

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



**Falta de proporcionalidad en la pena del delito de violencia
física contra la mujer**

-Tesis de Licenciatura-

Marvin Inés de León Samayoa

Guatemala, mayo 2014

**Falta de proporcionalidad en la pena del delito de violencia
física contra la mujer**

-Tesis de Licenciatura-

Marvin Inés de León Samayoa

Guatemala, mayo 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

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 Lic. Mario Efraim López García

Revisor de Tesis Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Javier Aníbal García

Licda. Brenda Lissete Lambour

Licda. Mayra Patricia Jáuregui Molina

Segunda Fase

Lic. David Sentés Luna

Lic. Julio Cesar Villalta Bustamante

Licda. Graciela de Jesús López

Tercera Fase

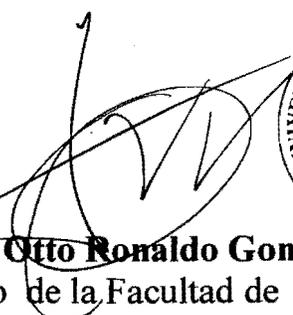
Lic. Walter Enrique Menzel

Lic. Manuel Guevara Amézquita

Licda. Mayra Patricia Jáuregui Molina

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

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER**, presentado por **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**, 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 Licenciad **MARIO EFRAIM LÓPEZ GARCÍA** 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: **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**

Título de la tesis: **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA 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, 20 de noviembre de 2013

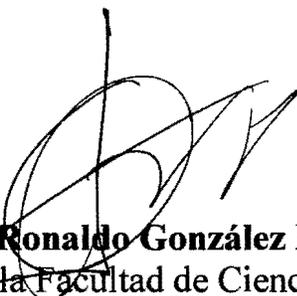
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Mario Efraim López García
Tutor de Tesis



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

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER**, presentado por **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**, 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 **CÁNDIDA ROSA RAMOS MONTENEGRO**, 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: **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**

Título de la tesis: **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA 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 enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Cándida Rosa Ramos Montenegro
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**

Título de la tesis: **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA 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, 25 de febrero de 2014

"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: **MARVIN INÉS DE LEÓN SAMAYOA**

Título de la tesis: **FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER**

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

Considerando:

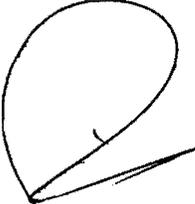
Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

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, 24 de marzo de 2014


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




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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Todo poderoso, dador de la sabiduría, que sin su ayuda no habría alcanzado este triunfo. Honor y Gloria sean a él.

A MIS PADRE: Rodrigo de León López, con admiración, cariño y respeto, por sus consejos. Sea una mínima recompensa a sus sueños.

A MI MADRE: Ángela Custodia Samayoa Hernández, con infinito amor por sus sacrificios y peticiones a Dios por su bendición hacia mí.

A MI ESPOSA: Elma Antonieta Samayoa Santiagos, por su apoyo brindado en parte de mi carrera universitaria.

A MIS HIJOS: Astrid Arely y Ludwin Isaí, con mucho cariño, por sus palabras de aliento en momentos difíciles, y que este triunfo sirva de estímulo para que procuren superarse.

A MIS HERMANOS: Magda (Q.E.P.D.), Marilanda, Bayron, Magali, Horfita e Ingrid, por el apoyo moral que en todo momento me brindaron.

A MIS CENTROS

DE ESTUDIO: Donde tuve la oportunidad de formarme académicamente.

A MIS CATEDRÁTICOS: Por todo el empeño puesto en mi formación, esa semilla que hoy da fruto, especialmente y con mucha estima a mi maestro de primaria José Rocael Galicia Meléndez.

A: La Universidad Panamericana de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia, por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de alcanzar este triunfo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Delito	1
Delitos de que pueden ser víctimas las mujeres	4
Violencia contra las mujeres como delito	5
Pena	8
Justificación, sentido y fin de la pena	9
Clasificación de las penas	11
Proporcionalidad de la pena	12
Gradación	16
Delito de violencia contra las mujeres	20
Antecedentes para su regulación en Guatemala	22
Delito de violencia contra la mujer en Guatemala	24
Delito de violencia física contra la mujer	26
Pena señalada	29
Gradación de la pena	39
Conclusiones	51
Referencias	53

Resumen

En el presente trabajo, fueron expuestas las generalidades del delito y la pena, así como lo referente a la proporcionalidad y gradación que debe existir en la aplicación de la pena con relación al delito cometido.

Se abordó el delito de violencia contra la mujer en Guatemala, en su modalidad física, que lo regula la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, y se determinó que con la emisión de dicha Ley, el Estado de Guatemala, cumplió con el compromiso adquirido al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, de la Organización de Estados Americanos, en relación a implementar medidas tendientes a combatir ese fenómeno, incluyendo en la legislación interna normas penales.

Posteriormente se determinó que la pena asignada a dicho delito, tomándose en cuenta circunstancias atenuantes, datos de expedientes reales, y opiniones de profesionales, es desproporcional, pues no se consideró que existe distinta gravedad en las lesiones que se producen y al establecerse límites legales, con un solo mínimo y un solo máximo, dejó abierta la posibilidad de que sea a discreción del juzgador el imponer la pena que considere pertinente.

Se estableció, que existen países en que se regula delito de violencia física contra la mujer con pena gradada, según la gravedad de las lesiones producidas con la agresión, que para el caso de Guatemala también es lo más conveniente, lo que le corresponde hacer al Congreso de la República mediante reforma al artículo 7 de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

Palabras clave

Violencia física. Mujer. Pena. Proporcionalidad. Gradación.

Introducción

Se presenta a continuación un trabajo, con el que se pone de manifiesto que el delito de violencia contra la mujer en la modalidad de violencia física, regulado en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, tiene señalada pena de prisión con límites legales establecidos en un solo mínimo y un solo máximo, quedando entre ellos un margen demasiado amplio, pues dicho delito se deriva por la existencia de lesiones, las que se dan en distinta gravedad, por consiguiente el que no se regule gradación conforme a ellas, constituye un problema jurídico para que el juzgador pueda emitir una sentencia condenatoria acorde al hecho cometido.

Se pretende, que el lector cuente con un documento de consulta con información importante recopilada desde diferentes ámbitos, respecto de la proporcionalidad que debe existir entre la pena asignada a los delitos, con la acción realizada, y principalmente respecto de que derivada de esa proporcionalidad es necesario hacer una gradación de la pena que tiene asignada el delito de violencia contra la mujer en su modalidad de violencia física, en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, tomándose en cuenta la gravedad de las lesiones que se ocasionen. Así como se considera importante hacer llegar

un ejemplar a quienes de conformidad con el artículo 147 de la Constitución Política de la República de Guatemala tienen iniciativa de ley, a efecto de que siendo positivos, por lo menos lo analicen, con la esperanza de que una de esas instancias presente un proyecto de ley al Congreso de la República, y este mediante el procedimiento respectivo, proceda a gradar la pena que tiene asignada el delito de violencia contra la mujer, en la modalidad de violencia física, atendiendo a la gravedad de las lesiones que se ocasionen como consecuencia de la agresión física hacia las mujeres.

Esta investigación, constituye un importante aporte a la comunidad, toda vez que no existiendo información abundante en relación a la gradación de la pena, puede servir de referencia a estudiantes y docentes de la carrera de Derecho, que les permita alimentar sus conocimientos en el tema.

Delito

Para dar una definición de lo que es el delito, es en la doctrina, donde se encuentran los elementos del mismo, ya que no existe una norma que lo defina. Así, Zaffaroni hace un análisis de la teoría del delito, “partiendo de la muy general aproximación que lo entiende como una acción típica, antijurídica y culpable...” (2002:373).

Cabe mencionar que en relación a la estructura básica

... se debe excluir del concepto de delito toda pretensión del poder punitivo sobre... personas por algo que no sea una acción..., o por algo que se cause sin relación a la voluntad de una persona... lo que lleva a la consagración teórica del *nullum crimen sine conducta*, que es un requisito reductor mínimo de elementísima o elementalísima racionalidad que sirve de base a los tres caracteres filtrantes específicos, que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (Zaffaroni. 2002: 377)

La acción o conducta, se entiende como el género de la especie delito, cuyo fundamento jurídico debe buscarse en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos y no en los tipos penales, que serían inconstitucionales si pretendiesen tipificar algo diferente de una acción, lo que es inadmisibile. (Zaffaroni 2002: 399,400).

Debe decirse entonces que son los actos externos llevados a cabo voluntariamente y que vulneran bienes jurídicos tutelados, lo que constituye el primer elemento del delito.

Otros autores también se refieren al mismo tema, así por ejemplo Muñoz indica, que hay características que son comunes a todos los delitos, mientras otras los hacen diferentes unos de otros, y es a la teoría general del delito a la que le corresponde dar un concepto de delito con las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal y ser sancionado con una pena. (2004: 199).

El concepto delito responde a una doble perspectiva a saber, a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta, a lo que se le llama ilicitud o antijuricidad, y b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho, a lo que se le llama culpabilidad o responsabilidad; de lo que se resume que la antijuricidad es la desaprobación del acto, mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo, siendo estos dos elementos más que permiten definir al delito. (Muñoz. 2004: 200, 201, 203).

Es decir, la conducta que se desvalora debe estar prohibida en una norma, y de esa cuenta debe decirse que la “tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que del mismo se hace en la ley penal” (González. 1998: 55).

Lo que da origen entonces al delito es la conducta humana valorada negativamente, es decir debe haber una acción u omisión prohibida que coincidan con la conducta descrita en el tipo penal por el legislador, por lo que uniendo los elementos antes mencionados Muñoz define al delito “como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible”. (2004: 203).

No existe un concepto legal de delito, sin embargo debe decirse que el Código Penal de Guatemala, en la parte general contempla los elementos a que se ha hecho referencia anteriormente, así por ejemplo, el artículo 10 regula que “los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidas al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión...”

Asimismo, la tipicidad se encuentra en el artículo 1 también del Código Penal, al establecer que “nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos”, y el mismo artículo 10 que preceptúa que “los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidas al imputado... conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta”.

Sin embargo, hay conductas que aunque sean típicas, no se pueden desvalorar, es decir la antijuricidad queda excluida, por la existencia de causas de justificación, como son la Legítima defensa, el Estado de necesidad, y el Legítimo ejercicio de un derecho, reguladas en el artículo 24 del Código Penal, y puede haber conductas típicas y antijurídicas, pero que no se le pueden atribuir al autor, por existir cualquiera de las causas de inculpabilidad que regula el artículo 25 de la misma norma y que consisten en Miedo invencible, Fuerza exterior, Error, Obediencia debida, y Omisión justificada, es decir que de darse causas de justificación o causas de inculpabilidad, la responsabilidad penal se exime.

Delitos de que pueden ser víctimas las mujeres

Las mujeres pueden ser víctimas de cualquier delito del que pueden ser objeto los hombres, toda vez que las leyes generales penales son aplicables a toda persona, y es la conducta la que se desvalora, no el pertenecer a determinado género, es a lo que se refiere Zaffaroni, al indicar que no debe incluirse en el concepto delito atribuido a las personas, algo que no sea su acción, como por ejemplo el género. (2002: 377).

El artículo 117 del Código Procesal Penal de Guatemala regula que se denomina “agraviado, a la víctima afectada por la comisión del delito” y de conformidad con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas

Se entenderá por víctimas, a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (Resolución No. 40/34. 29.11.1985).

Como puede observarse hace referencia a las personas, sin distinción de género, de lo que existe fundamento constitucional al establecer el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala que “toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley”.

Violencia contra las mujeres como delito

La expresión violencia contra la mujer es reciente, y de esa cuenta no se encuentra en muchos textos, lo que no significa que ese fenómeno no se haya dado a través de la historia en sus diferentes manifestaciones. De acuerdo con Morales “ha sido considerada como algo natural” lo que

significa según ella misma que las mujeres por el hecho de ser mujeres están “destinadas a sufrir la violencia y que los hombres son quienes están facultados para ejercer el poder, estando ellas subordinadas a ellos”. (2001: 53).

Se dice entonces que esa violencia se da por la existencia de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, relaciones que son contrarias a los derechos humanos de las mismas, y al efecto se define la violencia contra la mujer como

cualquier acción o conducta –activa o pasiva– llevada a cabo en contra de una mujer por el hecho de ser mujer, que le ocasione la muerte o el suicidio, daño o sufrimiento físico, daño sexual, daño emocional y daño patrimonial o económico. (Morales. 2001: 53).

Para entender de mejor manera lo que significa la expresión violencia contra la mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en el artículo 1, indica que a los efectos de la misma

Por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Mientras que el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, establece que para los efectos de la misma, “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”, como puede observarse, se hace referencia a la acción que es un elemento básico del delito.

Con relación a los delitos de violencia, debe decirse que no obstante las mujeres pueden ser víctimas de cualquier delito que los hombres, existen normas en las que si bien son más vulnerables las mujeres, también pueden ser víctimas los hombres, tal es el caso en Guatemala de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Directamente respecto a delitos en contra de las mujeres, debe decirse que existe para Guatemala, la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, aprobada por el Congreso, que regula los delitos de femicidio, violencia contra la mujer y violencia económica, siendo necesario hacer ver que en cuanto al segundo delito puede ser en tres modalidades, a saber, física, psicológica y sexual, delitos de los que obviamente no puede ser víctima un hombre.

Pena

Comprobada la comisión de un delito e individualizado el sujeto activo durante el proceso penal, corresponde la aplicación de la sanción respectiva, es decir se está ante la pena, que “se entiende la coerción estatal que importa la privación de derechos o la inflicción de un dolor, que no persigue un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente” (Zaffaroni 2002: 917), o que puede decirse “es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo” (Muñoz. 2004: 47).

Sin embargo, una definición posiblemente más exacta es la que dan De León, De Mata, Enríquez, Estrada, López, Ramírez y Rodríguez, con relación a que “la pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales” (2001: 517), quienes a su vez resaltan que a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta los bienes más importantes de un individuo como lo son su vida, su libertad y su patrimonio.

De lo anterior, se debe decir “que la pena es un concepto genérico que abarca toda inflicción de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona como agente de un delito”. (Zaffaroni. 2002: 998), lo que significa que la comisión de un hecho prohibido en una norma penal conlleva una consecuencia que debe sufrir el infractor, que por lo general es privación de libertad, entre otros bienes que le pueden ser limitados.

Justificación, sentido y fin de la pena

Debe hacerse mención de tres aspectos importantes de la pena, su justificación, su sentido y su fin. Indica Muñoz que “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad” y que, sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual es imposible, por lo que se convierte en una amarga realidad. (2004: 47).

Al justificarse la pena como un medio de represión y una amarga realidad, es para el que ha cometido el delito, a efecto de que corrija su conducta o bien tenerlo alejado de los demás y pueda prevalecer precisamente esa convivencia en la sociedad.

De su sentido y su fin, existen las teorías absolutas refiriéndose solamente a que el sentido de la pena radica en la imposición de un mal por el mal cometido, es decir no le importa el sujeto, sino se enfoca solamente en el castigo, el sufrimiento para el autor del delito, y existen teorías relativas que atienden solamente al fin que se persigue con la misma, dirigido ese fin hacia el sujeto que delinque y a la sociedad, por lo que se subdividen en teorías de la prevención especial, que ven el fin de la pena en apartar al que ha delinquido de la comisión de futuros delitos, y teorías de la prevención general, para las cuales el fin de la pena es la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. (Muñoz 2004: 47, 48).

Existen también las teorías de la unión, que tratan de unificar las dos mencionadas anteriormente, lo que no es posible en su totalidad, ya que mientras la retribución mira al pasado, al delito cometido, la prevención lo hace al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir, por lo tanto lo único que pueden hacer las teorías unificadoras es coordinar las absolutas y las relativas. (Muñoz 2004: 49).

Le asiste cierta razón a quienes propugnan esta teoría de la unión, pues al tomar medidas de represión en contra del que ha delinquido, además de que constituye un castigo por el hecho cometido, puede servir de disuasivo o advertencia para que se abstenga de incurrir a futuro en ello, y a la vez sirve de ejemplo para los demás miembros de la comunidad.

Clasificación de las penas

Al hacer una clasificación de las penas, según Zaffaroni existen las que son en función de leyes penales manifiestas, siendo las únicas que pueden habilitar el poder punitivo en el marco legal y cita que el código argentino, las clasifica en principales, a saber, la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación, y en accesorias, como lo son la inhabilitación, la destrucción de sustancias, el decomiso de mercaderías y la pérdida de beneficios. Asimismo manifiesta Zaffaroni, que las penas también se clasifican en divisibles que se caracterizan por la fijación legal de un mínimo y un máximo, dentro de cuyo margen debe hacerse la cuantificación judicial, es decir las penas en la ley están previstas en forma relativamente determinada, e indivisibles, que obviamente no permiten cuantificación, sino que deben aplicarse íntegramente. (2002: 917,918).

Para Muñoz, las penas se clasifican atendiendo a dos criterios, el de su naturaleza y el de su gravedad (2004:500), interesando a efectos del presente trabajo la clase de penas según su gravedad, en virtud de que conforme a ese criterio las penas se dividen en graves, menos graves y leves.

Para el caso de Guatemala, el Código Penal clasifica las penas en principales, reguladas en el artículo 41, siendo la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa, que la ley aplica directamente como castigo por el delito cometido; y en accesorias que según el artículo 42, consisten en la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen, que son adheridas a la pena principal.

Proporcionalidad de la pena

En términos generales, proporción equivale a tamaño, dimensión, escala, correlación entre cantidades. (Cabanellas. 2008:542).

Un problema existente es que

el sistema penal actúa de forma mecánica y burócrata, lo que conduce a soluciones injustas. El sistema penal se pone en marcha y en ningún momento se pregunta... si principios como la igualdad o de intervención mínima se aplican en los hechos. (De León, De Mata, Enríquez, Estrada, López, Ramírez y Rodríguez. 2001:521).

Al principio de proporcionalidad también se le llama principio de racionalidad, que viene siendo lo contrario a crueldad o irracionalidad, y este principio requiere que la pena guarde cierta proporción con la magnitud del delito cometido, lo que demanda, por lo general, cierta

flexibilidad que haga posible su adecuación a cada caso concreto al momento de determinarla, pues de no ser así, se estará ante decisiones inicuas, que equipararían de manera injusta situaciones iguales solamente en cuanto a los elementos importantes por ley, pero diversas en los rasgos particulares y específicos del conflicto. (Zaffaroni. 2002:943,944).

Por lo que en la comisión de un hecho constitutivo de delito

“... uno de los momentos más importantes - pero en modo alguno único (...) es el de la cuantificación o determinación de la pena (...), la agencia judicial determina en sentencia definitiva cual es la cantidad, calidad y modo de ejercicio de ésta, dentro de los límites tolerables de irracionalidad, de allí se afirma que el tribunal cuantifica o determina la pena. (Zaffaroni. 2002:994).

Quien cuantifica la pena es el Juez, pero debe dejar pasar solo el poder de castigar que no encuentra obstáculo en normas que provienen del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, lo que se considera debe hacer dentro de los límites legales mínimos y máximos asociados a cada tipo penal, lo que no pasa de ser una regla general que admite excepciones y precisiones. (Zaffaroni. 2002:995).

De acuerdo con Muñoz dentro del ordenamiento penal español, la prisión es la pena más grave, toda vez que conlleva privación del derecho a la libertad, que siendo un derecho fundamental se encuentra rodeado de

especiales garantías, y lo que más contribuyó al éxito de esa pena, fue la posibilidad de imponer una sanción graduable cuantitativamente y adecuarse a la gravedad del delito, con lo cual podía atenderse a las necesidades del principio de proporcionalidad de las penas. (2004:503,504).

En cuanto a Guatemala, es preciso indicar que la pena más grave es la de muerte, pues conlleva la privación de la vida a la persona, pena que incluso tiene rango constitucional según el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para Muñoz, al hablar de proporcionalidad, necesariamente tiene que hacerse referencia a la determinación de la pena, que se traduce en el señalamiento de márgenes generalmente limitados por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho.

Ese proceso de determinación de la pena contempla tres fases, que merecen ser mencionadas, la primera la constituye la individualización legal de la pena, que le corresponde al legislador, la cual consiste en el establecimiento del marco penal genérico que corresponde a cada delito, establecimiento en el que predominan criterios de prevención general, señalando una cantidad genérica de pena que considera necesaria y

suficiente para evitar que los ciudadanos cometan el hecho en cuestión, y para lograrlo, debe asignarse una pena proporcional a la gravedad del mismo.

La segunda fase, denominada individualización judicial, la lleva a cabo el Juez o tribunal sentenciador, a cuyo arbitrio queda el determinar cuantitativamente la pena; es decir debe elegir la extensión o cantidad concreta de pena que se debe cumplir, por lo que en esa individualización judicial se debe tener en cuenta el criterio de la proporcionalidad de la pena respecto del hecho concreto, como las necesidades preventivo-especiales que presente el sometido a juicio.

La tercera fase, la constituye la individualización ejecutiva, llamada también individualización administrativa, referida a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento por el que ha sido encontrado responsable de cometer un delito, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios. (2004:525-528).

En consecuencia, la cuantificación la hace el juez como resultado de haberse seguido el proceso respectivo al responsable de la comisión del hecho, y los límites legales mínimos y máximos dentro de los cuales debe hacerse esa cuantificación, son determinados para el caso de Guatemala, por el Congreso al aprobar la norma que regula o prohíbe

determinada conducta, ello de conformidad con los artículos 157 y 176 al 180 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Según Carbonell, el principio de proporcionalidad en general “indica que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional” y que en el ordenamiento penal mexicano con reforma hecha al artículo 22 de la carta magna, se incorpora dicho principio al señalar que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado” (2011:XIII).

De lo anterior se desprende que para el caso de México, el principio de proporcionalidad tiene categoría constitucional, y lleva consigo un límite a la cantidad de penalización que se puede determinar para una conducta penalmente regulada.

Gradación

La gradación en materia de penas que ocupa a este trabajo, se refiere al “orden de su respectiva gravedad, para la imposición por los tribunales y cumplimiento penitenciario por el reo” (Cabanellas. 2008:207).

No se encuentra en los diferentes textos información suficiente y directa sobre el tema de la gradación de la pena, pero se estima que la misma va inmersa dentro de lo que es el principio de proporcionalidad, a que se ha hecho referencia anteriormente.

De esa cuenta en este apartado se toman algunos aspectos de dicho principio que se considera tienen relación con la gradación, así por ejemplo, para Lopera citada por Carbonell, el principio de proporcionalidad es un “instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el tribunal constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de manera más racional posible, sin invadir las competencias del legislador” (2011:156).

De lo anterior se establece que es necesario una norma no sea muy general y quede a discreción de quien debe aplicarla, aunque Lopera quien es mencionada por Carbonell, manifiesta que la discrecionalidad será siempre inevitable, pero no debe ser demasiado amplio el rango en que se debe tomar la decisión, pues mientras menos sea el margen entre una pena mínima y una máxima, mejor serán las razones que respalden las decisiones. (2011:158,159).

Lopera siempre nombrada por Carbonell, también señala que el principio de proporcionalidad tiene un sub-principio llamado de necesidad, el cual se desdobra en dos fases a saber, la primera, que se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientes aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción, y la segunda, en cuanto a que una vez constatado que para dicha tutela no resulta suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase de cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.(2011:163-168).

Con el objeto de que como se pretende, se pueda entender, lo referente a la relación existente gradación-proporcionalidad, se hace mención de que

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexi, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el grado de afectación ...; en segundo lugar, su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención. (Lopera mencionada por Carbonell.2011:171).

Mientras que referente a la gradación de la pena, Bernal, citado también por Carbonell, manifiesta que la Corte Constitucional de Colombia

ha establecido con rotundidad que la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces. (2011.193)

El mismo Bernal, mencionado por Carbonell, cita un fragmento de la sentencia C-103 de 1997 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto a que

bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado. (2011:193).

De lo anterior, puede decirse que debe existir una gradación para establecer penas atendiendo a la gravedad del delito cometido, por lo que si el mismo deriva de una agresión física, debe atenderse a la gravedad de la lesión ocasionada, y esa gradación corresponde hacerla al Organismo Legislativo.

Siempre, con relación al tema de la gradación de la pena, cabe hacer alusión a que la Corte Constitucional de Colombia ha sentado dos criterios en relación a la proporcionalidad, de los que merece poner atención en el que se refiere a la gravedad del delito, indicando que “cuanto más grave es el delito, más afecta el bien protegido, y por lo tanto mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer”, de lo que se deduce que cuanto más grave sea el delito “estará más justificado que la libertad sea restringida con una intensidad mayor”. Por el contrario, mientras menos grave sea un delito, menos se justifica

una restricción intensa de la libertad y la imposición de una pena severa. Por lo que no es posible y tomándose también en cuenta el principio de igualdad, que la ley le atribuya a un hecho punible menos grave una pena superior que a uno más lesivo. (Bernal citado por Carbonell. 2011:212)

Delito de violencia contra las mujeres

Últimamente es un tema de boga, aunque debe decirse que desafortunadamente los casos de violencia contra la mujer han estado a la orden del día en todos los tiempos y en cualquier lugar del globo terráqueo, por lo que grupos sociales han reaccionado ante esa realidad social, exigiendo no solo la introducción de figuras delictivas, sino el endurecimiento de las penas, con la esperanza de que a mayor represión haya menor impunidad con relación a esos hechos.

A partir del año 1990 han aparecido diversas asociaciones entre ellas las feministas, y se han convertido en grupos de presión que pretenden y que en muchos casos han conseguido

La consagración positiva de sus postulados acudiendo a la criminalización o, en su caso al endurecimiento de las sanciones, prescindiendo muchas veces de si ello es compatible o no con los principios básicos que deberían informar la legislación penal en un Estado de derecho. (Jakobs, Polaino, Polaino. 2008:106,107).

Se propugna por las asociaciones para el caso de España, Sociedad Civil en Guatemala, más criminalización, mayor intervencionismo y mayor severidad en el sistema que se encarga de castigar, y el que logren lo último, lo que asimismo conlleve a un incremento exagerado en la sanción de determinados fenómenos criminales, no se les puede achacar a ellos, pues como grupos de presión, lo solicitan, pero la potestad para crear y aprobar las leyes o reformas a las mismas la tiene el Estado, y si bien lo debe hacer, no debe ser en base a factores emocionales como la reivindicación social, sino a un análisis de la realidad. (Jakobs, Polaino, Polaino. 2008: 108)

La Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, originó gran expectación en España, siendo el primer cuerpo normativo que se ocupaba integralmente de la materia en ese país.

Cabe preguntarse, de donde ha surgido la iniciativa de los países por crear leyes o reformar las existentes con el fin de regular la violencia contra las mujeres como delito.

Sin duda, que es atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre ellas, problema que no afecta únicamente el ámbito privado, es decir de la familia, sino se manifiesta también en

otros espacios de la sociedad, o lo que se llama ámbito público, por lo que ha sido necesario implementar como indican Jakobs, Polaino y Polaino, medidas para combatir ese fenómeno en los más variados ámbitos, a saber, preventivos, educativos, sociales, asistenciales, de tutela judicial y de atención posterior a las víctimas.

Tirado Marquez, citado por Jakobs, Polaino y Polaino indica que

el grave problema que nos atenaza no se soluciona sólo desde la actuación sancionadora o represiva de conductas - que evidentemente merecen todo el reproche penal y el castigo punitivo- sino que la raíz del problema es la educación machista, la forma en que se nos ha educado durante siglos a hombres y mujeres (...) la violencia que se ejerce en la actualidad contra la mujer, como una forma clara de discriminación y de perpetración del sometimiento hacia el hombre, requiere la acción positiva de los poderes públicos, incluso en el ámbito penal o procesal... (2008:111).

Antecedentes para su regulación en Guatemala

No puede pasarse por alto el hecho de que las organizaciones internacionales han proclamado declaraciones, y adoptado convenios en materia de reconocimiento de derechos de las mujeres, con el fin de eliminar y/o erradicar el fenómeno de la violencia en su contra.

Tal es el caso de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas, mediante la cual, se reconoce que esa violencia “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el

hombre y la mujer”, así como que esa violencia se ha generalizado y trasciende a diferentes ámbitos, como por ejemplo las diferencias de ingresos, clases sociales y culturales, que debe contrarrestarse con medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia, y que toda mujer tiene derecho a la seguridad, a no ser sometida a tortura, ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte la Organización de Estados Americanos, ha adoptado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, mediante la cual se afirma que “la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad” estando convencidos los miembros de la asamblea de que la adopción de esa convención, “constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas” y se reconoce que la mujer tiene derecho a que se respete su integridad física.

Si bien dicha Declaración carece de fuerza vinculante, sí puede constituir fuente de derecho, y se debe tomar en cuenta también que el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, lo que convierte la Convención de Belém do Pará en Ley para Guatemala, al haber sido ratificada en 1995.

Delito de violencia contra la mujer en Guatemala

En Guatemala, el delito de violencia contra la mujer se encuentra regulado en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, que para efectos del presente trabajo en adelante se denominará solo Ley contra el Femicidio, y con la emisión de la misma, el Estado amplía el cumplimiento del compromiso internacional asumido desde el año 1995, cuando ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Se dice que el Estado amplía el cumplimiento del compromiso, pues parcialmente lo había hecho con la emisión por parte del Congreso, de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la cual no tipifica delitos y en consecuencia no es sancionadora, por lo que de conformidad con la misma, lo único que se permite a los jueces es aplicar medidas de seguridad.

Con la Ley contra el Femicidio se da vida a delitos, y se cumple con lo que establece la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en el artículo 4, en cuanto a que los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y que no deben invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar

eliminarla, en consecuencia, con ese fin, los Estados deben establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, que permitan castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia, cumpliéndose también con lo que establece la Convención de Belém do Pará, en el artículo 7, respecto de que los Estados partes convienen en incluir en su legislación interna normas penales, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, así como establecer medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

El artículo 7 de la Ley contra el Femicidio establece que “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...”

Como se puede observar, este artículo contempla un delito en tres modalidades, dependiendo del tipo de violencia de que se trate, a lo que también se refiere la literal j del artículo 3 de la misma ley en cuanto a que es violencia contra la mujer “toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la

privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado”.

Merece ponerse atención en que dice “al sexo femenino”, lo que se complementa con la literal i del mismo artículo 3 que para los efectos de dicha ley, define que víctima “es la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia”, y se estima necesario hacer ver además que para poderse calificarse el delito de violencia contra la mujer, debe darse cualquiera de las circunstancias que el mismo artículo 7 de la ley regula.

Delito de violencia física contra la mujer

Al hablar de violencia física, necesariamente se tiene que hacer referencia a agresión física y por consiguiente a lesiones en el cuerpo de una persona, aunque si bien el delito es en agravio de las mujeres, por aplicación de una ley especial, en virtud de que se den presupuestos regulados en la misma, la definición del término lesión es general, y solo para efectos de la tipificación, puede tener algún agregado por la clase de víctima.

Nevedo, menciona que la Real academia de la lengua entiende por lesión “daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad” y que “una lesión sólo tendrá consideración penal cuando ésta haya sido producida por una persona a otra, debiendo existir para tal resultado necesaria relación de causalidad, es decir, resultado lesivo producto de *animus laedendi*”, y agrega que para hablar de culpa en los tipos penales de lesiones debe existir entre el hecho y el resultado delictivo, dolo genérico, es decir que exista ánimo de lesionar. (<http://www.derecho.com/articulos/2002/09/01/el-delito-de-lesiones/>. Recuperado 24.10.2013)

Se considera pertinente mencionar que

... desde el punto de vista jurídico, el concepto de lesión se ha ido ampliando y modificando, pasando de una definición un tanto genérica de lesión como el daño corporal causado violentamente, bien se trate de herida, contusión o erosión, donde (...) parecía circunscribirse exclusivamente a lesiones de origen traumático. (Peramato, Cartagena, Barrero, Donat. 2011: 100)

Hasta llegarse a dar una definición que no se circunscribe a lesión corporal o física, sino también al daño que se pueda causar en la salud psíquica, por lo que lesión es “todo daño causado en la salud física o psíquica de una persona”. (Peramato, Cartagena, Barrero, Donat. 2011: 100)

Pero más directamente en cuanto al tema de violencia física contra la mujer, puede decirse que es el

uso de la fuerza para dañar el cuerpo de la persona agredida, causándole, por medio de golpes con las manos, con los pies (patadas), o con diversos objetos (pistolas, cuchillos, palos, adornos, cinchos, etcétera) la muerte, fracturas, heridas, abortos, moretes, quemaduras, jalones de pelo, pellizcos y toda una serie de daños físicos que ponen de manifiesto la misoginia existente en las sociedades actuales. (Morales. 2006:97).

De tal definición se establece que de la agresión en contra de la integridad física de la mujer, puede no haber resultado lesivo visible, puede haber resultado lesivo leve y puede haber resultado lesivo grave; así por ejemplo, si se causa fracturas, abortos o quemaduras, pudiera estarse ante lesiones graves o gravísimas, mientras que moretes o pellizcos pueden constituir lesión leve, y los jalones de pelo vendrían constituyendo una agresión sin resultado lesivo visible.

La Ley contra el Femicidio al respecto y específicamente en el artículo 3, inciso 1, establece y define la violencia física, como “acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a la mujer”, y es a esas acciones a que se refiere el artículo 7 de la misma ley al establecer que comete delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física en su contra, valiéndose de las circunstancias que en el mismo artículo se determinan.

Pena señalada

De la pena señalada al delito de violencia contra la mujer, en este caso en la modalidad de violencia física, el mismo artículo 7 de la Ley contra el Femicidio, establece que “La persona responsable del delito de violencia física (...) 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”.

No obstante dicha normativa establece que esa pena se aplica de acuerdo a la gravedad del delito, se considera que el hecho de no existir una gradación determinada en relación a la gravedad de las lesiones que se producen, constituye una problemática jurídica, pues en muchos de los casos de este tipo de violencia, como indican De León, De Mata, Enríquez, Estrada, López, Ramírez, y Rodríguez, el sistema penal conduce a soluciones injustas, poniéndose en marcha sin preguntarse si principios como la igualdad o de intervención mínima se aplican en los hechos. (2001:521).

En la realidad y en la práctica, por lo menos en lo que corresponde a la competencia territorial de las Fiscalías del Ministerio Público del Departamento de Quiché, y no hablar solamente de teoría, se encuentra que se dan hechos de agresión física en contra de la mujer, en que de conformidad con los informes de reconocimiento médico forense, resulta

que en distintos casos existe mucha diferencia en cuanto a la gravedad de las lesiones y sin embargo les espera una misma pena a los agresores.

Lo anterior se ejemplifica con los casos reales 1035-2013, en el que obra informe de reconocimiento médico forense, mediante el cual se indica que el tiempo de curación de la víctima es de 10 días, necesitando un tiempo de abandono de labores de 8 días, no quedando cicatriz visible y permanente en el rostro ni impedimento y/o deformidad alguna, mientras que en el caso 3156-2012, consta en el informe de reconocimiento médico forense que el tiempo de tratamiento que necesita la víctima es de 45 días, con tiempo de incapacidad laboral de 45 días, que quedará cicatriz visible y permanente en el rostro.

No obstante la diferencia de gravedad tan marcada en las lesiones sufridas por las víctimas, la pena mínima que les espera a los dos agresores es de cinco años de prisión, aun y cuando en ambos casos concurrieran circunstancias atenuantes que aunque la Ley contra el Femicidio no las regula, pueden aplicarse las que establece el Código Penal en el artículo 26, cuerpo legal que es aplicable supletoriamente a los casos de violencia contra la mujer según el artículo 25 de dicha ley especial, cuando si se tratara de delitos comunes, en el primer caso ni siquiera existiría delito, sino falta, por consiguiente de conformidad con el artículo 481 del Código Penal, tendría una sanción de arresto de 20 a

60 días, mientras que en el segundo caso, siempre tomando como referencia los delitos comunes, el hecho constituiría delito de Lesiones graves, con pena de 2 a 8 años, lo que es más congruente con la pena señalada para el delito de violencia contra la mujer.

Obviamente que en los dos casos, según las circunstancias agravantes que sí contempla la Ley contra el Femicidio en el artículo 10, además de las que regula el Código Penal, que se hubieran dado, puede esperarse una pena mayor de cinco años, hasta doce años como máximo.

Ante tal situación, se estima que el legislador al aprobar la Ley contra el Femicidio, admitió penas exageradas o irracionales y que por consiguiente no guardan proporción con la gravedad del delito, cayéndose en aplicación de penas inhumanas.

Al hacer su análisis los operadores de justicia, ente acusador, defensa y tribunal, sin duda que toman en cuenta las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, los primeros dos para hacer su petición en cuanto a la pena que consideran se debe imponer, y el último para cuantificarla y determinarla.

Debe tenerse presente que esas circunstancias no pueden ser utilizadas para imponer una sanción menor a la mínima, ni mayor a la máxima, pues el juzgador no puede salirse de los límites establecidos por el legislador, en virtud de que las atenuantes “disminuyen la responsabilidad y, por ende, la pena por el delito cometido, dentro de los límites legales y de la apreciación discrecional de los juzgadores” (Cabanellas. 2008:171), por lo que el hombre que en un momento de arrebató u obcecación, o porque hubiera existido alguna provocación, y aun cuando se hubiera arrepentido y restituido adecuadamente el daño causado, agrede a una mujer con consecuencia de lesión física muy leve, póngase de ejemplo con tiempo de curación de 8 días y abandono de labores de 3 días, si se acredita el hecho, por ser aplicable la Ley contra el Femicidio, obligadamente debe cumplir la pena mínima de cinco años de prisión.

Sin embargo, qué ocurre con el hombre que dándose las mismas circunstancias de arrebató u obcecación, provocación, arrepentimiento y restitución, agrede a una mujer con consecuencia de lesión física dígase grave, ejemplo con tiempo de curación de 45 días y abandono de labores de 30 días, puede ser que también se le pudiera imponer la pena mínima que señala el delito de cinco años de prisión.

En consecuencia, en casos distintos si bien pudiera decirse que se aplicó correctamente la ley al condenar a los agresores, habrá que preguntarse si se hizo justicia o se está ante “decisiones inicuas, que equiparan de manera injusta situaciones iguales solamente en cuanto a los elementos importantes por ley, pero diversas en los rasgos particulares y específicos del conflicto” (Zaffaroni. 2002:944).

Se hace mención a las circunstancias de arrebató u obcecación y provocación, toda vez que existe violencia ocasional, siendo la que puede darse en tales circunstancias, es decir no existe una conducta violenta constante por parte del agresor, y violencia habitual, “la creación por el sujeto activo de un clima de temor en las relaciones familiares mediante el empleo reiterado de actos de violencia física (...) sobre los componentes del grupo familiar”. (Peramato, Cartagena, Barrero, Donat. 2011.31).

Es a la violencia habitual, a que se estima son más aplicadas las circunstancias agravantes que regula la Ley contra el Femicidio en el artículo 10, especialmente cuando se refiere a circunstancias personales del agresor y de la víctima, a las relaciones de poder existente entre la víctima y persona que agrede, y a la que también se refieren Peramato, Cartagena, Barrero y Donat, al indicar que los psicólogos advierten que en el proceso de violencia aparecen tres fases, que constituyen el ciclo de

violencia, a saber, “acumulación de tensión, explosión y calma o luna de miel”, los que “cada vez se completan en menos tiempo, el detonante del clima de tensión puede serlo cualquier cosa por insignificante que esta parezca y la explosión conllevará cada vez a una agresión más violenta”. (2001:28).

De la violencia habitual también existen casos reales, a que se hace referencia como ejemplo, y omitiéndose nombres solo se menciona víctima y agresor o conviviente, usando palabras propias de la misma víctima en su declaración en casos distintos, así en la Fiscalía del Ministerio Público con sede en el municipio de Joyabaj del Departamento de Quiché, quedó registrado el caso número 497-2013, en el que la víctima con fecha 7 de junio de 2013, denuncia a su conviviente, indicando que desde que empezaron a vivir la ha tratado muy mal, y que el día 15 de mayo del 2013 a las 18:00 horas, le empezó a pegar, dándole varias patadas, y que incluso la agredió con machete; y en la misma Fiscalía quedó registrado el caso 656-2013, en el que consta que con fecha 3 de agosto de 2013, la misma víctima denuncia que ese día a eso de las 15:30 horas, su conviviente agarró un machete y con el mismo la agredió, dándole filazos y planazos en la cara y en las manos, diciéndole que la quería matar, y ella como pudo se defendió.

Con relación siempre al tema de la pena que tiene asignada el delito de Violencia contra la mujer en la modalidad física en Guatemala, operadores de justicia y profesionales que a menudo tienen que hacer peticiones y tomar decisiones al respecto dan su opinión.

De esa cuenta con relación a si se considera que la pena que tiene asignada el delito de violencia contra la mujer, en la modalidad de violencia física, según el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, es la adecuada, solamente Mario René Calderón Salazar, Juez del Tribunal de Sentencia Penal de Santa Cruz del Quiché, respondió que sí, indicando que Guatemala ratificó las convenciones sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y que en consecuencia, como Estado parte se obligó a adoptar medidas tendientes a protección de las mujeres, y a su consideración las penas reguladas van encaminadas a brindar tal protección.

Sin embargo, los fiscales del Ministerio Público en Santa Cruz del Quiché, Casimiro Efraín Hernández Méndez, Consuelo Méndez Ovalle, Sergio Aníbal Toc de León y Diego Quinillo Barrera, consideran que la pena asignada al delito en referencia, no es la adecuada, mencionando Hernández que debería haber una ponderación más baja, entendiéndose que se refiere a que la pena es exagerada al indicar que al momento se

sanciona con mucho rigorismo casos que no son graves, mientras que Méndez estima que las lesiones que se causen pueden ser unas más graves o leves, y que sería conveniente que se gradaran, es decir considera que hay desproporcionalidad, en lo que coincide Quinillo.

Por su parte Rudy Orlando Arreola Higueros, del Instituto de Defensa Pública Penal con sede en Santa Cruz del Quiché, considera que existe una desproporción en cuanto al marco sancionador dado que 5 años no permite algún beneficio que permita desjudicializar el caso, es decir que la pena que tiene dicho delito no es la adecuada, a lo que también se refiere Jorge Álvaro Pérez Ixcoy de la misma institución, al indicar que existen acciones que se toman como violencia física pero la relevancia de las mismas no es de trascendencia, y que se debería punibilizar las acciones de menor relevancia con una sanción *ad hoc*, criterio que comparte Camelia Monzón Villatoro, quien manifiesta que debería existir una escala para la imposición de la pena dependiendo de la gravedad de la lesión ocasionada.

Cuál es el criterio de profesionales que sin pertenecer al aparato estatal de justicia, conocen de casos de violencia contra la mujer, sea auxiliando a víctimas o como defensores.

David Gómez Martín, considera que es desproporcional la pena a algunos casos en los cuales no existe agresión física grave, mientras que para Fabio López Pérez, la pena se estableció en forma general, y que en casos concretos se ha descubierto que el supuesto sindicado ha sido provocado por la denunciante, lo que tiene relación con las circunstancias atenuantes a que se ha hecho mención, y en similar sentido se manifiestan Juan Simeón Zacarías Reynoso y Karla Guisela Noriega, en cuanto a que la ley resulta muy drástica, desproporcional y por ende muy injusta, opiniones de las que se determina que la pena señalada en el delito de violencia contra la mujer en manifestación física, es desproporcional y por consiguiente inadecuada.

Respecto de la discrecionalidad, que como indica Lopera citada por Carbonel, “será siempre inevitable” (2011:158), realizada la pregunta sobre si como está regulada la pena referida, deja demasiado a discreción del juzgador el imponer la que considere adecuada, por no existir una gradación de la misma, según la gravedad de las lesiones, Calderón, considera que no, porque se debe fijar la pena atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, entre mínimos y máximos, de conformidad con el artículo 65 del Código Penal, criterio que comparten Hernández al indicar que hay margen de gradación, Méndez quien señala que el Juez no tiene libertad o facultad para decidir por ser una pena taxativa, con lo que está de acuerdo Zacarías para quien el juzgador solo

es aplicador de la ley tal y como está establecida, agregando Pérez que si bien el Juez puede elegir el quantum de la pena, la debe gradar de acuerdo al artículo 65 del Código Penal.

Sin embargo, el resto de profesionales antes citados difieren al responder que si deja a discreción del juzgador el imponer la pena en ese delito al no existir gradación, lo que el legislador no previó según Quinillo, como en otros países que si se contempla, y esa discrecionalidad, para Arreola, le permite al juzgador, incluso imponer sanción superior a la pena mínima sin justificarla, de lo que se han dado casos, a lo que según Monzón, se expone el acusado, dependiendo incluso del humor que tenga el juzgador el día de dictar sentencia, es decir que como lo expone López, por no ser específica la norma y no existir una clasificación del tipo de violencia física, se corre el riesgo de que al momento de emitir sentencia, la pena sea más drástica, cayendo en desproporcionalidad.

Se determina entonces de que en cuanto a la discrecionalidad del Juez para imponer la pena, existen diversos criterios, incluso entre profesionales de las mismas instituciones que intervienen en la administración de justicia.

Gradación de la pena

Al respecto, es necesario tomar en cuenta lo antes dicho, especialmente lo referente a los casos analizados, haciéndose además mención de que existe legislación internacional que sí regula una gradación de penas en cuanto a delitos de violencia contra la mujer, normativa que obviamente no es conveniente copiar, pero que puede servir de referencia en el momento de que el Organismo Legislativo que es el facultado, hiciera algún análisis a la pena contemplada en el delito de violencia contra la mujer en la manifestación de violencia física, regulada en el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, y procediera a reformar la normativa gradando la pena, pues como lo hace ver Bernal, al citar la sentencia C-103 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, “bien puede el legislador (...) graduar las penas aplicables (...) de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social”. (2011:193).

Para el caso de Nicaragua, existe la Ley No. 779, denominada Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No, 641, “Código Penal”, que en el artículo 8 literal b regula como una de las formas de violencia contra la mujer, la violencia física, definiéndola como “toda acción u omisión que pone en peligro o daña la

integridad corporal de la mujer, que produzca como resultado una lesión física”.

En cuanto a la pena, el artículo 10 de la misma ley establece que “si como consecuencia de la violencia física ejercida por el hombre en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, causare a la mujer cualquiera de las lesiones físicas tipificadas en la presente ley, se le aplicará la pena siguiente:

- a) Si se provoca lesiones leves, será sancionado con pena de ocho meses a un año y cuatro meses de prisión;
- b) Si se provoca lesiones graves, será sancionado con pena de dos años y ocho meses a seis años y ocho meses de prisión;
- c) Si se provoca lesiones gravísimas, será sancionado con pena de siete años y seis meses a trece años y cuatro meses de prisión.

Asimismo, en Venezuela existe la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, que en el artículo 4 define que se entiende por violencia contra la mujer, pero que específicamente el artículo 5 establece, “se considera violencia física toda conducta que directa o indirectamente está dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre la persona, tales como heridas, hematomas, contusiones,

excoriaciones, dislocaciones, quemaduras, pellizcos, pérdida de diente, empujones o cualquier otro maltrato que afecte la integridad física de las personas”.

Con relación a delito y pena, esa Ley en el artículo 17 preceptúa, “el que ejerza violencia física sobre la mujer u otro integrante de la familia a que se refiere el artículo 4 de esta Ley o el patrimonio de estas, será castigado con prisión de seis (6) meses a dieciocho (18) meses, siempre que el hecho no constituya otro delito. Si el hecho a que se contrae este artículo se perpetrare habitualmente, la pena se incrementará en la mitad. En Panamá, la Asamblea Legislativa decretó la Ley número 27, mediante la cual se adicionan dos artículos al Código Penal de ese País, siendo el artículo 215 A que regula: El miembro de una familia que agreda físicamente a otro, será sancionado con 6 meses a 1 año de prisión, y el artículo 215 B que establece: Si la conducta descrita en el artículo anterior produce el debilitamiento permanente de un sentido de un órgano, o una señal visible a simple vista y permanente en el rostro, o si inferida a mujer encinta apresura el alumbramiento, la sanción será de 2 a 4 años de prisión.

Puede considerarse muy leve la pena señalada en la ley de Venezuela, sin embargo, sirva para acreditar que en el artículo 17 de la misma, se regula precisamente la violencia habitual antes expuesta, y de las tres

leyes citadas, se establece que sí existe legislación en otros países que regulan delitos de violencia en manifestación física contra la mujer, que tienen pena gradada, que se considera es lo más conveniente.

Como se ha mencionado anteriormente, el que no exista una gradación de la pena del delito objeto de estudio, constituye una problemática jurídica, y a efecto también de tenerse un panorama más completo acerca del tema, a los mismos operadores de justicia y profesionales, se les consultó, si esa inexistencia de gradación dificulta la labor de cada uno, respondiendo Calderón, Hernández y Zacarías que no, porque a su consideración, se debe aplicar el artículo 65 del Código Penal, lo que, según ellos corresponde a la gradación de conformidad con el artículo 7 de la misma ley, al señalar un mínimo y un máximo.

Para el resto de profesionales entrevistados dicha inexistencia de gradación les dificulta en su labor, porque algunas veces las lesiones no han sido tan graves, pero por estar establecida por ley, ni se puede decir que se aplique la pena mínima o se rebaje en alguna parte, lo que equivale a que se pierda o no exista la objetividad según Méndez y Toc, porque se toma en cuenta la gravedad de la lesión y se solicita la pena máxima o mínima, pero sin tenerse certeza si será aceptada o no por el Juez, porque no se fundamenta en alguna norma según Quinillo, con lo que coincide María Luisa García Tecún, al señalar que se argumenta

sobre el daño causado dependiendo de la gravedad de la lesión, pero muchas veces los jueces no realizan ese análisis.

Arreola, manifiesta que la inexistencia de gradación de la pena a dicho delito, si dificulta su labor, pues los parámetros son rígidos, lo que también sucede con Pérez, para quien el delito y la sanción deben ser coherentes, y por consiguiente como manifiesta Monzón, “sería más fácil poder señalar determinada pena de acuerdo a la lesión sufrida por la víctima, ya que en la actualidad se hace alegando atenuantes que al final es discreción del juzgador darles valor o no”, por lo que estando de acuerdo con Gómez, sería conveniente reformar dicha pena y cumplir con los principios constitucionales de justicia y desarrollo integral de la persona, por la afectación de la familia del acusado en casos especiales, pues como señala López, el sindicado no tiene escapatoria de los 5 años de pena mínima, cuando una conducta incluso pudiera encuadrar como una falta, y que a decir de Noriega, al no existir regulación de penas concernientes para cada delito, se dificulta cual poder solicitar.

Respecto de si es necesario hacer una gradación de la pena en el delito de violencia contra la mujer en la modalidad de violencia física, Calderón considera que no, porque dice

lo que se sanciona en si es la violencia ejercida sobre la víctima, pues la misma norma establece que la pena debe aplicarse de acuerdo a la gravedad del delito no de las lesiones; en todo caso si existen lesiones la misma norma establece que puede encuadrarse en otros delitos, lo que remite al Código Penal para encuadrar el hecho en el tipo de lesión que corresponda.

Sin embargo, es precisamente la lesión producida, lo que hace que se califique el hecho como violencia física, puesto que el inciso 1 del artículo 3 de la Ley contra el Femicidio, define esa expresión como acciones de agresión en las que se utiliza la fuerza corporal o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se causa, lesiones a una mujer. Obsérvese que dice, se causa lesiones, que se considera es la evidencia de la comisión del delito.

El resto de profesionales consideran que sí es necesaria una gradación a la pena de ese delito, y en el caso de quienes trabajan para el Ministerio Público, estiman que debe existir una pena menor a la mínima actual, porque al establecerse gradación, el Fiscal tiene fundamento jurídico para solicitar la pena correspondiente, y en caso de que fuere lesión leve, podría darse una medida desjudicializadora, lo que sería preferible, y evitar un debate en el que la víctima ya no se presenta por diversas razones, y que por consiguiente el caso queda impune, opiniones que se estima encuentran fundamento en el principio de objetividad que se debe tomar en cuenta en la actuación como fiscales del Ministerio Público.

A lo anterior se agrega que debe existir una gradación de la pena al delito de violencia contra la mujer en manifestación de violencia física, porque como lo indica Arreola, ello permitiría compensar la desproporción de la sanción atendiendo a la lesión al bien jurídico tutelado, con lo que tiene mucha relación la opinión de Pérez, en cuanto a que la sanción penal debe ser equitativa al daño causado, situación que de momento no lo contempla la ley sino que simplemente copia leyes de otros países y no toma en cuenta la realidad de nuestro Estado, y en el mismo sentido es el criterio de Monzón, de que debe existir proporcionalidad entre la sanción impuesta y la lesividad causada al bien jurídico tutelado.

También es necesaria una gradación a la pena del delito en mención, según Gómez, por el principio de proporcionalidad, y que las penas cortas cumplen los fines de prevención especial y general de la pena, además de que para López, “las partes involucradas en un proceso de esta naturaleza, van a ver más justas y objetivas las resoluciones emitidas por los juzgadores,...”, y no menos importante es el criterio de Zacarías al manifestar que

debe gradarse la pena ..., porque hasta la mujer resulta en estado de indefensión cuando el esposo es condenado y se encuentra purgando una pena, o dependiendo de la gravedad de las lesiones ocasionadas, lo que produce es la desintegración familiar.

Obsérvese que en las diversas consideraciones del por qué debe existir una gradación a la pena del delito de violencia contra la mujer en la modalidad física, se mencionan aspectos muy variados, por ejemplo, que exista fundamento jurídico específico para pedirla, que determinados casos podrían resolverse mediante medidas desjudicializadoras, que se compensaría la desproporción atendiendo a la gravedad de la lesión, que solo se copiaron leyes de otros países, proporcionalidad sanción – lesividad, que penas cortas cumplen fines de prevención, justicia y objetividad en las resoluciones jurisdiccionales, indefensión de la misma víctima por condena al agresor.

Todos los puntos de vista son muy importantes y sin duda que habrá otros, y aunque se hace más énfasis en la pena mínima, se considera que la gradación debe ser en relación a la gravedad de las lesiones, cuyos parámetros pueden determinarse con los informes de reconocimiento médico forense, que como en el caso de las comunes, tratándose de violencia física contra la mujer puede ser leve, grave o gravísima, debiendo tener una ponderación determinada.

Se considera importante mencionar que si es necesaria una gradación de la pena del delito de violencia contra la mujer en la manifestación de violencia física, debe indicarse también ciertos límites legales, y al efecto los profesionales entrevistados dan su opinión que se estima muy

importante, por el conocimiento y sobre todo los casos que en la práctica llevan, así Calderón, para quien no es necesaria gradación, indica que las lesiones deben encuadrarse en lo que regula el Código Penal en el cual existe una gradación, pero cabe preguntarse entonces como podría seguirse el proceso, como delito de violencia física contra la mujer por las acciones de agresión, o como delito de lesiones según el daño físico ocasionado, y como podría acreditarse que hubo acciones de agresión si las lesiones deben encuadrarse de conformidad con el Código Penal.

Los demás entrevistados dan ciertos márgenes que se dejan en el presente trabajo con el fin de que en algún momento puedan ser útiles, así Méndez, Arreola y Zacarías, coinciden al indicar que puede tomarse como parámetro la gradación que existe en el Código Penal para las lesiones comunes, en leves, graves o gravísimas, agregando Méndez, que además se podría dar la oportunidad a que en pareja se sometan a un tratamiento psicológico, refiriéndose al ámbito privado.

Quinillo, es del criterio que si la lesión causa incapacidad para el trabajo hasta 10 días, se debe imponer pena mínima de tres años de prisión, si causa incapacidad para el trabajo hasta de 20 días, la pena mínima debe ser de 4 años, y si la incapacidad es por más de un mes la pena mínima debe ser de 5 años, mientras que para Pérez, debe haber sanción de 2 a 5 años para lesiones y acciones menores, y de 5 años y un día a 12 años

para lesiones y acciones graves, y en el mismo sentido se pronuncia Monzón, agregando que ello es necesario para que el Juzgador pueda elegir la pena según la gravedad de la lesión.

Gómez, estima que para lesiones hasta 15 días de recuperación o reposo, la pena mínima debe ser de 3 años de prisión, con los beneficios del Código Penal en cuanto a suspensión, y si para la recuperación se necesitaran más de 15 días, debe quedar como lesión grave, con pena de 5 años de prisión mínima, como lo contempla la ley actualmente.

Merece atención lo que López manifiesta, respecto de que en la gradación de la pena al delito de violencia contra la mujer en modalidad física, se debe tomar en cuenta la tentativa y la habitualidad, pues considera que por intento de violencia física, la que podría ser tentativa, la pena debe ser de 6 meses a 1 año de prisión, que por violencia física leve la pena debe ser de 1 a 2 años de prisión, por violencia física grave comprobada pero de un hecho primario, que podría ser ocasional, se debe imponer pena de 5 a 6 años de prisión, y por violencia física grave por 3 veces o más, es decir habitual, considera que la pena debe ser de 8 a 12 años de prisión.

Cabe hacer mención de que no es solo la sanción penal y menos la severidad de la misma, la solución para la erradicación de la violencia contra la mujer, sino que como manifiesta Arreola, debe dársele una

dinámica integral, incluso atendiendo el tratamiento al agresor y todos aquellos factores endógenos y exógenos que contribuyen a ese fenómeno de criminalidad especial, es decir, esa severidad penal, según Méndez, atenta contra la integridad de la familia y mejor sería aplicar una terapia familiar y dar una oportunidad, previo a aplicar la ley, toda vez, que de acuerdo con Gómez, en la práctica las penas altas o de mayor duración en casos especiales, producen mayor daño, y en el caso de la violencia contra la mujer provoca desintegración y consecuencias para la familia.

No obstante que la Ley contra el Femicidio fue dedicada especialmente a las mujeres que realmente han sido víctimas de violencia física y psicológica, López considera que lamentablemente se ha hecho mal uso de ese instrumento legal, y si bien en su esencia es buena, como lo expresa Méndez, como fue concebida es inoperante, y en consecuencia atendiendo lo dicho por García, no está funcionando como se quisiera, lo que la convierte en ineficaz, por lo que sería interesante que se diera la gradación de la pena en su totalidad.

Luego de recopilarse la información antes relacionada, se sigue considerando que existe una problemática jurídica al no estar determinada una gradación de la pena en el delito de violencia contra la mujer en modalidad física, la cual es necesaria, pues si bien como lo indican algunos de los operadores, pudiera considerarse que existe

gradación por aplicación del artículo 65 del Código Penal, es demasiado amplio el margen que existe entre la mínima y máxima señaladas, y que queda muy a discreción de los juzgadores el imponer la que consideren pertinente dependiendo del caso concreto, aunque existan circunstancias que modifiquen la pena.

Muy importante resulta que no obstante la mayoría de profesionales se inclinan porque debe existir gradación de la pena, algunos consideran que la lesión que se pudiera calificar como leve o incluso falta en delitos comunes, en caso de violencia contra la mujer, pudiera asignársele penas mínimas de 2 o 3 años de prisión, lo cual se considera razonable.

Conclusiones

En Guatemala, se encuentra regulado el delito de violencia contra la mujer en un solo artículo, con tres modalidades: física, psicológica y sexual; como consecuencia del compromiso adquirido por el Estado, al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”.

El delito de violencia contra la mujer en modalidad física, tiene señalada pena de prisión con límites legales demasiado amplios, sin tomarse en cuenta la gravedad de las lesiones que se pueden producir, lo que la hace desproporcional, pues en casos distintos, al equiparar situaciones iguales, solamente en cuanto a elementos importantes por ley, pero diversos según la particularidad de los hechos, se aplica la ley, pero se incurre en injusticia con un agresor que habiendo provocado una lesión muy leve, es condenado a sufrir un castigo similar a uno que ha ocasionado lesiones graves, por aplicarse circunstancias atenuantes en ambos casos.

La falta de proporcionalidad de la pena en el delito de violencia contra la mujer en modalidad física en Guatemala, permite que en muchos casos el Juzgador no obstante considere cada hecho concreto, adecúe a su discreción la misma, por lo que es necesario se haga una gradación, tomándose en cuenta además de la gravedad de las lesiones que se

pueden producir, la circunstancia de que existe violencia ocasional y violencia habitual.

En países como Nicaragua, Venezuela y Panamá, se ha regulado la violencia física contra la mujer como delito, en los que se ha tomado en cuenta la gravedad de las lesiones que se produzcan, y de esa cuenta se a asignando una pena gradada.

Existen diferentes tipos de opiniones y argumentos de profesionales en cuanto a la necesidad de gradación de la pena al delito de violencia contra la mujer en modalidad física en Guatemala, predominando la opinión de que esa gradación debe darse, y corresponde al Congreso regularla reformando el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

Referencias

Libros

Carbonel, M. (2001). *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa.

De León, H., De Mata, J., Enríquez, C., Estrada C., López, A., Ramírez, L., Rodríguez, A. (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Guatemala: Artemis Edinter S.A.

González, E. (1998) *Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco*. (1ª. Ed.). Guatemala: Fundación Myrna Mack.

Jakobs, G., Polaino., M., Polaino, M., (2008). *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*. (1ª. Ed.). México: Flores editor y distribuidor, S.A. de C.V.

Jakobs, G. (2006). *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados. Prólogo de Dr. Eduardo López Betancourt*. (2ª. Ed.). México: Editorial Porrúa.

Morales, H. (2001). *Manual para el abordaje de la violencia contra la mujer*. (2ª. Ed.). Guatemala: Magna Terra editores.

Muñoz, F., García, M. (2004). *Derecho Penal Parte General*. (6ª. Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Peramato, T., Cartagena, J., Barrero, R., Donat, E. (2010). *Investigación criminal para casos de violencia femicida*. (1ª. Ed.). Guatemala: Idear.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. (2ª. Ed.). Buenos Aires – Argentina: Ediar.

Legislación Nacional

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

Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal y sus reformas*. Decreto número 17-73.

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

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

Legislación internacional

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

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará*.

Asamblea Legislativa de Panamá. Ley No. 27. *Que tipifica Delitos de Violencia Intrafamiliar y Maltrato a Menores*. Recuperada de <https://www.google.com.gt/#q=ley+numero+27+de+violencia+contra+la+mujer+de+panama>

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. (2012). *Ley No. 779. Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, “Código Penal”*. Recuperada de <https://www.google.com.gt/#q=ley+numero+779+de+nicaragua>

Congreso de la República de Venezuela. (1998). *Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia*. Recuperada de <https://www.google.com.gt/#q=ley+sobre+la+violencia+contra+la+mujer+y+la+familia+de+venezuela>

Diccionario

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomos II, IV, VI. (30^a. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Internet

Nevedo D. *Artículos. El delito de lesiones*. Recuperado de <http://www.derecho.com/articulos/2002/09/01/el-delito-de-lesiones/>