenido en el proceso.

Por lo antes descrito, se ha establecido el aspecto de la ley penal, dentro del orden de la configuración del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación



sexual comercial de menores de edad, en correspondencia con los caracteres de la ley penal, las especies de ésta, las formas y las penas tanto principales como accesorias; para determinar de mejor forma la sanción que corresponde a la comisión del delito en mención, así como las consecuencias y repercusiones que tiene en la sociedad guatemalteca; más aún, cuando representa una nueva forma de vulnerar la ley penal y condicionar el desarrollo de la niñez y adolescencia. En consecuencia, se está en condiciones de abordar el tema central, el cual se desarrolla en el capítulo siguiente.



## CAPÍTULO IV

### **4. El delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad**

Constituye el tema central de la investigación, y desde el cual se desarrolla el enfoque principal, en atención a que la niñez y adolescencia merece y necesita una especial protección. En dicho contexto, la protección de la persona humana parte desde el rango constitucional; para el efecto el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala en lo relacionado con la seguridad jurídica establece que es uno de los pilares fundamentales sobre el que descansa el estado de derecho; y de forma textual preceptúa lo siguiente: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no sólo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona; para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no sólo individuales sino también sociales.

De lo anterior se advierte que no solamente es cuestión de un aspecto jurídico, lo consagrado en dicho Artículo se extiende al desarrollo integral de la persona, que abarca los derechos humanos; siendo el Estado de Guatemala signatario de varios



convenios y tratados; en consecuencia, su aplicación deviene en ser obligatoria, en particular dentro del ámbito de protección hacia los menores de edad.

Asimismo, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 4 establece lo siguiente: "Libertad e igualdad. 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."

Por consiguiente, el delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de los menores de edad vulnera esta otra norma; y atenta contra la libertad y dignidad de los habitantes de la República.

Por su parte el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece de forma concreta la protección hacia los menores, misma que de forma taxativa preceptúa: "Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, la salud, educación y seguridad y previsión social."

De la regulación constitucional, se advierte que existen principios que protegen a la persona humana y en particular a los menores de edad; por ello deviene en ser de aplicación forzosa su contenido, y en dicho panorama no deben ser sometidos los niños

y adolescentes a situaciones de explotación sexual comercial de ningún tipo, pero en particular dentro del contexto formulado, en el ámbito de las actividades turísticas.

En el ámbito del derecho internacional, también existen preceptos que protegen a los menores de edad; tal es el caso del Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece lo siguiente: “Derecho a la integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”

Por su parte el Artículo 6 de la misma Convención regula: “Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas...”

Por ello, se formula el presente estudio, en atención a lo que regula la ley penal, en concreto, el Decreto 17-73 del Congreso de la República, el cual contiene el Código Penal, cuyo contenido establece lo relacionado con el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de los menores de edad.

#### **4.1. El bien jurídico tutelado**

En la comisión del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de los menores de edad; existen una serie de elementos que permiten establecer la protección particular que se realiza; al menos a nivel del texto, porque la realidad demuestra lo contrario, en el sentido que se produce una verdadera



desprotección hacia los niños y adolescentes, y el abuso de las personas y redes de criminales que se dedican a la comisión de este delito.

En principio conviene establecer el contenido legal que regula dicho tipo penal; para el efecto, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, a través del Artículo 43 adicionó al Decreto 17-73 Código Penal, el Artículo 195 Quáter, el cual establece lo siguiente: “Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Quien facilite, organice, promueva o permita de cualquier forma la realización de los delitos contemplados en este capítulo, a través de actividades relacionadas con el turismo, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cien mil a quinientos mil quetzales.”

Del contenido legal se establece que el bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual de las personas; lo cual en virtud de la minoridad de edad, también se puede traducir en una protección hacia la integridad física de los niños y adolescentes.

Dentro de los ilícitos penales que desarrolla la legislación, a los cuales hace referencia el Artículo citado, se encuentran los siguientes:

- a) Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución,
- b) Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada,
- c) Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad,
- d) Producción de pornografía de personas menores de edad,
- e) Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad,
- f) Posesión de material pornográfico de personas menores de edad.



Los anteriores delitos, configuran la explotación sexual comercial de menores de edad, a las cuales se hace referencia dentro de la presente investigación, pero como presupuesto inicial deben ser realizados a través de las actividades turísticas.

#### **4.2. El turismo sexual en la explotación comercial de menores de edad**

El turismo sexual es una forma de comercio con el propósito de sostener relaciones sexuales, normalmente con prostitutas; pero también puede darse que mujeres busquen oportunidades sexuales con hombres o con mujeres e incluso entre personas del mismo sexo.

La prostitución infantil consiste en el uso de niños y niñas en actividades sexuales con remuneración económica u otro tipo de compensación. Circunstancias internacionales como la crisis económica y la transición a la economía capitalista de libre mercado, han agravado el problema.

Entre las causas que motivan el turismo sexual con menores de edad, se pueden establecer las siguientes:

- a) Consentimiento y poca fiscalización por parte de las autoridades
- b) Impunidad ante el delito
- c) Ausencia de persecución penal, sobre todo en los casos en los cuales se encuentren involucrados como víctimas, personas menores de edad
- d) El precio asequible
- e) La forma clandestina de la comisión del delito.

Entre las clases de turismo sexual con menores de edad, en atención a la víctima se pueden mencionar las siguientes:

- a) Turismo sexual femenino: Este es el turismo sexual en el cual se producen las relaciones sexuales con mujeres, niñas y adolescentes, y con extranjeros. Por lo regular se produce en el Caribe, América Latina, México, Argentina, Perú, Ecuador, Gambia y algunos países del norte de África y el mediterráneo europeo.
- b) Turismo sexual infantil: El turismo sexual infantil implica que turistas adultos, ya sea de procedencia nacional o extranjera, exploten sexualmente a menores de edad mediante una prestación económica.

El entorno del turismo sexual en general, motivos del turista sexual, intereses económicos, destinos turísticos orientados al sexo, estilos de publicidad, entre otros; proporcionan fuertes estímulos en las personas con inclinación a explotar sexualmente a los niños en sus viajes.

Las poblaciones de los países afectados, casi en su totalidad, atraviesan problemas económicos, los cuales son utilizados por el explotador para introducirlos a un círculo de explotación sexual; la oferta y demanda de sexo.

Aunque la mayor parte de los turistas sexuales buscan relaciones sexuales con otros adultos, un porcentaje busca activamente a menores de edad. En numerosos países



existen leyes severas contra los abusos sexuales a menores, y se condenan estos actos a los ciudadanos aunque los practiquen en otro país donde no estén prohibidos.

Entre los destinos más comunes para el turismo sexual con menores de edad se encuentran Marruecos, Brasil, Camboya, Costa Rica, China, Cuba y Tailandia. También se puede mencionar a Rusia, Hungría, República Checa y México. Sin embargo, este es un mal del cual no escapa Guatemala; en virtud que no se realiza una adecuada persecución penal sobre este tipo de delitos, por lo cual se genera un alto nivel de impunidad, lo cual favorece la explotación sexual y trata de personas, sobre todo a nivel de los menores de edad.

El turismo sexual en Guatemala es una realidad, en virtud de las deficiencias que existen en materia de protección hacia los menores de edad, que son tratados como mercancía y muchos turistas se aprovechan de ellos por dinero. Tanto niños como niñas son usados para el turismo sexual, en beneficio de las personas que los prostituyen.

Si bien es cierto, el turismo sexual con menores de edad no es algo exclusivo que suceda en Guatemala, sino que también se produce en países como Camboya, Cuba, y Sudamérica; lamentablemente se ha incrementado en el país. Aunque no se declara, la industria del turismo sexual con menores de edad crece cada día más en el país y se promociona en sitios de internet.



La Antigua Guatemala es considerada como una de las ciudades más visitadas por turistas extranjeros; que no sólo buscan conocer el pasado colonial, sino también los servicios sexuales que involucran a la niñez y adolescencia.

Aunque se conoce del problema, resulta difícil identificar a los cientos de personas que podrían estar involucradas en estos hechos ilícitos, que reciben considerables ganancias de forma oculta.

El turismo sexual con menores de edad, opera por medio de personas individuales, por grupos y por redes locales que prostituyen y ofrecen los servicios sexuales de su víctima. En el caso de la Antigua Guatemala, quienes ofrecen servicios sexuales lo hacen con infantes y jóvenes que pertenecen a las clases sociales con problemas económicos; muchas de las víctimas se encuentran en prostíbulos o también se pueden contactar por medio de internet a través de intermediarios.

Prostíbulos que se esconden en fachadas de negocios de giros distintos a bares o de prostitución; pero que son conocidos por las personas que requieren este tipo de servicios y que además son recomendados a los extranjeros para el comercio sexual con menores de edad; lo cual no se produce de forma exclusiva con niñas, sino que también con niños.

El turismo sexual podría involucrar a menores de edad de localidades distintas a los lugares donde se desarrollan los negocios; puesto que en algunos casos las personas



que se dedican a este negocio, envían niños y niñas a diferentes países para ofrecer servicios sexuales a turistas.

Cuando se trata de turismo sexual se tiene el componente que por lo regular la víctima, es trasladada de lugares nacionales o extranjeros a un lugar turístico para aprovecharse de las instalaciones e infraestructura de los centros turísticos, y posibilitar el contacto con turistas para ofrecerles los servicios.

Se presume que entre los lugares en los cuales se produce el turismo sexual con menores de edad, se encuentran la Antigua Guatemala, Sololá, Puerto de San José, Izabal, Livingston y Amatitlán, en virtud que son centros turísticos.

Debido a las crecientes restricciones y operaciones en contra del turismo sexual con menores de edad, que se están llevando a cabo en países de Europa y Asia; un número considerable de turistas del sexo, arriba a países de América Latina. Según datos de la Organización Internacional de Migraciones, aproximadamente 30 mil españoles viajan anualmente a algún país latinoamericano para tener sexo con niños o adolescentes.

Entre los países más visitados por los turistas sexuales con inclinaciones hacia los menores de edad, destacan Cuba, México, República Dominicana, Costa Rica, Colombia, Brasil y Guatemala.



En Guatemala, unas 15 mil niñas se encuentran en situación de explotación sexual, situación que se repite en México, República Dominicana, Cuba, Costa Rica, Brasil y Colombia.

Según datos de un estudio realizado por Casa Alianza Internacional, las redes de explotación sexual infantil incluyen a taxistas, hoteleros, dueños de bares y proxenetas, muchos de los cuales tienen gran especialización. Los principales abusadores y responsables de las redes delictivas son ciudadanos del país donde se cometen los ilícitos.

Existen dos razones principales para esta orientación en el abordaje del problema. La primera, es que el poder económico y social del explotador extranjero es mucho mayor que el del niño y de este modo el abuso de poder se acentúa. La segunda razón, es que el abusador extranjero puede abandonar fácilmente el país en el que ha cometido su crimen y así escapar de la justicia. Por este último motivo, en numerosos países se está promoviendo el uso de legislaciones de ámbito extraterritorial, situación que también contempla la legislación guatemalteca en la Ley de Organismo Judicial; pero con diferentes matices y no en una relación directa y concreta con el delito del turismo sexual con menores de edad.

La legislación extraterritorial permite a un país procesar a sus ciudadanos por crímenes contra la infancia cometidos en cualquier lugar fuera del país de origen. Muchos Estados no requieren que el acto por el que se acusa a un ciudadano sea considerado también delito en el país en el que se ha cometido.

Los turistas que practican sexo con niños pueden provenir de todos los estratos sociales; pueden estar casados o solteros, ser hombres o mujeres, poseer un buen estatus económico o ser simples viajeros con pocos recursos. Pueden ser pedófilos que se desplazan específicamente para explotar niños; o turistas que no planean en principio su destino con intención de cometer abusos.

El anonimato, la gran disponibilidad de niños y niñas, y la circunstancia de estar lejos de sus países de origen, lejos de las convenciones sociales y morales que normalmente regulan sus conductas, puede hacer que un simple turista se convierta en un abusador en un país extranjero.

Si bien es cierto, el turismo no es la causa de la explotación sexual de los menores de edad; ocurre que los explotadores pueden aprovecharse de las facilidades ofrecidas por la industria turística (hoteles, bares, clubes nocturnos). En general, los viajes turísticos sexuales con menores de edad son organizados informalmente entre amigos y colegas; sin embargo, en algunas ocasiones intervienen agencias de viajes que ofrecen este tipo de servicios.

En alguna medida, la industria turística ha evidenciado cierto interés en la lucha contra la explotación sexual comercial de los menores de edad. Algunas de sus acciones incluyen creación de grupos de trabajo específicos, seguimiento y autocontrol de sus actividades, implementación de códigos de conducta, utilización de vídeos de difusión como parte de amplias campañas educativas, y formación en escuelas de turismo y entre el personal de las empresas; aspectos que no enfrentan el problema de manera

directa, así como tampoco constituyen una solución. Es obligación del Estado, a través de los distintos órganos jurisdiccionales y de la actividad de persecución penal que debe realizar el Ministerio Público, combatir de forma concreta y eficaz, la comisión del delito de explotación comercial sexual de los menores de edad a través del turismo.

Asimismo, los destinos de los turistas que explotan sexualmente a los menores de edad cambian en forma constante; no obstante que en el país, la situación se mantiene debido a la falta de persecución penal efectiva. Conforme se realizan avances en prevención y protección en un determinado país, los explotadores escogen otro país.

#### **4.3. La comisión del delito**

Como quedó anotado en capítulos anteriores en los temas que se refiere a la comisión del delito; la vulneración a la ley penal dentro del ámbito del derecho penal, en la realización del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, del estudio del Artículo 195 Quáter del Código Penal, en consonancia con la relación de causalidad, dicho delito es de acción, y en cuanto al resultado que ha sido planificado o representado como posible, se produce un delito doloso.

La comisión del delito como tal, exige el presupuesto necesario de que éste sea cometido a través de la utilización de actividades turísticas; puesto que de no ser así se configurarían otro tipo de delitos en cuanto a la generalidad; es decir, siempre atentarían contra la explotación sexual de las personas menores de edad, pero la pena

no sería la que establece el Artículo 195 Quáter del Código Penal; es decir, de seis a diez años y multa de cien mil a quinientos mil quetzales, así como tampoco la agravación, regulada en el Artículo 195 Quinquies del mismo Código.

Para el efecto, los delitos a los cuales se refiere el Artículo en mención y que conllevan la explotación sexual de personas menores de edad, se regulan en la legislación penal de la forma siguiente:

- a) Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución: El cual se encuentra regulado en el Artículo 191 del Código Penal guatemalteco, el cual establece lo siguiente: “La explotación de una persona mayor de edad, a través de la promoción, facilitación o favorecimiento de su prostitución, será sancionada con prisión de cinco a diez años, y con multa de cincuenta mil a cien mil quetzales.”
- b) Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada: Regulado en el Artículo 192 del Código Penal, el cual establece: “Las penas señaladas en el Artículo anterior se aumentarán en una tercera parte, en los casos siguientes: si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada; cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus padres; cuando mediare violencia o abuso de autoridad.”
- c) Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad: Regulado en el Artículo 193 del Código Penal de la forma siguiente: “Quien para sí mismo o para

terceras personas, a cambio de cualquier acto sexual con una persona menor de edad, brinde o prometa a ésta o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que logre el propósito, será sancionado con prisión de cinco a ocho años, sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.”

- d) Producción de pornografía de personas menores de edad: Regulado en el Artículo 194 del Código Penal. “Quien de cualquier forma y a través de cualquier medio, produzca, fabrique o elabore material pornográfico que contenga imagen o voz real o simulada, de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.”
  
- e) Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad: Establecido en el Artículo 195 Bis. del Código Penal en los términos siguientes: “Quien publique, reproduzca, importe, exporte, distribuya, transporte, exhiba, elabore propaganda, difunda o comercie de cualquier forma y a través de cualquier medio, material pornográfico de personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva en donde se utilice su imagen voz real o simulada, será sancionado con prisión de seis a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.”
  
- f) Posesión de material pornográfico de personas menores de edad: Establecido en el Artículo 195 Ter. del Código Penal en la forma siguiente: “Quien a sabiendas posea y adquiera material pornográfico, de una o varias personas menores de edad o con



incapacidad volitiva o cognitiva en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

#### **4.4. La efectiva persecución penal**

A pesar de que la explotación sexual comercial de los menores de edad a través del turismo es un problema que ha venido en aumento; no existen grandes esfuerzos por combatirlo, no obstante que algunas organizaciones luchan contra la explotación sexual de los menores de edad; este tipo de delito se constituye en un fenómeno creciente, que se extiende tanto en número como en ámbito de incidencia.

Los legisladores, los fiscales y los jueces pueden ayudar a desarrollar leyes y políticas que protejan los intereses de los menores de edad, así como aplicar la ley de forma efectiva.

Los agentes de viajes y operadores turísticos pueden mostrar en sus establecimientos signos que apoyen las campañas contra la explotación sexual comercial de los menores de edad a través del turismo; y pueden ayudar a establecer códigos de conducta. Asimismo, los turistas pueden rechazar claramente el apoyo a cualquier aspecto de la industria turística que esté involucrado en la explotación sexual; sobre todo al momento que les ofrecen la posibilidad de tener relaciones sexuales con menores de edad, a través de una explotación comercial.



Existen personas que poseen redes de prostitución infantil, lo cual es un indicador que evidencia la existencia de miles de niños que se prostituyen; por lo cual el turismo sexual con menores es una actividad delictiva en auge.

Algunas ciudades, en especial las fronterizas y varios centros turísticos, ofrecen niños y niñas como parte del turismo sexual; y muchas páginas de internet ofrecen este tipo de servicios, que en realidad constituye una forma delictiva, que en la actualidad no se persigue de forma eficaz.

Se considera que existe un alto porcentaje de menores de edad que son prostituidos, sumado al hecho del alto porcentaje que se produce a nivel de la región de Centro América, sin contar la situación que vive México.

La mayoría de los turistas sexuales proceden de Estados Unidos, Inglaterra, Holanda y Alemania, y son de todo tipo, desde pederastas hasta clientes ocasionales. Las bandas de prostitución infantil están bien organizadas e incluso tienen nexos unas con otras; pero es muy poca la persecución penal que se realiza, no existen datos certeros de la forma en que operan y su estrecha relación con quienes promueven el turismo.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 251 regula lo siguiente: "Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales, son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Jefe del Ministerio Público será el



Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio. Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión. En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación. El Fiscal General de la Nación durará en su cargo cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada, debidamente establecida.”

Como se advierte del contenido de dicho Artículo, es función del Ministerio Público, ejercer la correcta persecución penal en el delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Sin embargo, la capacidad y efectividad del Ministerio Público queda en duda, en virtud que no ha sabido establecer y reconocer a las bandas de criminales que se dedican a delinquir en esta forma.



De la eficacia con la cual el Ministerio Público realice su actividad -que por mandato constitucional le es delegada-, depende el adecuado combate hacia el delito de explotación sexual de menores de edad, del cual se valen algunos grupos criminales a través de una nueva modalidad como lo es el turismo; con el fin de disfrazar una actividad lícita con fines delictivos.

Asimismo, del estudio del Decreto 40-94 el cual contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público, se establece que en el Artículo 2 se enuncian las funciones de dicho órgano estatal; entre las cuales se encuentran la de investigar los delitos de acción pública, como es el caso del delito de utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad.

En igual sentido existe la obligación de promover la persecución penal ante los tribunales de justicia, ejercer la acción civil y, algo que resulta también fundamental es la preservación del estado de derecho, así como el respeto hacia los derechos humanos.

En correspondencia con la actividad que debe realizar el Ministerio Público y con las funciones que le asisten, de acuerdo a su Ley Orgánica; el Decreto 9-2009 el cual contiene la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; reafirma dicha situación, en principio porque la ley estudiada es de naturaleza pública, y en cuanto a la persecución penal efectiva, el Artículo 45 que reformó el Artículo 197 del Código Penal, establece que los delitos a los cuales se ha hecho referencia son de acción pública perseguibles de oficio por el Ministerio Público.



#### **4.5. Vulneración a los derechos de los menores de edad**

Es un delito menos conocido que la explotación sexual en bares o centros nocturnos, debido a que funciona en forma muy discreta; el turismo sexual se practica cada vez más en Guatemala; según diversas denuncias recibidas por organizaciones sociales. La Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, vigente desde febrero del año último, tipificó en el Código Penal el delito de turismo sexual, el cual se castiga con prisión de seis a diez años.

El problema para detectar este tipo de explotación sexual comercial es que el tema del turismo sexual es casi desconocido en el país; y la línea que lo separa de la prostitución es poco perceptible.

La pobreza es el detonante del turismo sexual, dicha forma de delinquir es un comercio que esclaviza a miles de menores de edad, y mueve millones de dólares; en virtud que los turistas poseen un alto poder adquisitivo, que les permite pagar por los servicios sexuales con menores de edad.

De acuerdo con un informe reciente de UNICEF y la Procuraduría General de la Nación, el auge del turismo sexual tiene un nuevo ingrediente que atrae a los turistas extranjeros; es la esclavización de un alto número de menores de edad, que en muchas ocasiones son inducidos a la prostitución por sus propios padres o familiares.



Con frecuencia llegan al país visitantes atraídos por la oferta del turismo sexual con menores de edad; esta actividad cuenta con la colaboración de personal de los hoteles -algunos de prestigio-, taxistas, vendedores ambulantes y los dueños de sitios de prostitución, con la complicidad de algunos policías.

El turismo para la explotación sexual comercial de menores de edad, es un negocio que va en aumento, del cual forman parte cientos de personas entre menores y jóvenes que son prostituidos; enriqueciendo a los dueños de las redes de explotación sexual que involucra a informantes, traductores, policías corruptos, abogados, expendedores de drogas, dueños de hoteles, entre otros.

Se considera que la pobreza constituye una de las mayores causas que dan como resultado la prostitución de menores de edad con extranjeros; situación que en ocasiones llega al extremo que involucra a los familiares de las víctimas; por ello, es en gran parte un mal silencioso difícil de ser detectado.

La explotación sexual en los viajes turísticos representa el tercer negocio ilegal más voluminoso a escala mundial; tras el tráfico de armas y de drogas. Cada año el turismo sexual a nivel mundial mueve unos 5000 millones de dólares y 1.8 millones de menores de edad; la mayoría de las víctimas son niñas, obligadas a ofrecer servicios sexuales con turistas.

Dentro de esta situación se produce una grave vulneración a los derechos de los menores de edad, sin que se tenga respeto por su integridad física y en ocasiones por



la vida. Aunque existen leyes que en teoría deberían proteger a los menores de edad, esta situación no es más que un mero simbolismo. Prueba de lo anterior es el hecho que existe el Decreto 27-2003 el cual contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, cuya naturaleza es de carácter público, por lo cual el interés del niño y la niña debe tener en todo momento prioridad.

Al respecto el Artículo 1 de dicha ley establece: “Objeto de la ley. La presente Ley es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.”

De forma concreta, en cuanto al tema objeto de estudio, dicha ley regula el derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales; lo cual se establece con claridad en el Artículo 56 de la forma siguiente: “Explotación o abuso sexual. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de explotación o abuso sexual, incluyendo: la incitación o la coacción para que se dediquen a cualquier actividad sexual; su utilización en la prostitución, espectáculos o material pornográfico; el acoso sexual de docentes, tutores y responsables.”

No obstante la existencia de la ley penal que tipifica el delito, así como la específica que brinda protección; se demuestra que la positividad e ineficacia de las leyes constituye una lamentable realidad en el tema de la protección hacia los menores de edad; particularmente en la explotación sexual comercial por medio de las actividades turísticas.



Lo anterior demuestra la vulneración de los derechos de los menores de edad en la comisión del referido delito; así como la falta de sentencias condenatorias en los casos que se han producido.

Por todo lo expuesto y analizado, se puede decir que, existe la necesidad de realizar una efectiva persecución penal del delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad; así como la efectiva aplicación de la pena por la comisión de dicho delito; puesto que solamente así se logrará la protección de los menores de edad y sobre todo se respetarán los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes de Guatemala.



## CONCLUSIONES

1. Se advierte que no se produce por parte del Ministerio Público, una adecuada persecución penal hacia las personas y grupos criminales organizados, que se dedican a la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.
2. Se establece que la Antigua Guatemala, Panajachel, Flores, Quetzaltenango, Cobán y Amatitlán, son los lugares en los cuales con mayor frecuencia se produce la comisión del ilícito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad, en virtud que dada su importancia turística, reciben en mayor cantidad y frecuencia la visita de extranjeros.
3. Entre las principales causas que favorecen la comisión del delito de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad; se encuentran el consentimiento y poca fiscalización por parte de las autoridades, el alto índice de impunidad, ausencia de persecución penal, precio asequible, la intervención de personas con poder, el nivel socioeconómico de las víctimas y sus familiares.
4. Las redes de explotación sexual infantil incluyen a taxistas, hoteleros, dueños de bares, proxenetas, traductores, profesionales, y hasta familiares de las víctimas; que se valen de las actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad.

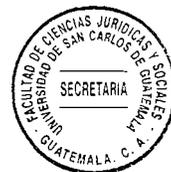


5. El turismo sexual con menores de edad, aunque es un delito menos conocido que la explotación sexual en bares; cada vez se práctica más en Guatemala, debido a que es difícil de percibirlo; en virtud de los aspectos particulares que lo configuran, sumado a la escasa investigación y aplicación de las normas legales.



## RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público tiene que cumplir con la función constitucional que le ha sido asignada, específicamente en lo relacionado con la investigación y persecución penal de las personas y grupos criminales organizados, que delinquen a través de la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.
2. Que la Policía Nacional Civil realice de forma efectiva su labor, estableciendo controles en lugares como la Antigua Guatemala, Panajachel, Flores, Quetzaltenango, Cobán y Amatitlán; toda vez que estos constituyen los principales puntos en los cuales se produce el aprovechamiento de la actividad turística para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.
3. El Instituto Guatemalteco de Turismo; debe implementar sistemas de vigilancia y control de las actividades que ejercen los turistas que vienen al país; a modo de contrarrestar la utilización de las actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad.
4. La Fiscalía Contra la Trata de Personas del Ministerio Público, en coordinación con la Policía Nacional Civil, tiene que investigar a los taxistas, hoteleros, dueños de bares y centros nocturnos; con el fin de establecer la comisión del delito de utilización de las actividades turísticas para la explotación sexual comercial de menores de edad, y la forma en que operan.



5. Siendo que este delito aún no es muy conocido y su comisión va en aumento; el Ministerio Público y la Procuraduría de los Derechos Humanos deben promover una campaña de información y prevención, no sólo a través de los centros educativos sino a través de los medios de comunicación, principalmente en los hoteles.



## BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 12a. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. 2a. ed. México: Ed. Mexicana, 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 23a. ed. Revisada, corregida y aumentada. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.

SALVAT, **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada. Madrid, España: Ed. Salvat, 2004.

### Legislación:

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

**Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Organización de Estados Americanos, 1978.

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

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

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

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

**Ley Orgánica del Ministerio Público**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94, 1994.



**Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96, 1996.

**Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 2003.