

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Análisis e interpretación del concurso aparente entre el
delito de violación y violencia contra la mujer**

-Tesis de Licenciatura-

Sulvey Silvana de la Cruz Lucas

Cobán, Alta Verapaz, septiembre 2013

**Análisis e interpretación del concurso aparente entre el
delito de violación y violencia contra la mujer**

-Tesis de Licenciatura-

Sulvey Silvana de la Cruz Lucas

Cobán, Alta Verapaz, septiembre 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de Exámenes Privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del programa de tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	M. Sc. Arnoldo Pinto Morales
Revisor de Tesis	M. Sc. Sonia Zucelly García Morales

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Licda. Magda Ester Vásquez

M. Sc. Luis Arturo Recinos

M. Sc. Mario Jo Chang

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Segunda Fase

M. Sc. Jaime Gaitán

M. Sc. Luis Arturo Recinos

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

M. Sc. Mario Jo Chang

Tercera Fase

M. Sc. Luis Arturo Recinos

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

M. Sc. Cándida Ramos

M. Sc. Mario Jo Chang

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciocho de abril de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**, presentado por **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **ARNOLDO PINTO MORALES**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**

Título de la tesis: **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.


Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 17 de junio de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. Sc. Arnoldo Pinto Morales
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciocho de junio de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**, presentado por **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **SONIA ZUCHELLY GARCÍA MORALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.

M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**

Título de la tesis: **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de julio de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. Sc. Sonia Zucelly García Morales
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**

Título de la tesis: **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 29 de julio de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **SULVEY SILVANA DE LA CRUZ LUCAS**

Título de la tesis: **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 03 de septiembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo

Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

- A Dios:** Porque en los momentos más difíciles y en toda prueba ha estado conmigo y me ha sostenido de su mano. Gracias Padre.
- A mi esposo:** Por alentarme y apoyarme para lograr esta meta.
- A mis hijos:** Brayan Omar, Scarlett Adriana y Angie Arlett, por su amor, comprensión y sacrificio, por ser mi motivación y como un ejemplo para ellos.
- A mis padres:** Luis Alfonso de la Cruz y Nalda Lucas De de la Cruz, por su amor, esfuerzo y sacrificio.
- A mis hermanos:** Estefani, Daniel, Brandon, Yuvini por su cariño y aliento. A Luis Manuel (Q.E.P.D.) Su partida fue un golpe duro en ésta etapa, yo se que si estuviera aquí, estaría orgulloso de

mí, porque siempre me lo dijo y me lo demostró.

A mi familia:

Con cariño, especialmente a mi Abuelita Delia, quien siempre me apoyo y pidió a Dios en todo momento, para que me diera la sabiduría y el entendimiento para cumplir mis metas.

A la Universidad Panamericana: Por abrirme las puertas para dar este paso tan importante en mi vida.

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
El derecho penal y la violencia contra la mujer	1
La ley penal	15
El Delito	21
Concurso aparente de leyes	26
El concurso aparente entre el delito de violación y violencia contra la mujer	36
Análisis e interpretación de los tipos penales de Violación y Violencia Contra la Mujer en la legislación penal guatemalteca	40
Los Convenios y Tratados Internacionales como fuente de interpretación de los delitos de violación y violencia contra la mujer	52
Conclusiones	61
Referencias	63

Resumen

La sustentante realizó un análisis que tiene por objeto establecer los aspectos incongruentes y contradictorios existente entre el delito de violación regulado en los Artículos 173 del Decreto 17-73 Código Penal guatemalteco, así como sus reformas contenidas en el Artículo 28 del Decreto 9-2009 Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y el delito de violencia contra la mujer en sus tres manifestaciones física, sexual y psicológica, que se encuentra tipificado en el Artículo 07 del Decreto número 22-2008 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, así como el análisis de los bienes jurídicos tutelados por ambas; tomando en cuenta que la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y las reformas al Código Penal contenidas en el Decreto 9-2009, constituyen una norma vigente y como consecuencia lógica, de ello se propone la reforma en el sentido de introducir al ordenamiento jurídico, ciertos aspectos que se consideran importantes para subsanar el problema que se plantea para su aplicación.

Se determinó la existencia del concurso aparente entre el tipo penal de violación y el de violencia contra la mujer en la legislación penal guatemalteca, en el entendido que el delito más grave subsume al de

menor gravedad, para su correcto encuadramiento, tomando en cuenta que la violencia física, psicológica y sexual, son elementos del tipo penal de violación, vulnerando el bien jurídico tutelado de la víctima, que es la integridad física y de esa cuenta evitando que se juzgue dos veces al sindicado, por el mismo hecho cometido.

Palabras Clave

Violación. Violencia contra la mujer. Violencia física. Violencia sexual. Violencia psicológica.

Introducción

Se desarrollan como temas introductorios el derecho penal, la ley penal y el delito, para luego profundizar en el concurso aparente de leyes guatemaltecas y sus diferentes denominaciones y por último como tema central el concurso aparente entre el delito de violación y violencia contra la mujer en la legislación guatemalteca, así como un breve análisis e interpretación de los tipos penales y los convenios y tratados internacionales como fuente de interpretación de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer.

Siendo el último capítulo el punto principal, que se centra en la realización de un análisis e interpretación sobre el concurso aparente de leyes penales que tiene lugar entre el delito de violación regulado en los Artículos 173 del Decreto 17-73 Código Penal guatemalteco, así como sus reformas contenidas en el Artículo 28 del Decreto 9-2009 Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y el delito de violencia contra la mujer en sus tres manifestaciones física, sexual y psicológica, que se encuentra tipificado en el Artículo 07 del Decreto número 22-2008 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, cuya normativa es de reciente formación.

Deberá así mismo en el transcurso de la investigación, determinar si la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer ó las reformas al Código Penal, derogaron o no tácita ó expresamente, normas con las cuales podría surgir un concurso aparente de leyes, así como aquellas que excluyen su aplicación, dejando la posibilidad de aplicar simultáneamente dos tipos penales a un mismo hecho, lo cual en lugar de favorecer al reo, lo perjudica, y por otro lado deja la posibilidad que esta ley no sea aplicada.

El planteamiento del problema se concreta a establecer la correcta aplicación de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, que regula conductas como el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, psicológica y sexual, los cuales tienen como bien jurídico tutelado la integridad física de la mujer, la integridad personal en su aspecto psíquico y moral, la libertad y la indemnidad sexual de la mujer, coincidiendo con el delito de violación.

El estudio que se realiza consiste en determinar la existencia del concurso aparente entre el tipo penal de violación y violencia contra la mujer en la legislación penal guatemalteca, para su correcto

encuadramiento, evitando que se juzgue dos veces al sindicado, por el mismo hecho cometido.

Se pretende orientar como debiesen ser aplicados los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, en las figuras delictivas creadas mediante ésta normativa, especialmente porque entre la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y el Código Penal y sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, puede suscitarse un concurso aparente de leyes penales y en consecuencia el inminente peligro de aplicar una doble pena a quien realmente merece solo una.

El estudio a realizarse es de suma importancia debido a la alarmante situación que impera en la sociedad y específicamente en las familias guatemaltecas, con la opresión de la que han sido víctimas las mujeres y con las estadísticas recientes por muertes, violaciones, violencia en sus distintas manifestaciones, coacciones y amenazas que se producen diariamente, son razones suficientes para afirmar que la creación de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y el Código Penal y sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, tienen por finalidad contrarrestar ese flagelo social que ataca duramente al país, ya que se pretende determinar que uno de los

sectores de la población más vulnerable a la violencia generalizada en nuestro medio, son las mujeres, suficientes motivos y razones para realizar el presente estudio.

Basando el estudio en enfoques doctrinarios y legales de recopilación y análisis de información, con el cual se busca aportar información sintetizada, con la finalidad que el Congreso de la República de Guatemala valore la posibilidad de introducir al ordenamiento jurídico penal, los principios ó criterios aplicables para la solución del concurso aparente de leyes existente entre la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y el Código Penal y sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, con la finalidad que no se aplique más de un tipo penal a un mismo hecho.

El derecho penal y la violencia contra la mujer

Antecedentes históricos

A continuación se realizará una breve reseña histórica del derecho penal, como base del estudio a realizarse y que inicia con las diferentes épocas en que el derecho penal fue evolucionando, sus principales escuelas y sus representantes, así como una reseña histórica sobre la violencia contra la mujer.

En la antigüedad el derecho penal se le conoció como derecho de castigo, poder permitido del estado; respuesta del Estado ante una conducta.

En primer punto se encuentra la época del salvajismo, que se manifestaba con la venganza privada, en este tipo de venganza, el que se sentía ofendido en sus derechos se defendía individualmente, haciéndose justicia con su propia mano, para frenar ésta justicia, dentro de dicha época aparecieron dos limitantes, a la primera se le denominó Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, ojo por ojo, diente por diente, reconociendo así que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido, y a la segunda limitante se le denomina La composición limitante en que el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que éstos no ejercitaran el derecho de venganza. (De León & De Mata, 2006: 15)

A criterio de la sustentante la Ley del Talión no puede tomarse como

una limitante, sino como un medio para evitar consecuencias mayores al daño causado por el delincuente, en virtud que el ofendido no podía causar un daño mayor al recibido y a su vez cabía la posibilidad de un resarcimiento, como compensación a cambio de evitar la venganza que era un derecho del ofendido.

En segundo punto se encuentra la venganza de sangre, que consiste en el castigo de los delitos de sangre como homicidios, lesiones u otras ofensas, a cargo de los familiares de la víctima, que dio origen a guerras tribales de verdadero exterminio. El delito cometido por un hombre contra otro, debía ser juzgado y penado por la familia de la víctima. (De León & De Mata, 2006:16)

En éste sentido por la gravedad del delito cometido, la venganza a cargo de la familia del ofendido, se convertía en una guerra en contra de la familia del delincuente, lo cual llevaba en muchos casos a acabar con las familias completas.

El tercer punto se refiere a la venganza pública, que fue una de las épocas más sangrientas, pues 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. Se caracterizó porque la aplicación de la pena era totalmente desproporcionada e inhumana con relación al daño causado, la pena era sinónimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad, con la expulsión de la comunidad y/o el resarcimiento a la víctima. (De León & De Mata, 2006:16)

En esta época era el Estado quien hacia justicia, aunque no con medida

ni de forma proporcional al daño causado, el Estado castigaba de una forma inhumana y cruel sin tomar en cuenta el daño o sufrimiento causado.

Luego se puede encontrar la etapa intermedia, en la cual únicamente se da la conciliación.

De Bonesana, citado por De León & De Mata, hace mención de la época humanista, la cual se inicia con el Iluminismo, siendo su impulsor el milanés Marqués de Beccaria con su obra *De los delitos y de las penas*, en la que se oponía al trato inhumano tanto en la aplicación de penas y las torturas para obtener confesiones; con esta obra se cierra el período antiguo, abriéndose la Edad de oro del derecho penal, considerándose luego al derecho penal como ciencia que se le atribuye a El Marqués de Beccaria. (De León & De Mata, 2006:17)

El Marqués de Beccaria, como representante de la época humanista trabajó con el fin de evitar que al delincuente se le torturara o se le aplicara una pena inhumana.

“Por último la época moderna, actualmente existe unidad de criterio en la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, dándole el término Dogmática jurídica penal.
“ (De León & De Mata, 2006:20)

En la antigüedad también existieron escuelas del derecho penal, que no son más que un conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía de las penas, la legitimidad del *IUS PUNIENDI* la naturaleza del delito y los fines de la pena.

La Escuela Clásica, estudió tres temas fundamentales, el respecto del delito que era una infracción a la ley penal; con respecto de la pena como la única consecuencia del delito y respecto al delincuente como autor del delito.

“La obra de Beccaria suele ser el antecedente inmediato más importante que impulso a la corriente clásica del derecho penal, se inicia a principios del siglo XIX, sus connotados representantes son: Giandomenico Romagnosi, Luigi Fuchini, Enrico Pesina, Francesco Carrara.” (De León & De Mata, 2006:47)

La Escuela Positiva, en Italia a mediados del siglo XIX fue representada por Cesare Lombroso, Rafael Garofalo y Erico Ferri, era considerada como parte de las ciencias fenomenalistas.

“En ésta escuela sus postulados eran: respecto al derecho penal, parte de las ciencias fenomenalistas; respecto del delito, utilizando la

observación y experimentación; respecto de la pena, como medida de defensa; y respecto al delincuente, considerado un ser anormal.” (De León & De Mata, 2006: 51)

Entre las escuelas intermedias están: la *TerzaScuola Italiana*, representada por Manuel Carnevale y Bernardino Alimena; Escuela Política Criminal, representada por Alejandro Lacassagne y Gabriel Tarde.

Los postulados de la escuela intermedia eran: con respecto al derecho penal contemporáneo, su estudio sistemático y racional era proyectado; el método era vía dogmática jurídica; el delito, un elemento necesario para el juicio; la pena, como reacción jurídica contra el delito; el delincuente, con distinción entre imputables e inimputables. (De León & De Mata, 2006: 55)

En las Escuelas Intermedias, retoman principios tanto de la escuela clásica como de la escuela positiva.

Definición

“Desde el punto de vista Subjetivo (*Ius Puniendi*), el derecho penal es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, determinando los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad.” (De León & De Mata, 2006: 04)

“Desde el punto de vista Objetivo (*Ius Poenale*), el derecho penal es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; determinando en abstracto los delitos, las penas y medidas de seguridad.” (De León & De Mata, 2006:04)

A criterio de la sustentante, el Derecho Penal comprende el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece.

Según Von citado por De León & De Mata, desde el punto de vista Formal el derecho penal, “Es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.” (De León & De Mata, 2006: 05)

Fines

Según comenta De León & De Mata, el fin del derecho penal es “Resarcir, reparar el daño o agravio causado; Sancionar, porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aun cuando existan otras consecuencias del delito; Rehabilitar, se pretende la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.” (2006:11)

En ese sentido se puede decir que el fin primordial del derecho penal es mantener el orden jurídico, previamente establecido y su restauración a través de la imposición y ejecución de la pena.

Características

Al hacer un análisis de las características del derecho penal mencionadas por diferentes autores penalistas, se consideran como las más importantes las que a continuación se mencionan

- Que el derecho penal pertenece a la rama del derecho público, porque siendo el Estado el único titular del Derecho Penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes.
- Es sancionador, pues no puede dejar de serlo, porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito.
- Debe ser preventivo y rehabilitador, es decir, que además de sancionador, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

- Y por último la aplicación de penas ó medidas de seguridad, como medios curativos al principio de legalidad.

Principios

El derecho penal necesita tener principios o directrices que limiten la potestad punitiva del Estado, con la finalidad que se respeten los derechos mínimos de la persona, guiar al derecho penal para el logro de sus fines y brindar seguridad jurídica tanto a la persona como a la sociedad, durante su aplicación.

Parafraseando a González, el autor se centra en los principios del derecho penal que definen cómo se debe prohibir penalmente, qué se debe prohibir penalmente y a quién se debe sancionar penalmente; por lo que hace mención de principios que fijan límite a la potestad.

Por lo que González, define primeramente el principio de legalidad argumentando que “El principio de legalidad establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificados como faltas en una ley anterior a su perpetración.” (2008: 16)

El principio de legalidad, no es más que el límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito, debiendo tomar en cuenta que la ley que regula el delito haya sido creada por el Estado, que la ley sea conocida y que no se juzgue por analogía, tal y como lo establece el Artículo 01 del Código Penal, Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 02 del Código Procesal Penal.

Como segundo principio González, dice “El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión.” (2008: 19)

En éste sentido, el Estado en su poder punitivo debe intervenir lo menos posible, lo que significa que debe reducir su intervención a efecto de que los problemas se solucionen por otra vía, siempre protegiendo el bien jurídico y logrando una sanción por el hecho cometido.

González, hace mención del principio de culpabilidad, como un tercer principio del derecho penal, argumentando que “Una de las finalidades

del derecho penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibida debido a que afectan gravemente la convivencia social.” (2008: 24)

De esa forma se espera que la persona respete la norma y tenga conocimiento que su incumplimiento tendrá como resultado una sanción la cual será impuesta por el Estado, al probar su culpabilidad conforme a la ley.

Antecedentes históricos de la violencia contra la mujer

El tema de la violencia contra la mujer se ha heredado de generación en generación, lo único que ha variado es la forma de ver ésta problemática, que ha derivado una diferenciación muy marcada entre el sexo femenino y el masculino, siendo un obstáculo para las mujeres tanto en su forma de actuar, pensar, oportunidades laborales y de educación principalmente, evidenciando las relaciones de poder que existen del sexo masculino hacia el sexo femenino.

La violencia ha existido desde los primeros vestigios de la sociedad, transitando en el trascurso de los tiempos junto con la historia de la evolución del hombre, considerándose como parte de nuestra cultura y de cierta manera es aceptada como formación familiar, haciendo presente el comportamiento violento y agresivo quedando plasmado en documentos que vienen desde

antiguas escrituras hasta las estadísticas actuales.
(<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ashm.htm/>.Recuperado 15.06.2013)

Al analizar, en los matrimonios tradicionales la mujer estaba destinada a tener hijos, principalmente hijos varones, criarlos y ocuparse de su hogar. En la legislación Romana la mujer era posesión el marido y no podía tomar decisiones sobre su persona, sus hijos y sus recursos. En la edad media durante el feudalismo, las tierras se heredaban por líneas masculinas y mostraban poder político, dando lugar más aún a la subordinación de la mujer, con la finalidad de demostrar debilidad por parte del sexo femenino, aún en el hogar.

Desde la antigüedad, la conquista y el marcado patriarcado que imperaba en las regiones fronterizas era imperante, al llegar los españoles, no cambio ésta situación, continuando la sumisión, llegando al punto, que la mujer maya era víctima de múltiples violaciones por parte de hombres españoles, las cuales dieron inicio a una nueva raza denominada mestizos, que hoy en día se conocen como ladino, en éste caso los padres no reconocían a sus hijos y aún menos a las madres como esposas.

(<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ashm.htm/>.Recuperado 15.06.2013)

Otra época importante en Guatemala que marca la violencia en contra de la mujer es la época del conflicto armado interno que existió en Guatemala en los años de 1980 a 1996, en la cual la violencia contra la mujer fue brutal e inhumana, dándose todo tipo de desapariciones forzosas, violencia física, sexual y psicológica.

En la década de 1970, las feministas logran crear centros de ayuda para mujeres maltratadas y para sus hijos quienes en la mayoría de veces eran víctimas de abuso sexual, aunado a acciones verbales y psicológicas que pueden ser cometidas por parte de hombres como por mujeres.

La violencia contra las mujeres ha sido un tema sumamente importante de salud y derechos humanos a nivel mundial, tomando como base principal que una de cada cinco mujeres ha sido víctima de violencia física y/o sexual, por parte de uno o varios hombre, lo cual dio lugar a que la comunidad internacional se preocupara y que éste tema fuera analizado dentro de la agenda de importantes foros de las Naciones Unidas, iniciando con la conferencia mundial del año internacional de la mujer, celebrado en 1975, en la ciudad de México, logrando un plan mundial de acción adoptado por los diferentes países participantes, en el cual las mujeres disfrutaran de iguales derechos, responsabilidades y oportunidades, contribuyendo al desarrollo del país en igualdad con los hombres, declarando la violencia contra la mujer como un delito intolerable contra la dignidad del ser humano hasta en el año 1980 en la Conferencia mundial del decenio de las Naciones Unidas. (<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ashm.htm/>.Recuperado 15.06.2013)

En el año 1985 en la Conferencia Mundial de Nairobi, fue reconocido que la violencia contra la mujer es un obstáculo para lograr la paz, la igualdad y el desarrollo del ser humano. El primero de diciembre de 1993 fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, ampliando el concepto de violencia contra la mujer, con el fin de

neutralizar la impunidad y restar validez a pretextos que trataran de justificar la violencia sufrida por las mujeres.

En la IV Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres celebrada en Beijing, China, en el mes de septiembre del año 1995, se aprobó la plataforma para la acción, comprometiéndose los gobiernos e instituciones participantes a promover y proteger el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades de las mujeres y niñas, reafirmando el compromiso de los Estados, como parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales, proponiéndose cumplir con dichos objetivos para el año 2000.

(<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ashm.htm/>.Recuperado 15.06.2013)

Para lograr dichos compromisos es indispensable la firme adhesión de los gobiernos para su cumplimiento, dando lugar a convenios y tratados internacionales de los cuales Guatemala han sido parte activa, aceptándolos y ratificándolos, los cuales han inspirado y dado lugar a la creación de leyes especiales como la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, así como a las reformas al Código Penal Guatemalteco.

Legislación basada principalmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida con sus siglas en inglés como CEDAW, de 1979, aprobada mediante decreto ley número 49-82, de fecha 29 de junio del año 1982, la cual fue ratificada por Guatemala el 08 de julio del año 1982 y la

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como –Convención de *Belém Do Pará*- del año 1994, la cual fue aprobada mediante decreto número 69-94 del Congreso de la República, de fecha 15 de diciembre del año 1994, la cual fue ratificada por Guatemala el 04 de enero del año 1995.

En la actualidad las mujeres y niñas continúan siendo víctimas de violencia principalmente por parte del hombre, pese a los múltiples esfuerzos realizados por instituciones que han tratado de educarlas por medio de publicidad que las guie a una cultura de denuncia, con el fin de erradicar la violencia, lo cual no ha sido posible, principalmente por cultura, reconociendo la violencia contra las mujeres como un problema a nivel mundial, el cual no permite lograr el desarrollo y la paz del país.

La Fundación Sobrevivientes, en su publicación *Violencia Contra la Mujer*, comenta

Violencia Contra la Mujer, es todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado, un daño físico, sexual, psicológico y/o patrimonial, ya sea que ocurra en el ámbito privado o público. Esta violencia es perpetrada por hombres, silenciadas por las costumbres, institucionalizada por las leyes y sistemas estatales y transmitida de una generación a otra.
(http://www.sobrevivientes.org/docs/VCM_genero_violencia_intrafam.pdf. Recuperado 05.06.2013)

Los actos cometidos de hombres hacia mujeres, que dan como resultado ilícitos penales que encuadran en el delito de violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones, son en su mayoría tomadas por las mujeres como costumbre y vistas como un patrón de conducta, resultante de las relaciones desiguales de poder, existentes de hombres hacia mujeres.

La ley penal

Definición

Puig, citado por De León y De Mata, define “Ley Penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea Derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define.” (De León & De Mata, 2006: 82)

Como criterio propio se puede decir que es un conjunto de normas jurídicas a través de las cuales el Estado regula conductas que deben ser consideradas como delitos o faltas y que penas o medidas de seguridad se debe imponer a quienes los cometan. La ley penal es aplicable a todos a excepción de los que gozan de algunos privilegios.

Características de la ley penal

De León & De Mata, clasifican las características de la ley penal de la siguiente manera

Ser permanente, tiene vigencia dentro de un ordenamiento jurídico mientras no sean derogadas o abrogadas.

Es ineludible, pues quien infringe la ley penal no puede eludirla; es igualitaria, porque es aplicable a todas las personas, con excepción de las personas que por disposición de la ley por razón de su cargo gozan de ciertos privilegios como el antejuicio; generalidad, ya que va dirigida a la colectividad exclusividad, es la única que establece delitos y faltas.

Es sancionadora, porque solo la ley penal tiene consecuencias como las penas y las medidas de seguridad.

Es rehabilitadora, porque reinserta al delincuente a la sociedad.

Obligatoria e imperativa, porque no son normas facultativas sino que contienen mandatos y condiciones que todos debemos cumplir, no faculta a la libertad o voluntad de las personas.

Y por último es constitucionalidad, porque no puede apartarse de las normas constitucionales y tiene su fundamento en la ley suprema, debe responder a sus postulados y los lineamientos políticos de la constitución. (De León & De Mata, 2006:82)

La ley penal para su aplicación debe encontrarse vigente, nadie puede hacer caso omiso de ella ya que traería como consecuencia una sanción o pena, tratando de hacer conciencia en el delincuente que su acción violenta derechos y normas de tipo constitucional como ley suprema.

Interpretación

A criterio de la sustentante, interpretar significa declarar, explicar o aclarar el sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso. La duda o la obscuridad pueden encontrarse en las palabras o en las normas, en los hechos, en los contratos o en las relaciones jurídicas, eso es lo que fundamenta la razón de la interpretación.

Desde el punto de vista jurídico, interpretar significa encontrar el sentido propio de la norma para aplicarla a los casos concretos.

Clases de interpretación

De León y De Mata, clasifican las interpretaciones de la siguiente manera

Interpretación auténtica, que es la que realiza el legislador por medio de reglas interpretativas contenidas en el mismo texto legal.

Interpretación doctrinal, es la que realizan los juristas en sus trabajos científicos, dictámenes, libros y otros documentos, esta consiste en buscar la verdad acudiendo a la dogmática jurídica.

Interpretación judicial o usual, que es la que realiza el juez al aplicar la ley a un caso concreto.

Interpretación gramatical, que consiste en encontrar el significado estricto de las palabras a la letra de la ley, se busca el significado del contenido en el texto legal.

Interpretación lógica o teleológica que también es conocida como finalista y constituye una indagación íntima y profunda que sobrepasa la letra del texto de la ley para llegar al conocimiento de la *Ratio legis* o de la razón de la ley.

Interpretación declarativa, consistente en la labor que se realiza para encontrar un acuerdo de identidad entre la letra de la ley y su espíritu.

Interpretación restrictiva, que consiste en interpretar lo que la ley establece, pero de una manera restrictiva, reduciendo el significado de las palabras.

Interpretación extensiva, que consiste en interpretar la ley, dándosele a los términos legales un alcance mayor que el gramatical. (2006:95)

Ámbito temporal de validez de la ley penal

Al hablar de éste tema, se entiende que es el tiempo de duración de la misma y los hechos que debe regular, tomando en cuenta que todas las normas son creadas para ser aplicadas en el futuro, regulando hechos y actos que se dan con posterioridad a su creación.

El Artículo 08 de la Ley del Organismo Judicial, establece: Las Leyes se derogan por leyes posteriores: a) Por declaración expresa de las nuevas leyes. b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes. c) Totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior. d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad, Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado.

De esa manera surge la sucesión de leyes, pues conforme pasa el tiempo unas leyes van sucediendo a otras leyes.

Extractividad

La ley penal tiene lugar durante la época de su vigencia, aunque es posible aplicarla en las circunstancias que establece el Artículo 02 del Código Penal, en el que literalmente se lee “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena.”

Si se puede aplicar la ley penal fuera de la época de su vigencia, pero tomando en cuenta será únicamente cuando favorezca al reo.

Retroactividad

“Consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia.” (De León & De Mata, 2006:105)

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

La retroactividad de la ley penal, se da cuando una ley nueva se aplica para juzgar un hecho nacido anterior a la vigencia de la ley, siempre y cuando favorezca al reo.

Ultractividad

Se da cuando una ley posterior al hecho por el cual es juzgada la persona, le perjudica, por lo que seguirá teniendo vigencia la ley anterior, aunque ya haya sido abrogada, se toma para ser aplicada a un caso no nacido bajo su vigencia.

Al igual que la extractividad y retroactividad, la ultractividad es aplicada única y exclusivamente para favorecer al reo.

El Delito

Definición

El Código Penal no contiene una definición de la palabra delito, siendo la doctrina la que contiene múltiples definiciones.

Reyes, citado por De León & De Mata, da una definición formal, que establece que “el delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena.” (De León & De Mata, 2008: 27)

Dicha definición no es clara; también se encuentra la definición sustancial, que dice que “El delito es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal.” (De León & De Mata, 2008: 27)

Esta definición esclarece el verdadero fundamento del delito y los motivos que impulsaron al legislador a sancionar una conducta, pero no la verdadera naturaleza del delito.

La definición dogmática, que concretiza que el delito “Delito es una acción o conducta, típica, antijurídica y culpable.” (González, 2008: 27)

Se puede decir que el delito es toda infracción a la norma penal y como consecuencia tiene una sanción.

Elementos

Al hablar de los elementos del delito hay que dejar claro que existen elementos tanto positivos como negativos, los cuales De León & De Mata, clasifican de la siguiente manera

Elemento positivos, la acción, la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad; y como elementos negativos, la falta de acción, que puede consistir en la fuerza irresistible, los movimientos reflejo, estado inconsciente; la atipicidad, las causas de justificación, que son la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho; las causas de inculpabilidad que entre ellas debemos el miedo invencible, la fuerza exterior, el error, la obediencia debida, la omisión justificada; otro elemento negativo en el que se incluye sea menor de edad, padezca de trastorno mental y las excusas absolutorias. (2006:138)

En relación a los elementos positivos del delito se puede notar que debe existir principalmente una conducta, por ende hay voluntad; ésta conducta debe ser típica, antijurídica y culpable.

Por el contrario en los elementos negativos del delito Existe ausencia de conducta, la cual puede ser provocada por un tercero, por la fuerza de la naturaleza o por inconsciencia, existiendo atipicidad, causas de justificación e inculpabilidad.

Participación y autoría en el delito

Según comenta González, “Por participación se debe entender la intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto a la del autor. No realiza el tipo principal sino un tipo dependiente de aquel.” (2008: 125)

De León & De Mata, hacen mención “En cuanto a la autoría, se ha sostenido especialmente dos criterios. El extensivo, que autor es todo aquel que interviene en la relación causal. El restrictivo que indica que autor es el que reúne los caracteres típicos para serlo.” (2008: 239)

Cuando un hecho queda en el grado de tentativa es quien ha realizado todos los aquellos actos que suponen evidentemente un principio de ejecución del mismo. Se habla de autoría mediata, cuando el sujeto se vale de otra persona para ejecutar el hecho, tomándose en cuenta la fuerza física que se ejerce sobre el otro sujeto; la inducción directa a

otra persona, que es persuadida para consumir la comisión hecho delictivo.

El Artículo 36 del Código Penal, establece Autores. Son autores:

- 1º. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
- 2º. Quienes fuercen o introduzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

En relación a la complicidad el Código Penal, en su artículo 37, establece

Cómplices. Son cómplices:

- 1º. Quienes animaren o alentares a otro en su resolución de cometer el delito.
- 2º. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
- 3º. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y,
- 4º. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de estos en el delito.

Por último Coautor, se considera que es la persona que participa e interviene de igual manera con el autor luego de haberse concertado con otro para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación. La coautoría se encuentra regulada en el Artículo 36 del Código Penal, en el numeral cuarto.

Encubrimiento, es una figura delictiva independiente, tal y como se regula en los Artículos 474 y 475 del Código Penal.

La Pena

De León & De Mata, establecen que “La pena aparece en la edad media, como una potestad del Estado.” (2006:260)

En la actualidad la pena, se le concibe como “Aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos, señalados específicamente en la ley penal; cualquier otro tipo de sanción que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para los efectos del derecho penal.” (De León & De Mata, 2006: 260)

Por ende pena es una consecuencia jurídica establecida en la ley, la cual consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo.

Debiendo tomarse en cuenta que el origen de la pena tiene íntima relación con el origen del delito, por ser presupuestos imprescindibles para la existencia uno del otro.

Concurso aparente de leyes

Definición

Se dice que hay concurso aparente de leyes o normas penales “Cuando para tipificar la conducta realizada por un autor es necesario recurrir a más de un delito.” (De León & De Mata, 2008: 132)

Mir, citado por De León & De Mata, dice “Se habla de concurso de leyes, cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in ídem*.” (De León & De Mata, 2006:100)

De León & De Mata agrega que: “Hay concurso aparente de leyes o normas penales, cuando una misma conducta delictiva cae o está comprendida por dos o más preceptos legales que la regulan, pero un precepto excluye a los otros en su aplicación al caso concreto.” (2006:101)

El concurso aparente se da cuando en una misma acción o hecho delictivo está comprendido o regulado aparentemente por dos o más

normas legales, debiéndose aplicar solamente una, excluyéndose a las otras, lo cual surge al interpretar la ley.

Requisitos de la existencia del concurso aparente de normas

Según refiere De León & De Mata, para que se dé el concurso aparente de normas debe cumplir con los presupuestos siguientes “Que una misma acción sea regulada o caiga bajo esfera de influencia de dos o más preceptos legales; y que uno de estos preceptos excluya la aplicación de los otros al aplicarlo al caso concreto.” (2006:101)

En ese sentido Puig Peña, citado por De León & De Mata, hace referencia que en el segundo presupuesto se encuentra la diferencia entre el concurso aparente de leyes, así como el concurso de delitos, que quizá son similares de manera ficticia, en virtud que un mismo hecho provoca la concurrencia de dos o más preceptos pero en el concurso ideal de delitos estos preceptos o normas penales son compatibles entre si, mientras que en el concurso de leyes éstas se excluyen entre sí, o se aplica una norma o se aplica otra, pero no pueden aplicarse todas al mismo tiempo. (De León & De Mata, 2006:101)

Aspectos Doctrinarios y legales

Al ser la ley, la fuente principal del derecho, podemos decir que solo ella puede encuadrar una conducta del ser humano ó un hecho punible, en un tipo penal, sancionando y/o castigando al autor del mismo, con

una sanción ó pena, siendo éstas dirigidas a toda la población y habitantes del país en que fue creada la ley para su aplicación por medio de los órganos jurisdiccionales quienes son los encargados de impartir justicia en nombre del Estado de Guatemala.

Al analizar la ley penal se puede establecer que es necesaria la creación de leyes especiales que regulen los tipos penales comunes que imperan en la sociedad, lo cual hace necesaria su especialización para la prevención y penalización, encontrando una serie de problemas los cuales conllevan a un concurso aparente de leyes penales y por ende de delitos, específicamente entre una ley general y una ley especial, debiendo tomar en cuenta que al analizar los hechos y los delitos contenidos, el bien jurídico tutelado de ambos delitos es el mismo y aunque las acciones parecen encajar, se deben valorar los elementos del tipo penal, los cuales al final quedarán enmarcados en un delito, debiendo aplicar un solo precepto legal, puesto que la aplicación de una ley, excluye necesariamente la aplicación de la otra.

El problema se da cuando aparentemente una misma conducta, se encuentra regulada en dos ó más normas distintas, violando el principio de *ne bis in ídem*, lo cual significa que no se debe sancionar dos veces la misma conducta.

Concurso real

“Se da el concurso real cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos.” (De León & De Mata, 2008:134)

El Código Penal en el Artículo 69, establece

Concurso real: En caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos, o cuando uno de ellos sean medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

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

1°. A cincuenta años de prisión;

2°. A doscientos mil quetzales de multa.

En éste caso el tratamiento legal será el de acumulación de las penas, si la persona comete varios delitos deberá responder por cada uno de ellos; aunque ésta medida puede llevar a soluciones injusta, también establece un tope máximo de la pena.

Al respecto Rodríguez, citado por De León y de Mata, opinan

Que los criterios teóricos susceptibles de aplicación en el concurso real son los siguientes:

Acumulación material de penas: según el cual se suman todas y cada una de las penas de los delitos cometidos.

Absorción: la pena menor es absorbida por la pena mayor, lo cual lleva consigo la impunidad de los delitos más graves.

Acumulación jurídica: se da como una vía intermedia entre la acumulación material y la absorción, pues se impone una pena más grave que la correspondiente al delito de mayor gravedad, no en la misma proporción que resultaría de sumar las penas correspondientes a todos los delitos, pero si establece una agravación dentro de la pena del delito más grave. (De León & De Mata, 2008: 510)

Concurso ideal

“Se da cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, lo cual significa que cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos.” (De León & De Mata, 2008:133)

El Código Penal contempla el concurso ideal en el Artículo 70, preceptuando

En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo.

En éste tipo de concurso no existe un solo hecho, sino varios perfectamente diferenciados, tomando en cuenta principalmente la relación de medio a fin, en virtud que no puede valorarse igual los supuestos en los que un hecho produce varios delitos, aquellos en los que un hecho produce un delito únicamente, por otro lado no se valora igual que si se hubiesen producido varios delitos. En éste sentido la unión entre los delitos es tan íntima qué al faltar uno de los delitos, no se hubiese podido producir el otro, por lo que se considera como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos.

Ante éste tipo de concurso el legislador debe basarse en los principios de acumulación, favorabilidad, pena unitaria, asperación, absorción, con el fin de determinar la pena.

Delito Continuado, pluralidad de acciones y unidad de delito

González, al hablar de delito continuado expone “Consiste en que dos ó más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones infringen la misma norma jurídica.” (2004: 175)

Se caracteriza por que cada una de las acciones que la constituyen representa un delito consumado o intentado pero todas ellas deben ser valoradas de manera conjunta como si fuera un solo delito.

De León & De Mata, en relación a los elementos del delito continuado, comentan

Se ha considerado que los elementos objetivos del delito continuado son entre otros, la homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de los modos de comisión del delito y cierta conexión espacial y temporal.

Como Elementos Subjetivos, el delito continuado toma muy en cuenta la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas. En el delito continuado, se puede decir, que su origen es beneficiar al reo, al excluir sus acciones delictivas de las reglas de concurso real. (De León & De Mata, 2004: 175)

De ésta forma queda claro que el origen del delito continuado es beneficiar al reo. Al excluir sus acciones delictivas de las reglas del concurso real.

La regulación legal del delito continuado se encuentra contenida en el Artículo 71 del Código Penal que establece

Delito continuado. Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes:

1. Con un mismo propósito o resolución criminal;
2. Con violación de normas que protejan un bien jurídico de la misma o distinta persona;
3. En el mismo o en diferente lugar;

4. En el mismo o distinto momento con aprovechamiento de la misma situación;

5. De la misma o distinta gravedad.

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

En este caso se puede entender que erróneamente cada presupuesto da lugar a la aplicación del delito continuado, dichos requisitos no pueden ser interpretados en forma independiente, sino desde su clasificación como elementos principales y secundarios.

Entre los efectos de la aplicación del delito continuado, se puede observar que la pena del delito aumenta en una tercera parte, lo cual se puede aplicar sin limitación alguna, a las figuras delictivas o bienes jurídicos de tipo penal contenidas en la parte especial del Código Penal, así como a las leyes especiales, debiendo tomar en cuenta, que en los delitos contra la vida no es aplicable, en virtud que no puede darse el mismo hecho sobre una persona más de una vez.

Criterios para resolver el concurso de normas penales

Principio de Alternatividad, que consiste en que dos o más normas pueda ser idénticas en todo o en parte, una de ellas debe excluirse, pero si las penas son diferentes el juez debe aplicar la más severa.

Muñoz & García, citado por De León & De Mata, en relación a éste principio manifiesta “Cuando el problema del aparente concurso de leyes no puede ser resuelto con los criterios anteriormente señalados, hay que acudir simplemente al precepto que imponga al hecho una pena más grave.” (De León & De Mata. 2004: 473)

Razonamiento lógico en virtud que al quedar excluidas por razones de especialidad, subsidiariedad o consumación, la valoración de mayor gravedad será valorada.

Principio de Especialidad (*lex specialis derogatlex generalis*), este principio “En caso de que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones, una general y otra especial; la especial debe aplicarse al caso concreto.” (De León & De Mata, 2006:102)

Lo anterior se encuentra contenido en el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial al establecer: “Primacía de las disposiciones especiales. Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes.”

En relación al principio de especialidad, De León & De Mata, opinan “Cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole

además otras específicas, el precepto más específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico.” (2004: 472).

Principio de Subsidiariedad (*lex primaria derogatlex subsidiariae*), consiste en aplicar lo que establece la doctrina en cuanto a que la ley especial deroga a la ley general. La subsidiariedad se puede admitir de forma tácita, aunque pueden surgir dudas se dan los preceptos principales o subsidiarios.

En éste sentido Muñoz & García, citado por De León & De Mata, al respecto estiman que “El precepto se deberá aplicar solo en defecto del principal, de forma alternativa, solo si la principal no fuere aplicable.” (De León & De Mata, 2004:472)

Principio de Consunción o de absorción (*lex consumens derogatlex consumpta*), este principio se aplica cuando un hecho está comprendido en dos normas pero una de ellas es de más amplio alcance, excluyendo a la otra, en otras palabras la ley conforme a su propio sentido incluye ya en si el desvalor delictivo de la otra excluyéndola terminantemente.

Muñoz & García citados por De León & De Mata, establecen que “el precepto penal más amplio o complejo absolverá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, ya que muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delito que no se castigan autónomamente.” (De León & De Mata, 2004:472)

El concurso aparente entre el delito de violación y violencia contra la mujer

Para iniciar el presente título es necesario explicar que el concurso aparente de delitos, consiste, en que la misma acción o hecho delictivo está comprendido o regulado aparentemente por dos o más normas legales, como figuras penales distintas, debiéndose aplicar solamente una, excluyéndose a las otras.

Al realizar el estudio sobre el concurso aparente de leyes penales que tiene lugar entre el delito de violación regulado en los Artículos 173 del Decreto 17-73 Código Penal guatemalteco, así como sus reformas contenidas en el Artículo 28 del Decreto 9-2009 Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y el delito de

violencia contra la mujer en sus tres manifestaciones física, sexual y psicológica, que se encuentra tipificado en el Artículo 07 del Decreto número 22-2008 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, cuya normativa es de reciente formación.

Es necesario que se establezcan los aspectos incongruentes y contradictorios de los tipos penales de las citadas leyes, y el análisis de los bienes jurídicos tutelados por ambas; tomando en cuenta que la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, así como las reformas al Código Penal contenidas en el Decreto 9-2009, constituyen una norma vigente, las cuales, no derogaron tácita ni expresamente normas con las cuales puede surgir un concurso aparente de leyes, así como aquellas que excluyen su aplicación, dejando la posibilidad de aplicar simultáneamente dos tipos penales a un mismo hecho, lo cual en lugar de favorecer al reo, lo perjudica y por otro lado deja la posibilidad que esta ley no sea aplicada al hecho punible cometido por la persona.

Además debe establecer la correcta aplicación de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, que regula conductas como el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, psicológica y sexual, los cuales tienen como bien

jurídico tutelado la integridad física de la mujer, la integridad personal en su aspecto psíquico y moral, la libertad y la indemnidad sexual de la mujer, coincidiendo con el delito de violación tipificado en el Artículo 173 del Código Penal, el cual es claro al establecer “Violación: Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona. . .” violentando el bien jurídico tutelado que es la libertad y la indemnidad sexual.

La única diferencia es que en el delito de violencia contra la mujer en su manifestación sexual es claro al establecer que se comete éste delito de un hombre hacia una mujer y la violación puede ser de hombre a hombre, mujer a mujer, mujer a hombre y/o de hombre a mujer, estableciendo en el Artículo 173 del Código Penal, como autor únicamente “con otra persona”, lo cual provoca un concurso aparente de leyes penales, al momento de encuadrar un hecho cometido por un individuo que utilizó violencia física en contra de una mujer, quien presenta afectación psicológica y a quien le fue vulnerada su libertad e indemnidad sexual consumando una violación.

Determinando que si existe concurso aparente entre el tipo penal de violación y violencia contra la mujer en la legislación penal guatemalteca, debiendo realizar un análisis del hecho constitutivo de

delito, para su correcto encuadramiento tomando en cuenta los elementos del tipo penal, para evitar que se juzgue dos veces al sindicado, por el mismo hecho cometido, debiendo aplicar los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, en las figuras delictivas creadas mediante ésta normativa, específicamente porque entre la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, el Código Penal y sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, se ha suscitado un concurso aparente de leyes penales y como consecuencia en peligro de aplicar una doble pena a quien realmente merece solo una.

Debido a la alarmante situación que impera en la sociedad y en las familias guatemaltecas, con la opresión de la que son víctimas las mujeres y con las estadísticas recientes por muertes, violaciones, violencia en sus diferentes manifestaciones, coacciones o amenazas que se producen diariamente, son razones suficientes para afirmar que la creación de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, el Código Penal y sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, tienen por finalidad contrarrestar ese flagelo social que ataca duramente a Guatemala, siendo las mujeres y niñas el sectores de la población más vulnerable en nuestro medio.

Por lo que es necesario introducir al ordenamiento jurídico penal, los principios y/o criterios aplicables para la solución del concurso aparente de leyes existente entre la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer y el Código Penal en sus reformas contenidas en el Decreto 9-2009, con la finalidad que no se aplique más de un tipo penal a un único hecho.

La normativa penal no regula el concurso aparente, por ende únicamente se puede basar en principios doctrinarios para poder hacerlo valer, el único principio que se encuentra regulado en el artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial es el principio de especialidad.

Análisis e interpretación de los tipos penales de Violación y Violencia Contra la Mujer en la legislación penal guatemalteca

Es preciso conocer el objeto y finalidad de las leyes penales que regulan los delitos de violación y violencia contra la mujer, así como su bien jurídico tutelado y los sujetos que dan lugar a la misma.

Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, entró en vigencia a partir del 16 de mayo del año 2008.

Su objeto y finalidad, se encuentra contenido en el Artículo 01, el cual establece

Objeto y fin de la ley: La presente ley tiene como objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la ley, particularmente cuando por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado quien agrede, cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos. El fin es promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia, según lo estipulado en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres ratificados por Guatemala.

El bien jurídico tutelado de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, es la integridad física, psíquica y moral de la mujer, la libertad e indemnidad sexual de la mujer, garantías judiciales, protección judicial, igualdad de las mujeres ante la ley. El sujeto pasivo son las mujeres de cualquier edad y el sujeto activo es el hombre.

Artículo 03 literal j) Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer

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

Al referirse a violencia contra la mujer, engloba sus diferentes manifestaciones, teniendo como elemento principal la pertenencia que existe del hombre hacia la mujer, utilizando las relaciones de poder como medio para inducir a la mujer a realizar o no, ciertas acciones que le afectan directamente a la víctima.

Artículo 03 literal l) Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer “Violencia física: Acciones de agresión en las que se utiliza las fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia, con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer.”

La violencia física, se traduce a golpes, mordeduras, pellizcos, empujones, lesiones, heridas, fracturas, las cuales antes de la creación de la presente ley, eran encuadradas dentro de las lesiones leves, con la diferencia que no importaba quien era el agresor y quien la agredida.

Artículo 03 literal n) Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer

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

Por medio de la violencia sexual, se vulnera la libertad e indemnidad sexual de las mujeres, por medio de la humillación sexual, la prostitución forzada y la prohibición o rechazo del uso de métodos de planificación familiar, así como medidas de protección para evitar infecciones o contagio de enfermedades de transmisión sexual.

Artículo 03 literal m) Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer

Violencia psicológica ó emocional: Acciones que pueden producir daño o sufrimiento, psicológico o emocional a una mujer a sus hijas o a sus hijos así como las acciones, amenazas o violencia contras las hijas, los hijos u otros familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la víctima, en ambos casos con el objeto de intimidarla, menoscabar su autoestima o controlarla, la que sometida a ese clima emocional, puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

Este tipo de violencia se da a través de maltrato verbal, menosprecio, denigración, amenazas, intimidación y chantaje, con el objeto de lograr control sobre la mujer y sus relaciones familiares, sociales, laborales, como manifestación en su mayoría de veces por celos, llegando hasta la privación de la libertad de la mujer, teniendo como resultado el menoscabo de la salud mental de la víctima.

Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Decreto 9-2009 de fecha 18 de febrero del año 2009 del Congreso de la República, entró en vigencia el 05 de abril del año 2009.

La presente ley modifica y deroga varios artículos el Código Penal y tipifica varios delitos. Su objeto y finalidad, se encuentra contenido en el Artículo 01, el cual define el objeto de la ley así: “La presente Ley tiene por objeto prevenir, reprimir, sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y resarcir los daños y perjuicios ocasionados.”

El bien jurídico tutelado de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, es la integridad física, la libertad e indemnidad sexual de las personas; el sujeto pasivo son las mujeres, hombres, niños y niñas y el sujeto activo son los hombres y/o mujeres.

El título III, del libro segundo, del Código Penal, regula los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, tipificando en el capítulo I, Artículo 173 el delito de violación, el cual fue reformado por el Artículo 28 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República.

Su bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual; el sujeto pasivo puede ser hombre, mujer, niño, niña, personas con incapacidad volitiva o cognitiva y como sujeto activo, hombre y/o mujer. El cual define el delito de violación así

Violación: Quien con violencia física o psicológica tenga acceso carnal vía vaginal, anal, o bucal con otra persona o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra personal a introducirselos a sí misma.

En base a los estudios realizados se hace un análisis interpretativo de los delitos de violación y violencia contra la mujer en su orden.

El delito de violación, regulado en el Artículo 173 del Código Penal, reformado por el Artículo 28 del decreto 9-2009 del Congreso de la República establece

Violación. Quien con violencia física o psicológica tenga acceso carnal vía vaginal, anal, o bucal con otra persona o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra

personal a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Se entiende que el Artículo en mención presenta dos modalidades de violación, que son la común que es ejecutada utilizando violencia tanto física como psicológica y por otro lado se encuentra la violación presunta la cuál es conocida también como delito equiparado a la violación, que no es más que el acceso carnal con personas menores de catorce años de edad, persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.

En el Código Penal la tipificación de violación contempla la violencia física o psicológica, se puede decir que sus elementos son parecidos al del delito de violencia contra la mujer en su manifestación física o psicológica, debiendo precisar que en el delito de violación pueden ser sujetos pasivos hombres o mujeres y sujetos activos también hombres o mujeres, a diferencia de la violencia contra la mujer tipificada en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer,

en que el sujeto pasivo únicamente pueden ser las mujeres en su calidad de víctimas.

Violencia contra la mujer, regulada en el Artículo 07 de Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer

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

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

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

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

En relación a la violencia contra la mujer, es importante tomar en cuenta que al hablar de violencia física, se refiere a el uso de fuerza corporal directa o por cualquier medio que cause daño, lesión o incluso

enfermedad en la mujer, lo cual debe llevar aparejada la necesidad de que concurran por lo menos una de las circunstancias contenidas en el Artículo 07 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, pero principalmente que se pueda demostrar que existe una relación de poder entre la víctima y el victimario.

Este tipo de violencia resulta más fácil probarla, por ser visible pues deja evidencias en el cuerpo de la víctima, englobando empujones, mordiscos, patadas, puñetazos, lesiones, los cuales pueden ser causados con las manos o con algún tipo de objeto o arma, se puede decir que la violencia física puede ir aparejada con la violencia psicológica, casi de manera inevitable, en virtud que la violencia psicológica puede ser sufrida no solo por la víctima, sino también por los hijos, hijas u otros familiares de la víctima, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes pueden verse amenazadas e intimidadas por las acciones cometidas por el victimario, logrando controlarla al menoscabar su autoestima, pero principalmente vulnerando su integridad personal en su aspecto psíquico y moral.

Al hacer mención sobre el tema de violencia contra la mujer de tipo sexual, coincide con el delito de violación al tomar en cuenta el bien jurídico tutelado de ambos tipos penales, cabe destacar que al hablar de

indemnidad sexual, se refiere a las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual de las personas, ya que no cuentan con la madurez necesaria para ejercer su derecho a la libertad sexual, por ejemplo en el caso de los menores de edad, en este aspecto también podemos mencionar a las personas con algún tipo de discapacidad mental y volitiva, quienes no pueden manifestar libremente la voluntad para decidir sobre su cuerpo.

En éste caso la víctima siempre será una mujer, quien se verá limitada en sus derechos como persona, siendo víctima de humillación sexual, prostitución forzada, negación de derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, así como de protección contra enfermedades o infecciones de transmisión sexual.

Es aquí donde se encuentra el concurso aparente de delitos, al ser una mujer la víctima del delito de violación, pues como elemento lógico de éste tipo penal debe o puede existir violencia física o psicológica, lo cual conlleva a considerar la existencia del delito de Violencia contra la mujer, en su manifestación física y/o psicológica; violando los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, entre la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, el Código Penal y sus reformas contenidas

en el Decreto 9-2009, se ha suscitado un concurso aparente de leyes penales y como consecuencia se da el inminente peligro de aplicar una doble pena a quien realmente merece solo una.

Por lo tanto la tipificación del delito de violación regulado en el Código Penal, contempla la violencia física ó psicológica, lo cual puede considerarse que tiene elementos parecidos al delito de violencia física tomado a su vez como violencia sexual, regulada en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, con la diferencia de las personas que intervienen como elemento pasivo y elemento activo.

A su vez debe hacerse un análisis sobre las agravantes del delito de violación, establecidas en el artículo 174 del Código Penal, en la cual la pena a imponer se aumentará en dos terceras partes en los casos siguientes

1°. Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas..., 2°.... 3°. Cuando el actor actúe con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva. 4°. ...5°. 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 parientes en los grados de ley.

Además se observa que los elementos del delito de violación con agravación de la pena, aparentemente coincide con los contenidos en el Artículo 7 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer en la que establece las circunstancias que deben suscitarse para que se dé el delito de violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones como se observa en la literal b) mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.

La literal c) que establece que se da el delito de violencia contra la mujer, quien en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias:...c) como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.

En éste sentido es muy importante mantener abierta la discusión para profundizar en unificar criterios por parte de los operadores de justicia, a efecto que tanto en acusaciones y en sentencias sean respetados y tomados en cuenta los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, esto con el fin de evitar la aplicación de una doble pena a quien realmente merece solo una.

Los Convenios y Tratados Internacionales como fuente de interpretación de los delitos de violación y violencia contra la mujer

Como es sabido desde el punto de vista jurídico, los postulados contenidos en Convenciones y tratados internacionales no pueden ser autoejecutables *non selfexecuting*, por lo tanto para ser aplicados a casos concretos en Guatemala, además de haber sido aceptados y ratificados, es necesario convertirlos en fuente de derecho y hacer que descendan a las leyes nacionales de la materia.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su Artículo 46 el cual establece: “Preeminencia del Derecho Internacional: se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

En ese sentido los tratados y convenios internacionales deben ser utilizados como mecanismos específicos en defensa de los derechos humanos, de los cuales se deriva la legislación interna para la protección de los derechos de las mujeres y que ha respaldado las

propuestas realizadas en relación a reformas legales ante el Congreso de la República, siendo un compromiso del Estado hacer valer y cumplir con el contenido de los instrumentos internacionales ratificados por Guatemala.

Guatemala se ha visto en la necesidad de adherirse y ser parte de los convenios y tratados internacionales, debido a la alarmante situación que impera en la sociedad y en las familias guatemaltecas, como un medio de defensa para las mujeres y niñas, como población vulnerable, siendo víctimas de violencia generalizada, tanto física, psicológica, sexual y violaciones, las cuales se dan día a día, que muestra la necesidad de creación de leyes específicas, así como reformar las leyes ya existentes, siendo el caso del Código Penal y sus reformas contenidas en el decreto 9-2009 y la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, las cuales tienen como finalidad contrarrestar el flagelo que ataca a nuestra sociedad.

A continuación se enumeran algunos de los instrumentos de carácter general pertenecientes al sistema universal de protección de derechos humanos que por formar parte de la legislación aprobada por Guatemala pueden y/o deben ser aplicados en los casos de violación y violencia contra la mujer.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada y ratificada el 10 de diciembre del año 1948.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado mediante Decreto número 69-87 del Congreso de la República, del 30 de septiembre del año 1987. Fecha de adhesión 06 de abril del año 1988.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado mediante Decreto número 9-92 del Congreso de la República, del 19 de febrero del año 1992. Fecha de adhesión 01 de mayo del año 1992.

- Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, aprobada mediante Decreto ley número 49-82, del 29 de junio del año 1982. Ratificado por Guatemala el 08 de julio del año 1982.

- Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, aprobada mediante Decreto

número 52-89 del Congreso de la República, del 12 de octubre del año 1989. Fecha de adhesión 23 de noviembre del año 1989.

- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada mediante Decreto número 27-90 del Congreso de la República, del 10 de mayo del año 1990. Ratificado por Guatemala el 22 de mayo de 1990.

- Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre del año 1993.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, aprobado mediante Decreto número 6-78 del Congreso de la República, del 30 de marzo de 1978. Ratificado por Guatemala el 27 de abril del año 1978.

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, aprobado mediante Decreto número 64-86 del Congreso de la República, del 11 de noviembre del año 1986. Ratificado por Guatemala el 10 de diciembre del año 1986.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer –Convención de *Belém Do Pará*- del año 1994. Aprobado mediante Decreto número 69-94 del Congreso de la República, del 15 de diciembre del año 1994. Ratificado por Guatemala el 04 de enero del año 1995.

La convención de *Belém Do Pará* en su Artículo 01, define la violencia contra la mujer indicando que: “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Así mismo en el Artículo 02 de dicha Convención hace mención

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que a mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Lo anterior describe los elementos para interpretar la ley en materia de violencia contra la mujer tomando en consideración que la misma se fundamenta en dicha convención, siendo un tratado vigente en el país, que genera obligaciones para el Estado. La convención *Belém Do Pará*, hace una distinción de los ámbitos en que puede darse la violencia contra la mujer, tomando en cuenta la violación y abuso sexual.

Concha García Hernández se refiere a la violencia sexual, indicando que ésta “Se ejerce mediante presiones físicas o psíquicas que pretenden imponer una relación sexual no deseada mediante coacción, intimidación o indefensión. Aunque podría incluirse dentro del término de violencia física, se distingue de aquella en que el objeto es la libertad sexual de la mujer, no tanto su integridad física.”(Recuperado de <http://www.psicoterapeutas.com/paginaspersonales/concha/violenciadegenero.htm>.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a casos de violencia sexual contra mujeres, resalta la importancia del enriquecimiento de criterios de los órganos jurisdiccionales quienes tienen la ardua labor de interpretar y aplicar las normas en concurso.

En ese sentido la Corte Interamericana, sostiene en uno de sus fallos: “... La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con

acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno” (Expediente Tribunal de Sentencia, 2011)

En relación a lo anterior es necesario destacar que de conformidad con la Corte Internacional la violencia sexual tiene lugar en acciones de naturaleza sexual cometidas en contra de una persona que en ningún momento da, ni manifiesta su consentimiento, entendiendo que la violencia sexual, no es solo una invasión física del cuerpo humano como lo es la violación sexual, dichas acciones pueden incluir actos que no necesariamente involucren penetración o algún tipo de contacto físico, como lo es la desnudez como lo establece la Corte Interamericana.

El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. (Expediente Tribunal de Sentencia, 2011)

Por lo que la tipificación de violación regulada en el Código Penal, contempla la violencia física o psicológica, lo cual podría considerarse que tiene elementos muy parecidos al delito de violencia contra la

mujer en su manifestación física y/o sexual regulada en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, con la diferencia que el delito de violación tiene como sujetos pasivos a hombres o mujeres y como sujeto activo también a hombres y mujeres, lo cual marca la diferencia con el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, psicológica y/o sexual, tipificada en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, en el que el sujeto pasivo sólo pueden ser las mujeres.

Por su parte la Corte Penal Internacional en su Estatuto, en los Artículos 07 y 08, considera como crímenes de guerra y lesa humanidad todos los actos de violencia sexual, abarcando el delito de violación, contemplados en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto del año 1949, otorgándole a la víctima protección, participación y reparación.

A criterio de la sustentante la Corte Penal Internacional ha logrado crear condiciones que modifiquen la legislación nacional e incorporar nuevas normas que regulan otros tipos penales como lo es la violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones, asegurándole a la víctima su protección. Además da lugar a acciones a favor de las

mujeres y niños, con el criterio de que exista un equilibrio entre hombres y mujeres a la hora de administrar justicia.

Es por esa razón que se hace necesario que se considere algo evidente y no es más, que el hecho que uno de los sectores de la población más vulnerable a la violencia generalizada siendo las mujeres y niñas, lo cual motiva a realizar el presente aporte y proponer al Congreso de la República de Guatemala, que valore y considere la posibilidad de introducir al ordenamiento jurídico penal y/o leyes especiales, los principios ó criterios aplicables para la solución del concurso aparente de leyes, con la finalidad que no se aplique más de un tipo penal a un único hecho, específicamente en el caso de la Violación y Violencia contra la mujer en sus tres manifestaciones física, sexual y psicológica y de esa manera unificar criterios por parte de los operadores de justicia, a efecto que tanto en acusaciones y en sentencias sean respetados y tomados en cuenta los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, esto con el fin de evitar la aplicación de una doble pena a quien realmente merece solo una.

Conclusiones

Se realizó el estudio de los tipos penales que provocan un concurso aparente de normas entre el Código Penal, sus reformas y la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, estableciendo que existe concurso aparente entre el delito de violación y violencia contra la mujer en sus tres manifestaciones física, sexual y psicológica, tomando en cuenta como base los Convenios Internacionales de los cuales Guatemala es parte.

Se establece en base a criterios doctrinarios sobre el concurso aparente de normas penales y su relación con el *ne bis in ídem*, que tanto en el Código Penal, sus reformas y la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, violan los principios de favorabilidad, única persecución e irretroactividad de la ley penal, dando lugar a un concurso y en consecuencia se encuentra con el inminente peligro de aplicar una doble pena a quien realmente merece solo una.

Se determinó que uno de los sectores de la población más vulnerable a la violencia generalizada en nuestro medio son las mujeres y niñas,

argumentos suficientes para proponer que el Congreso de la República de Guatemala, que valore y considere la posibilidad de introducir al ordenamiento jurídico penal, los principios ó criterios aplicables para la solución de concurso aparente de leyes, con la finalidad de no aplicar más de un tipo penal a un único hecho, específicamente en el caso de la Violación y Violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones.

Referencias

Libros

Cuello, E. (1947). *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Vol. Primero, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, España.

De Leon, H., & De Mata, J. (2006). *Derecho Penal Guatemalteco*, Decimoséptima Edición, Editorial Estudiantil Fenix, Salamanca, España.

González, E. (2008). *Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco*, Segunda Edición, Editorial Fundación MyrnaMack, Guatemala, Guatemala.

Muñoz, F., & García, M. (2004). *Derecho Penal Parte General*, Sexta Edición, Tiran Lo Blanch, Valencia, España.

Rodríguez, A. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Segunda Edición ed.). Serviprensa.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente, (1985), Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala.

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

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

Congreso de la República (2008), Decreto número 22-2008, Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Guatemala.

Congreso de la República (1999), Decreto número 7-99, Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, Guatemala.

Congreso de la República (1986), Decreto número 54-86, Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República, Guatemala.

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

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

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

Asamblea General de los Estados Miembros de las Naciones Unidas (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

Estados Parte (1994), Ratificado por Guatemala mediante Decreto 69-94 del Congreso de la República de Guatemala, Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención *Belém do Pará*”, *Belém do Pará*, Brasil. Estados Parte (1979), Aprobado y Ratificado por Guatemala mediante Decreto 49-82 del Congreso de la República de Guatemala, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1967), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1993), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Corte Penal Internacional (1998), Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, Roma, Italia.

Estados Parte (1999), Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de *Belem do Pará*”, *Belen do Pará*, Brasil.

Estados Parte Asamblea General (1999), Protocolo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Sentencia de Organo Jurisdiccional Nacional

Expediente Tribunal de Sentencia, CJ19-2011 Referencia 090011-2011-00592. Sentencia 14 de Julio de 2011.

Internet

De Bonesana, C. (2,005). *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS* (3era Edición.). (E. h. SRL, Ed.) Bogotá, Colombia: Temis. Recuperado de <http://archipielagolibertad.org/upload/files/007%20Estado%20de%20derecho/7.6%20Criminologia%20y%20politica%20criminal/0001%20Beccaria%20-%20De%20los%20delitos%20y%20las%20penas.pdf>, 20.05.2013.

García, C. (sf). *VIOLENCIA DE GENERO*. Recuperado de <http://www.psicoterapeutas.com/paginaspersonales/concha/violenciadegenero.htm>., 16.05.2013.

Grupo 8. Universidad de San Carlos de Guatemala, (2009), Escuela de Trabajo Social. *LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN GUATEMALA*. Recuperado de <http://psgrupo8.ordpress.com/historia/>., 15.06.2013.

Ayala, L. (2012). Universidad Vladimir Ilicj Lenin, Las Tunas, Cuba. *LA VIOLENCIA HACIA LA MUJER, ANTECEDENTES Y ASPECTOS TEORICOS*. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ashm.htm/>., 15-06.2013.

Fundación Sobrevivientes Guatemala, *VIOLENCIA HACIA LA MUJER*. Recuperado de http://www.sobrevivientes.org/docs/VCM_genero_violencia_intrafam.pdf., 15.06.2013.