

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

Programa de Competencia, Actualización y Cierre Académico



Violencia contra la mujer, temas de interés jurídico

-Tesis de Licenciatura-

Baudilio Napoleón Navarro Almengor

San Marcos, septiembre 2016

Violencia contra la mujer, temas de interés jurídico

-Tesis de Licenciatura-

Baudilio Napoleón Navarro Almengor

San Marcos, septiembre 2016

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 Cóbar |
| Secretario General | EMBA. Adolfo Noguera Bosque |

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

| | |
|------------------------------|-------------------------------------|
| Decano | M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán |
| Coordinador de Programa ACCA | M. Sc. Mario Jo Chang |
| Coordinador de Postgrados | M. A. José Luis Samayoa Palacios |
| Coordinador de Tesis | Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla |
| Coordinador de Cátedra | M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán |
| Tutor de Tesis | Lic. Arturo Recinos Sosa |
| Revisor Metodológico | Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla |

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Adolfo Quiñonez Furlán

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Dra. Vitalma Orellana y Orellana

Lic. Arnoldo Pinto Morales

Segunda Fase

Lic. Waldemar Antonio Leonardo Figueroa

Licda. Alba Ruth Sandoval Guerra

Lic. Luis Guillermo Chután Reyes

Lic. Luis Eduardo López Ramos

Tercera Fase

Lic. Eddy Giovanni Miranda Medina

Lic. Mario Rodolfo Rojas Monzón

Lic. José Domingo Rivera López

Lic. Carlos Antonio Muñon Corzantes

Lic. Luis Eduardo López Ramos



UPANA

Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, uno de marzo de dos mil diez y seis.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO**, presentado por **NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLÈON**, 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 **ARTURO RECINOS SOSA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLÈON**

Título de la tesis: **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO**

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, 03 de mayo de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

LIC. ARTURO RÉCINOS SOSA
Tutor de Tesis

Sara Aguilar
c.c. Archivo






UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, cuatro de mayo de dos mil dieciséis.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO**, presentado por **NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLEÒN**, 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 al **Dr. ERICK ALFONSO ALVAREZ MANCILLA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLÈON**

Título de la tesis: **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO**

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, 13 de junio de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DR. ERICK ALFONSO ALVAREZ MANCILLA
Revisor Metodológico de Tesis

Sara Aguilar
c.c. Archivo





UPANA

Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE TESIS

Nombre del Estudiante: **NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLÈON**

Título de la tesis: **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO**

El Coordinador del departamento 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 Coordinador del departamento de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 25 de agosto de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Departamento de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: NAVARRO ALMENGOR BAUDILIO NAPOLÈON

Título de la tesis: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, TEMAS DE INTERÈS JURÌDICO

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 (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del Coordinador de del Departamento de Tesis, en tales dictámenes consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

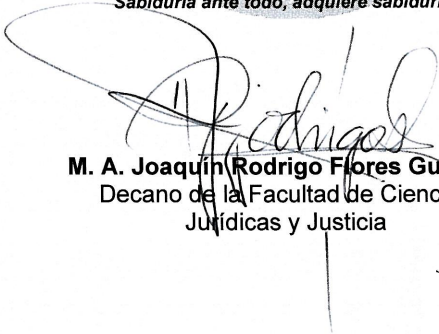
Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

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

Guatemala, 29 de agosto de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



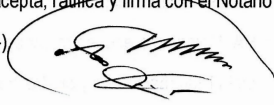
Sara Aguilar
c.c. Archivo



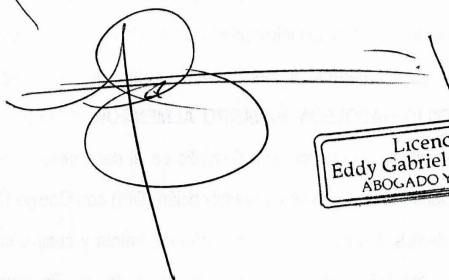
En la ciudad de Guatemala, el día dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis, siendo las veinte horas con veinte minutos, yo, **EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres, zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **BAUDILIO NAPOLEÓN NAVARRO ALMENGOR**, de cuarenta y seis años de edad, casado, guatemalteco, estudiante, con domicilio en el departamento de San Marcos, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) un mil novecientos, treinta y seis mil ochocientos treinta y cuatro, un mil doscientos dos (1900 36834 1202), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **BAUDILIO NAPOLEÓN NAVARRO ALMENGOR**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**Violencia contra la mujer, temas de interés jurídico**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, veinte minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que firmo y sello, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número B guión cero ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y siete y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número cinco millones trescientos treinta y nueve mil ciento novena y cuatro. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la

acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.

f.)



ANTE MÍ:



Licenciado
Eddy Gabriel Paz Laparra
ABOGADO Y NOTARIO

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

Contenido

| | |
|---|----|
| Resumen | i |
| Palabras clave | i |
| Introducción | ii |
| Espíritu de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer | 1 |
| Los derechos fundamentales | 4 |
| Elementos que permiten encuadrar la conducta del sujeto activo en el tipo penal | 14 |
| Violación al principio de legalidad contenida en el inciso c) del artículo tercero de la ley de la materia, por ser de contenido indeterminado | 24 |
| Violación del principio de legalidad contenida en el inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia | 35 |
| Ley incluyente o ley excluyente | 50 |
| El caso de la mujer transgénero en el contexto de la violencia de género y su posible protección legal a futuro | 57 |
| El delito de violencia económica y su confrontación con los regímenes de comunidad absoluta de bienes y comunidad de gananciales del matrimonio o unión de hecho legalmente declarada | 58 |
| Femicidio, autoría en la conducta típica, teoría del dominio del hecho | 62 |
| Violencia psicológica, delito de mera actividad, de resultado, criterio de la Corte de Constitucionalidad, del incumplimiento del deber de debida diligencia por cámara penal | 72 |
| Conclusiones | 86 |
| Referencias | 88 |

Resumen

Es necesaria la reforma de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, ya que una parte de su contenido ha representado dificultades en cuanto a su interpretación y aplicación, particularmente porque dicho contenido, implica, violación al principio de legalidad, por ser de contenido indeterminado, en lo referente a delimitar el ámbito público y en lo referente a la falta de inclusión de los verbos rectores del delito de violencia sexual, aunado a ello, porque al excluir de protección penal a cierto sector de la población femenina, se convierte en una ley auto discriminatoria, y por la crisis que afronta la correcta tipificación del delito de violencia económica por su confrontación con dos de los regímenes económicos del matrimonio, con el objeto que el estado de Guatemala no sea condenado internacionalmente y para que la misma cumpla eficazmente con su finalidad, en armonía con el espíritu para el cual fue creada.

Palabras clave

Derechos fundamentales. Omisión del deber de debida diligencia. Violación al principio de legalidad. Ley incluyente o excluyente. Crisis del delito de violencia económica. Femicidio, dominio del hecho.

Introducción

Es sabido que se mencionan como fuentes formales de la ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, en lo sucesivo solo denominada, ley de la materia, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém Do Pará, otros instrumentos Internacionales, los tratados sobre derechos humanos y esencialmente la Carta Magna.

Sin embargo la ley de la materia, por error o falta de técnica legislativa, contiene deficiencias, que han representado dificultad en lo referente a su aplicación e interpretación, deficiencias, que es necesario identificar y analizar, siendo ésta la problemática a investigar, para proponer algunas reformas legislativas, que faciliten su interpretación y viabilicen su mejor aplicación,

Se ha escrito poco o nada, respecto de los temas incluidos en este trabajo, son poco conocidos, por lo tanto resultan de interés jurídico para el lector, aparejan, además del análisis legal, el análisis jurisprudencial, y su propuesta de reforma legislativa,

En cuanto a la metodología empleada en la investigación de la presente tesis es el deductivo, en virtud que se consultaron libros, diccionarios, leyes, jurisprudencia, diplomados, páginas de internet, haciendo un acopio de los mismos para insistir en las reformas mencionadas,

Abordo desde el principio el espíritu de la ley de la materia, explico de las razones por las que debe considerársele una ley de naturaleza especial, los derechos fundamentales en función del objeto de protección de la misma, el deber de debida diligencia que adquirió el Estado de Guatemala, producto de los compromisos internacionales adquiridos, los elementos que permiten encuadrar la conducta del sujeto activo en el tipo penal, la violación al principio de legalidad por el contenido indeterminado de los incisos c) y n) del artículo 3° de la ley de la materia, las mujeres que quedaron excluidas de protección penal, el delito de violencia económica y su crisis por su confrontación con dos de los regímenes económicos del matrimonio, la autoría en el delito de femicidio y la teoría del dominio del hecho y finalmente despejo la duda acerca de si el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica es delito de resultado o de mera actividad.

El tema de investigación, lo escogí por estar estrechamente relacionado con mi experiencia laboral, catorce años al servicio del organismo judicial, siete años al servicio del Ministerio Público, de éstos, casi

cinco en la Fiscalía de Sección Contra el Crimen Organizado y el resto, hasta la fecha, en la unidad de litigios de la Fiscalía de Sección de la Mujer, San Marcos, por lo que espero que este aporte sea útil,

Violencia contra la mujer, temas de interés jurídico

Espíritu de la Ley de la contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer

El espíritu de la ley de la materia, es garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante 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, violencia psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos, así como erradicar la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier otro tipo de coacción en contra de las mujeres, con el fin de garantizarles una vida libre de violencia, encontramos su espíritu en el artículo primero, objetivo y fin, que el estado pretende lograr a través de una ley enmarcada en la constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos de las mujeres

Es una ley de naturaleza especial, al dirimir o enjuiciar un caso concreto, debe por lo prevalecer su aplicación, en detrimento del ordenamiento común o leyes generales, conocido como principio de especialidad de las leyes, normado en el artículo número trece de la ley

del organismo judicial, el cual regula que las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales

De conformidad con el sentido del artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial, se debe atender a que, si existen leyes, en las que se pueda encuadrar la conducta del sindicado, debe aplicarse la que es especial o específica, ya que atiende a su normativa y aplicación a hechos que no son genéricos y poseen su propia teoría del delito, por ser especial, como su nombre lo indica y, debe aplicarse ésta, en detrimento del ordenamiento común, aún en los casos en que se genere concurso aparente, entre ésta, con otras leyes penales de naturaleza general, especialmente con aquellas que también protegen, garantizan o tutelan, al igual que la ley de la materia, la vida, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, la seguridad o la integridad de la persona humana, dentro de las cuales se encuentra, principalmente el Código Penal. Tal el caso del concurso de leyes que existe entre la ley de la materia y el código penal, por regular la primera, el tipo denominado violencia contra la mujer en su manifestación física, cuando el sujeto pasivo, sea una mujer menor de edad y exista con su agresor, ámbito público o privado, y, por regular el segundo, el tipo denominado maltrato contra personas menores de edad, cuando la víctima sea una mujer menor de edad, y, exista con el sujeto activo, ámbito público o privado,

Es de naturaleza especial no sólo en cuanto a que, sin atender a hechos genéricos, atiende a su normativa y aplicación y porque posee su propia teoría del delito, sino también porque posee su propia fuente de interpretación, siendo éstas la carta magna, los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, esto a tenor del artículo número veintiséis de la misma, de tal manera que para interpretar los pasajes de la misma, no debemos acudir a las reglas de interpretación que regula el artículo once de la ley del organismo judicial, sino a sus propias reglas de interpretación.

También atiende a su naturaleza especial, la creación de órganos jurisdiccionales especializados con competencia para juzgar, los tipos penales regulados en la misma, tal el caso de los juzgados de primera instancia penal y tribunales de sentencia de delitos de femicidio, y otras formas de violencia contra la mujer, dentro de los cuales se ha implementado el sistema de atención integral SAI, y la creación de las fiscalías especializadas, tal el caso de las fiscalías de sección de la mujer, dentro de las cuales se ha implementado el modelo de atención integral MAI, con atención a las víctimas, de manera permanente, de

acuerdo a roles de turno en horario diurno y nocturno, y, por encontrarse enmarcada en la constitución y en los convenios internacionales en materia de derechos humanos, también atiende su naturaleza especial

Los derechos fundamentales

Dentro del catálogo, o lo que es lo mismo, dentro de la relación jerárquica ordenada, en que se incluyen o describen los derechos, valores o garantías, cuya protección o defensa, es obligación del estado, se encuentran los derechos sociales, los laborales, los cívicos y políticos, y, otros, que, sin estar mencionados en el texto magno, indudablemente son inherentes a la persona humana

Dentro de la escala jerárquica de los derechos, valores o garantías, inherentes a la persona humana, las manifestaciones de violencia contra la mujer, tiene rango superior, porque está catalogada, en el derecho nacional e internacional, como una forma de humillación y discriminación y como una forma de violación a los derechos humanos, por ello se afirma que la violencia contra la mujer es una violación de sus derechos fundamentales, e incurre en responsabilidad el estado, no solo por las acciones, sino también por las omisiones, y por no tomar las medidas pertinentes para promover y proteger los

derechos de las mujeres, y, el estado de Guatemala, según el artículo 12 de la ley de la materia, se declara responsable solidariamente por la acción u omisión, en que incurran las funcionarias o funcionarios públicos, que obstaculicen, retarden o nieguen el cumplimiento de las sanciones previstas en dicha ley, y, de acuerdo al artículo indicado, el estado se reserva el derecho de ejercer contra éstos o estas, -juez o jueza de instancia o de sentencia, magistrado o magistrada, juezas o jueces de paz, fiscal general, fiscal especial, fiscal de sección, fiscal de distrito, agente fiscal, auxiliar fiscal, presidente, ministra o ministro, vice ministra o viceministro, etc.

La acción de repetición, si resultare condenado, internacionalmente, cuando por acción u omisión, obstaculicen, retarden o nieguen el cumplimiento de las sanciones previstas en dicha ley, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o civiles, en líneas adelante, veremos un caso práctico.

La obligación del estado, de adoptar las medidas necesarias, entre ellas las de orden legislativo, para prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todas sus manifestaciones, actualmente el derecho internacional, lo denomina deber de debida diligencia.

En cumplimiento del deber de debida diligencia, el estado, para proteger y promover los derechos humanos de las mujeres, para erradicar su humillación y discriminación, para prevenir, investigar, enjuiciar como corresponde, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra dicho sector de la población, en todas sus manifestaciones, ha tomado las medidas legislativas pertinentes, se destacan, entre ellas, la emisión de las siguientes leyes: ley contra al femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, ley para prevenir, erradicar y sancionar la violencia intrafamiliar, ley de desarrollo social, ley de dignificación y promoción integral de la mujer, reformas al artículo número dos de la ley para la protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia, porque además de las personas mencionadas en dicho artículo, antes de la reforma, incluyó también a la mujer víctima de violencia, así como a sus hijos e hijas, como sujeto procesal, merecedor de protección, por parte del servicio de protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal; la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, aun cuando ésta última, no es especial, porque también los hombres pueden ser sujetos pasivos de los delitos en ella tipificados en ella.

Se estima que su contenido es relevante, porque su estructura y contenido, también extiende con mayor énfasis, la protección y defensa de la libertad e indemnidad sexual de las mujeres, por ser ese sector de la población guatemalteca, el más vulnerable ante los actos de violencia o explotación sexual; el decreto 57-2002, que contiene reformas al Código Penal, introduce al mismo, el artículo 202 bis, que tipifica el delito de discriminación, como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, es decir entre hombres y mujeres, si bien es cierto, sujeto activo o pasivo, puede ser un hombre o una mujer, independientemente de su preferencia sexual, es norma positiva de relevancia, porque implica también, con mayor énfasis, protección hacia los derechos de las mujeres, por ser las más vulnerables, ante acciones u omisiones que impliquen discriminación en su contra, no solo por el hecho solo hecho de ser mujeres, sino, con mayor razón, cuando se trata de mujeres indígenas, ancianas o discapacitadas.

Otra medida positiva en defensa y protección de los derechos de las mujeres lo constituye la emisión del protocolo de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, constituyendo éste, una herramienta de trabajo, a la mano del personal del sistema de justicia, para garantizar a las mujeres, su derecho al acceso a la justicia

El diplomado de transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer, 2013, módulo II, Ministerio Público aborda el deber de debida diligencia así:

El estado desempeña un rol clave en la construcción y mantenimiento de las relaciones de género y las relaciones de poder. La acción o inacción del estado favorece que las prácticas discriminatorias disminuyan, subsistan o desaparezcan,...por medio de la existencia de leyes y políticas contra las mujeres, se debilitan sus derechos humanos...se favorece la impunidad sobre dichos hechos. La pasividad el estado para lograr el acceso al sistema de justicia y de protección tiene efectos de alto impacto a nivel social y cultural que pueden ser corrosivos pues los actos de impunidad permiten que se “valide” la violencia contra la mujer, se refuerza la subordinación de género...la responsabilidad del estado surge no solo por las acciones, sino también por las omisiones, y por no tomar las medidas pertinentes para proteger y promover los derechos de las mujeres. Se debe actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones. Actualmente está establecido en el derecho internacional que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación y una violación a los derechos humanos. La obligación de los estados de respetar, proteger, cumplir, y promover los derechos humanos en lo tocante a la violencia contra la mujer, comprende la obligación de prevenir, investigar y castigar todas las formas de violencia contra la mujer y protegerlas contra la misma, así como, determinar la responsabilidad de los infractores. Los estados son responsables con arreglo al derecho internacional de las violaciones a los derechos humanos y los actos de violencia contra la mujer cometidos por el estado o por cualquiera de sus agentes. Los estados tienen el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas por actores estatales y no estatales, investigar la denuncia de las violaciones, imponer las sanciones a los infractores y otorgar los recursos efectivos a las víctimas sobrevivientes de violencia para que puedan ejercer sus derechos...El deber de debida diligencia, según diversos instrumentos internacionales, se encuentra regulado de la forma siguiente: El deber de debida diligencia, según diversos instrumentos internacionales, se encuentra regulado de la siguiente manera: ° Los estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo. (Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, recomendación general N° 19 en sus párrafo 24 inciso a)° “Proceder

con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el estado o por particulares” (artículo 4, inciso c, de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer), ° “Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (7, inciso b, de la Convención Interamericana para Prevenir, Investigar y Sancionar la violencia contra la mujer, Convención Belém Do Pará), ° “Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer” (2, inciso b, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer). La falta de una investigación diligencia así como el enjuiciamiento eficaz y sanción adecuada, podrían ser considerados sinónimos de tolerancia e impunidad respecto de casos de violencia contra la mujer. Corresponde a las autoridades de todo el sistema de justicia, Ministerio Público entre ellas a partir del deber de debida diligencia, tomar en consideración la perspectiva de género” (2013 pág. 10)

Entonces, el deber de debida diligencia, se entiende como la obligación que adquirió el Estado de Guatemala, para tomar las medidas pertinentes para proteger y promover los derechos de las mujeres y para prevenir, investigar, erradicar, enjuiciar como corresponde y sancionar, los actos de violencia contra ellas, incurriendo en responsabilidad internacional, no solo por acción sino también por omisión, si el estado mismo o cualquiera de sus agentes, incurre en violación de los derechos humanos en referencia, reservándose el estado, su derecho de repetición contra ellos, si es condenado internacionalmente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas.

Veamos los siguientes ejemplos reales, de los cuales tuve conocimiento personalmente en mi experiencia laboral, y que a mi juicio, ilustran casos de incumplimiento del deber de debida diligencia, por parte del estado, por acción y por omisión, a través de uno de sus agentes:

En varias ocasiones, se solicitó a la autoridad judicial competente, emitir orden de aprehensión en contra de sujeto activo especial o, citarlo, con el objetivo de oírlo en su primera declaración y para resolver su situación jurídica por el delito de violencia contra la mujer, concurrían los elementos positivos de la relación delictual, (sujeto activo especial, sujeto pasivo especial, ámbito privado, dolo específico, relación desigual de poder, daño físico inmediato), se había consumado el delito, por concurrir todos los elementos de su tipificación, se recabaron los elementos de investigación pertinentes, legales, idóneos útiles, de los cuales se desprendían motivos racionales suficientes para creer que el sujeto activo era autor de dicho ilícito, no obstante, la autoridad judicial:

a) En varios procesos, iniciados por violencia contra la mujer en su manifestación física, resolvió que no era procedente ordenar la aprehensión o citación por dicho ilícito, calificó las acciones atribuidas al sujeto activo como una falta contra las personas, las encuadró en el

numeral uno del artículo cuatrocientos ochenta y uno del código penal, ordenó remitir el proceso al juzgado de paz que consideró competente, fundamento su resolución bajo el principio de proporcionalidad de la pena, pues la agraviada solo necesitó tres días de curación e igual tiempo de abandono de labores habituales, por lo que el daño físico no ameritaba la imposición de una pena de cinco a doce años de prisión, en otra ocasión porque la agraviada solo había necesitado ocho días de curación e igual tiempo de abandono de labores habituales, en todos los casos, resolvió sin lugar los recursos de reposición interpuestos, se promovió las acciones de amparo ante la sala competente.

b) En otro proceso, en audiencia oral de primera declaración, negó al Ministerio Público, emitir auto de procesamiento en contra del sujeto activo, bajo el argumento de que los golpes o daño físico que presentaba la agraviada, que curaban en siete días, eran producto de sus disensiones domésticas, encuadró las acciones atribuidas al sujeto activo en el numeral cuarto del artículo cuatrocientos ochenta y dos del código penal, y ordenó remitir el expediente al juez menor que consideró competente, se promovió acción constitucional de amparo ante la sala competente.

c) En otro proceso negó la aprehensión o citación del sujeto activo, por violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, porque el

peritaje forense indicaba que la agraviada no presentaba daño psicológico significativo, sin estimar que la ley de la materia no requiere, para tipificar dicho delito, que el daño psicológico sea o no, leve, moderado, grave, severo, profundo, significativo o insignificante, requiere que la agraviada, al ser evaluada, solo presente daño psicológico, sin importar la gravedad o gradación del mismo, declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto, se promovió la acción a amparo respectiva. Cabe destacar que para los casos indicados en el inciso a) y b) es irrelevante el tiempo de curación y el tiempo de abandono de labores habituales, aún y cuando la agraviada haya necesitado solo un día de tratamiento médico y un día de abandono de labores habituales, siempre será violencia contra la mujer en su manifestación física, porque el código penal, dice las concordancias de la ley, trata las lesiones –y faltas- como un delito “neutral”, en donde no importa quién es el agresor, omitiendo de ésta manera las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres como causa de todas las formas de violencia contra la mujer, agrega que, antes de la emisión de esta ley, esta manifestación de violencia se enmarcaba dentro de las diversas formas de lesiones contenidas en el código penal, sin importar las circunstancias personales ni las relaciones existentes entre el agresor y la agredida, sobre todo en el ámbito familiar.

En los casos indicados en los incisos a) y c) antes mencionados, el Estado, por acción, a través de uno de sus agentes, es decir la autoridad judicial competente, incumplió su deber de debida diligencia, al resolver sin lugar, la aprehensión o citación del sujeto activo, y para el caso del inciso b) el estado, por omisión, a través de uno de sus agentes, incumplió su deber de debida diligencia, al omitir ligar a proceso penal al sujeto activo y calificar sus acciones como una falta contra las personas, incurriendo el estado en responsabilidad internacional, por no enjuiciar como corresponde y por no tomar las medidas pertinentes, llámese orden de aprehensión, orden de citación o auto de procesamiento, para proteger y promover los derechos de las mujeres, el estado a través de la autoridad judicial competente, vulneró la integridad, la seguridad, la libertad, de cada una de las víctimas, así como su derecho a igualdad ante la ley y su derecho a vivir una vida totalmente libre de violencia.

La acción u omisión del estado, de cumplir con su deber de debida diligencia, dentro del contexto de la violencia contra las mujeres, debe entenderse como una violación a sus derechos humanos, por el estado mismo; respecto de los casos bajo análisis, el estado incumplió su deber de debida diligencia, por medio del Organismo Judicial, a través de la autoridad judicial que resolvió, no obstante que se trataba de

casos, en los que tenía plena jurisdicción y competencia, por razón de la materia y por razón de grado, optando por renunciar a su función, a su jurisdicción y a su competencia penal y la delegó en el juez o jueza de paz menor que consideró competente, lo cual está prohibido por los artículos, trece, treinta y siete, treinta y nueve y cuarenta de la ley adjetiva penal

Elementos que permiten encuadrar correctamente la conducta del sujeto activo en el tipo penal

En este apartado, incluimos los elementos de derecho o circunstanciales, que estimo, permiten encuadrar correctamente, la conducta del sujeto activo, en las manifestaciones de violencia contra la mujer, y que al concurrir, impiden, encuadrar la conducta del sujeto activo, en otros tipos penales, cuyo bien jurídico, también es tutelar la vida, la libertad, la integridad o la seguridad de la persona humana, por ende de las mujeres, entre ellos, particularmente, los tipos penales y faltas contra las personas, que regula el código penal. Lo hago con el objetivo de enfatizar que efectivamente, la ley de la materia: a) Atiende a su normativa y aplicación a hechos que no son genéricos, sino específicos, de donde deviene su naturaleza especial, b) Posee su propia teoría del delito, y en cuanto a ésta, no adolece de falta de

regulación, que viabilice la aplicación supletoria de la otras leyes, de tal manera que al concurrir los elementos que enunciaré, debe, obligatoriamente aplicarse ésta, en detrimento del ordenamiento común, por su naturaleza especial, aún en el caso que exista concurso aparente, con otras leyes penales de naturaleza general; obviamente extracto, los elementos a los que me refiero, de la propia ley de la materia así como de los comentarios y concordancias de la misma, por la naturaleza de este trabajo, no son excluyentes, puede el lector encontrar otros que a su juicio deban estar incluidos:

UNO: La violencia contra la mujer, basada en la pertenencia al sexo femenino, conocida ahora como violencia de género, cuyo resultado sea, daño físico en ella, que puede producirse, no solo por acción, también por omisión, el daño físico puede resultar de inmediato, y, también puede resultar después, o como dice la ley, ser ulterior, tal el caso de golpe en la cabeza que días después provoque al sujeto pasivo, hemorragia cerebral o coma. La acción u omisión, no solo puede resultar en daño físico, inmediato o ulterior, también en sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, incluyendo, tan solo las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad; según el ejemplo anterior, el solo sufrimiento físico al que se refiere la norma, puede consistir en padecimientos, como nauseas,

mareos, dolor de cabeza, o somnolencia, estimadas éstas repercusiones también como violencia contra la mujer,

DOS: El daño físico inmediato o ulterior, en sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, incluyendo tan solo las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad a los que alude la ley de la materia, se configura, solo, al existir ámbito público o privado con el sujeto activo,

TRES: El concepto enunciado en la ley conlleva el dolo específico de causarle daño, por el hecho de ser mujer, llamado violencia de género, la existencia de la violencia en este caso, se determina por el resultado inmediato o posterior –ulterior-,

CUATRO: El sujeto pasivo solo puede ser una mujer, sin embargo no se debe tratar de cualquier mujer, sino solo aquella que sufre el resultado previsto en la norma, y se encuentre en una relación interpersonal de confianza, por existir ámbito público o privado con su agresor, razón por la cual la víctima, es sujeto pasivo especial,

CINCO: Sujeto activo solo puede ser un hombre, solo aquel que produzca a la víctima, el resultado previsto en la norma, encontrándose

en una relación interpersonal de confianza, por existir ámbito público o privado con ella, razón por la cual el agresor, es sujeto activo especial,

SEIS: Entre sujeto activo y sujeto pasivo, debe existir un vínculo, ámbito lo denomina la ley de la materia, siendo éstos:

a) **Ámbito privado**, que nace a la vida al existir, entre agresor y víctima, relaciones interpersonales domésticas, familiares o de confianza, cuando el agresor es el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente con quien la víctima haya procreado o no, o fuere el novio o ex novio o pariente de la víctima; respecto del vínculo privado, derivado del parentesco, al regular el código civil, los grados de parentesco, al cuarto grado por consanguinidad y al segundo grado por afinidad, la protección incluye a la mamá del agresor, sus hermanas, sus sobrinas, por ser sus parientes, respectivamente, en el primero, segundo y tercer grado por consanguinidad y a sus hijas, por su parentesco, en consideración del tronco común; la protección también incluye a la suegra y cuñadas del agresor, por ser sus parientes, respectivamente, en el primero y segundo grado por afinidad, sin embargo, esta protección surge, solo en los casos en que exista matrimonio entre el agresor y la respectiva hija, ya que solo al existir matrimonio, surge el parentesco por afinidad; también existe el

referido ámbito privado, cuando es producto de las relaciones entre el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, novio o ex novio de una mujer, con las hijas de ésta que sufran violencia proveniente de tal sujeto (padre, padrastro),

b) **Ámbito público:** También nace a la vida el vínculo entre agresor y víctima cuando se desprende de las relaciones interpersonales que tengan lugar en la comunidad y que incluyan el ámbito social, laboral, educativo, religioso. El ámbito público alude a la violencia contra las mujeres cometida por hombres con los cuales no poseen vínculos de parentesco ni de intimidad. La violencia puede cometerse tanto en la vivienda de la agredida como en cualquier otro lugar. En párrafos siguientes, aparecen, ejemplos de relaciones que se den en la comunidad por razón de relación social, laboral, educativa o religiosa. El ente investigador, debe acreditar, con el medio de investigación, idóneo, legal o pertinente, el ámbito público o privado, que existe entre agresor y víctima, para, con certeza jurídica, considerar la acción humana atribuida al sujeto activo especial, como el delito de violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones.

SIETE: Para el caso de violencia contra la mujer, la existencia del dolo específico de causarle a una mujer, mediante acción u omisión, daño

físico inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico. Para el caso del delito de femicidio, la existencia del dolo específico de dar muerte a la mujer, mediante violencia, es decir solo por acción mas no por omisión o culpa, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género entre hombres y mujeres, de tal manera que no está tipificado el delito de Femicidio Culposo, por lo tanto la persecución penal, en el caso de la muerte de una mujer por culpa, aunque exista ámbito público o privado con el sujeto activo, es nula,

OCHO: La acción u omisión del agresor viola la libertad, la integridad, la dignidad o la igualdad de todas las mujeres ante la ley, cuando particularmente por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado, es agredida físicamente; la acción u omisión a la que se refiere la ley, viola el derecho de la mujer de vivir una vida libre de violencia, -ya sea física, psicológica, sexual o económica-;

NUEVE: El bien jurídico tutelado, es de naturaleza especial, resultó de tal importancia y tal valor jurídico que ameritó ser protegido por el legislador, protegido y regulado en una ley especial,

DIEZ: Para concretar la agresión, debe usarse fuerza corporal directa, o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia con la que se cause daño, sufrimiento físico, lesiones o enfermedad a una mujer, entre ellas enfermedades de contagio de transmisión sexual,

ONCE: El Legislador consideró proporcional, la pena de veinticinco a cincuenta años de prisión a imponer al responsable del delito de femicidio, y de cinco hasta doce años de prisión, a imponer al responsable de violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones. Por tratarse de una forma de discriminación y de violación a los derechos humanos, la pena prevista por el legislador es, es proporcional al resultado previsto en la norma.

DOCE: La violencia contra la mujer en su manifestación física, se traduce en golpes, mordeduras, pellizcos, empujones, lesiones, heridas, fracturas, y contagio de infecciones de transmisión sexual.

Antes de la emisión de la ley de la materia, estas manifestaciones de violencia se enmarcaba dentro de las diversas formas de lesiones reguladas en el código penal, (específicas, gravísimas, graves, leves, levísimas,), sin considerar las circunstancias personales ni las

relaciones existentes entre el agresor y la agredida, sobre todo en el ámbito familiar, el código penal trata las lesiones como un delito “neutral” en donde no importa quién es el agresor, omitiendo de ésta manera las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres como causa de todas las formas de violencia contra las mujeres, circunstancia que ya se toma en cuenta en la ley especial. Según lo anterior, para el caso del delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, es irrelevante el tiempo de curación y el tiempo de abandono de labores habituales. Este elemento circunstancial se establece a través del peritaje médico forense como medio de investigación pertinente. Aun cuando el médico forense concluya que la víctima necesitó de un día de curación y un día de abandono de labores habituales, siempre se estimará consumado el tipo penal mencionado.

El peritaje forense respectivo, sólo es útil para acreditar la existencia del daño físico, su ubicación en el cuerpo de la víctima, la longitud, la apariencia, evolución o la coloración del daño físico; ya que por otro lado, la violencia física, puede ser acreditada, no solo con el peritaje forense respectivo, sino también por otros medios de investigación, tal el caso de información de la agraviada, información de los aprehensores, información de los hijos, información de parientes,

vecinos, personas ajenas, videos de vigilancia, u otro medio de investigación, siempre que sea legal, pertinente, idóneo y útil.

TRECE: Por el contrario, los tipos regulados en el código penal, cuyo bien jurídico tutelado también proteger es la vida, integridad o seguridad de las personas, incluyendo las faltas contra las personas, se diferencian con los tipos regulados en la ley de la materia por lo siguiente: la violencia física la ocasiona el sujeto activo solo por acción, mas no por omisión, no tiene que estar basada en la pertenencia del sexo femenino, el resultado solo puede ser inmediato, no puede ser ulterior, no existe relación desigual de poder, ámbito público ni privado, sujeto pasivo o activo puede ser un hombre o una mujer, puede o no puede existir relaciones interpersonales domésticas, familiares o de confianza, el agresor puede ser o no cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente con quien la víctima haya procreado o no, o puede ser o no el novio o ex novio o pariente de la víctima, la acción del sujeto activo, solo viola seguridad o integridad de las personas, para el caso de los tipos penales regulados en la ley de la materia, la acción u omisión del agresor viola la libertad, la integridad, la dignidad o la igualdad de todas las mujeres ante la ley, cuando particularmente por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado, se produce el

resultado previsto en la norma, constituye una forma de discriminación y una forma de violación de los derechos humanos de ese sector de la población guatemalteca.

Al concurrir los elementos legales o circunstanciales, enunciados anteriormente, del número uno al número once, y los otros que el lector considere pertinentes, debe prevalecer la aplicación de la ley de la materia, en observancia del principio de especialidad de las leyes, en detrimento del ordenamiento penal general o común.

Si bien el artículo 25 de la ley de la materia, permite la aplicación supletoria, del Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley del Organismo Judicial, la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, la Ley de Desarrollo Social, el Código Civil, y el Código Procesal Civil y Mercantil, debe entenderse, que ello sólo sería posible, si dicha ley, adoleciera de falta de regulación, porque por supletoriedad según el diccionario de la real academia española de la lengua, debemos entender lo que tiene la cualidad de supletorio y por supletorio se entiende en derecho, el dicho de una norma que se aplica en defecto de otra, de tal manera que si posee su propia teoría del delito, sus propias fuentes de interpretación y no adolece de falta de regulación, no ha de aplicarse supletoriamente, en orden de prelación,

el código penal ni las otras leyes mencionadas en dicho artículo. A manera de ejemplo, en nuestro medio, el código procesal civil y mercantil es supletorio del derecho laboral, porque alguna de sus normas, de sus principios o de sus instituciones, se aplica en defecto o por ausencia o falta de regulación del código de trabajo.

Violación al principio de legalidad contenida en el inciso c) del artículo tercero de la ley de la materia, por ser de contenido indeterminado

El inciso c) del artículo 3º, de la ley de la materia, define, el ámbito público, y, dice que el mismo comprende las relaciones interpersonales que tengan lugar en la comunidad y que incluyen el ámbito social, laboral, educativo o religioso o cualquier otro tipo de relación que no esté comprendido en el ámbito público. Los comentarios y concordancias de la ley contra al femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, -ministerio público de la república de Guatemala, ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, comentarios y concordancias, editorial servi prensa 2014-, dice, que:

El ámbito público, alude a la violencia contra las mujeres cometidas por hombres, con las cuales ellas no tengan vínculos de parentesco ni de intimidad y, agrega, que la violencia en éste caso, puede cometerse tanto en la vivienda de la agredida como en cualquier otro lugar.

Para claridad de este análisis, nos permitimos mencionar que el diccionario de la real academia española de la lengua, indica que la palabra: determinar, significa, decidir algo, despejar la incertidumbre o lo que es lo mismo señalar o indicar algo con claridad o exactitud.

De tal manera que es indeterminado, lo que adolece de incertidumbre, o lo que no está indicado con claridad ni exactitud. Una ley penal, es de contenido indeterminado, cuando adolece de incertidumbre o cuando no está indicada con claridad ni exactitud, cuando ello ocurre, la misma ley, viola el principio de legalidad.

En ese orden de ideas, una parte del inciso c) en referencia, es clara y exacta, es decir su contenido está perfectamente determinado, no adolece de incertidumbre; según lo cual, debemos tener por violencia contra la mujer, en el ámbito público y en cualquiera de sus manifestaciones, cuando las acciones típicas, se produzcan, dentro de las relaciones interpersonales que se dan en la comunidad, entre sujeto activo y la víctima, cuando, exista entre ellos, relación social, laboral, educativa o religiosa, aun cuando no tengan vínculos de parentesco ni intimidad.

Decimos, la ley es clara y exacta, en esta parte del inciso al que me refiero, porque su contenido está determinado, a manera de ejemplo,

en el primer caso, habrá femicidio, violencia contra la mujer en sus manifestaciones física, sexual, psicológica o económica, en el ámbito público, cuando entre sujeto activo y pasivo, aún sin que, entre ambos, haya relación de parentesco o intimidad, se relacionen socialmente, es decir haya trato social entre ellos, o lo que es lo mismo, que haya comunicación entre ambos, por ejemplo, concurren los elementos positivos del ilícito, al ser integrantes de una asociación pro desarrollo o de una agrupación de beneficencia, de un consejo comunitario de desarrollo local, de la alcaldía auxiliar de la localidad, precisamente porque entre ambos hay una relación interpersonal de confianza por razón de la relación social existente entre ellos, pudiendo ser incluso, una relación interpersonal derivada, de relación social, por razón de arte, cultura, comercio, industria u otra relación social, siempre que sea clara y exacta.

En el segundo caso, la ley es clara y exacta, ya que habrá femicidio, violencia contra la mujer en sus manifestaciones, física, sexual, psicológica o económica, en el ámbito público, cuando sujeto activo y pasivo, aún sin que exista relación de parentesco o intimidad, se relacionen laboralmente, pudiendo ser el caso del profesor de grado, que ocasione la muerte de la profesora de la misma escuela, ejerza sobre ella violencia física, sexual, psicológica o económica. Merece

mencionar, a este respecto, que dentro de esa relación laboral interpersonal de confianza, y también para el primer caso, es decir el que se refiere a la relación social interpersonal, a la que hice referencia, jurídicamente es irrelevante, que el sujeto activo, sea o no, el superior jerárquico de la víctima o ejerza autoridad o mando sobre ella, es decir es irrelevante que entre ambos haya una previa relación desigual de poder, ya que según el diplomado de transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer, junio 2014, módulo 3, Ministerio Público.

Sería violencia contra la mujer, en sus diferentes manifestaciones, cuando se configure el núcleo de la conducta típica, con al menos uno de los supuestos contenidos en los elementos circunstanciales establecidos en el artículo 7 de la ley referida...en ninguno de los supuestos del tipo penal de violencia contra la mujer, se establece que la misma debe darse en el “marco de las relaciones de poder entre hombres y mujeres”, este supuesto solamente es aplicable al delito de femicidio (2014 pág. 23)

Criterio que compartimos, porque la relación desigual de poder, como génesis de la violencia contra las mujeres, únicamente es elemento objetivo, exigible para tipificar el delito de femicidio; para el caso que nos ocupa, el sujeto activo, puede ser subordinado laboral y la víctima ser su superior jerárquico y ejercer, sobre aquel, funciones de mando o autoridad, tal sería el caso del maestro de grado que agrede físicamente a la directora de la misma escuela o su supervisora educativa, o el conserje que ejerce violencia psicológica o sexual sobre maestra de la

misma escuela. En el tercero de los casos, la ley es clara y exacta, ya que habrá violencia contra la mujer, en el ámbito público cuando entre sujeto activo y sujeto pasivo, aún sin que exista relación de parentesco o intimidad, se relacionen en el ámbito educativo, tal el caso del compañero de grado o docente, que dé muerte a la compañera de aula, o le ocasione daño físico psicológico o sexual, o ejecute contra ella cualquiera de los verbos rectores del delito económico.

A este respecto también es, jurídicamente irrelevante, que el sujeto activo, dentro de esa relación interpersonal de confianza, ejerza autoridad, mando o haya subordinación sobre la víctima, porque puede darse el caso que un alumno agrede físicamente a la docente de una materia o a la directora de la universidad; perfectamente en ambos casos concurre la teoría de la relación delictual y los elementos positivos del delito que nos ocupa. En el cuarto caso, la ley es clara y exacta, no encuentro dificultad en su interpretación, ya que habrá violencia contra la mujer, en el ámbito público, cuando entre sujeto activo y sujeto pasivo, aún sin que exista relación de parentesco o intimidad, se relacionen en el ámbito religioso, tal sería el caso del, varón miembro de una iglesia, de cualquier culto, que a la pastora, diaconiza o anciana de la misma, ocasione, cualquiera de los resultados previstos por la norma o el caso del pastor, ministro, sacerdote, obispo

que ocasione a una fiel o miembro de su iglesia, cualquiera de los resultados previstos en la norma.

La violación al principio de legalidad, la encuentro en el párrafo final del inciso c) del artículo número 3 de la ley de la materia que dice: “o cualquier otro tipo de relación que no esté comprendido en el ámbito privado”. Puede observar el lector, que se trata de una disposición penal de contenido indeterminado, ya que no indica con claridad y exactitud, cuál es ese otro tipo de relación interpersonal, que tendría que tener lugar en la comunidad, y que, obligadamente debe existir, entre sujeto activo y víctima, para que nazca jurídicamente, el denominado, ámbito público entre ambos, como elemento objetivo esencial para encuadrar con claridad y exactitud, en el tipo penal, la conducta reprochada al sujeto activo del ilícito, es decir, dicha frase adolece de incertidumbre por lo que viola al principio de legalidad, razonamiento, válido y aplicable, para el delito de femicidio y para el delito de violencia contra la mujer en sus manifestaciones física, psicológica, sexual o económica.

Consideramos que, el Ministerio Público en ejercicio de la acción penal pública, o en defensa de los intereses que le han sido encomendados, los órganos jurisdiccionales, de cualquier jerarquía, en

ejercicio de su función de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, la defensa pública penal, la procuraduría general de la nación y las demás instituciones que, intervienen dentro del proceso penal, según su rol, deben obviar la aplicación del precepto legal indicado, porque su contenido es indeterminado, adolece de claridad y exactitud, conocido como *ius incertum*, no hace más que propiciar la incertidumbre, vulnerando el principio de legalidad

Por otro lado, si entendemos el principio de seguridad jurídica, consagrado en los artículos segundo y tercero constitucionales, primero, como seguridad material, entendida ésta como el estado de la persona humana, cuando se encuentra íntegra, es decir libre de todo daño, riesgo o peligro, y, segundo, como la certeza del derecho o certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara o la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un estado de derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible, -así lo ha sentado la Corte de Constitucionalidad-, encuentro que el párrafo o frase que tildo de violatorio del principio de legalidad, también viola dicho principio de seguridad jurídica, ya que,

per se, implica falta de certeza del derecho o certeza del imperio de la ley.

Lo delicado del tema, radica en que, si el precepto legal o párrafo indeterminado, al que me refiero, es aplicado, al resolver la situación jurídica del reo o imputado, el estado no protegerá sus derechos tal y como la ley los declara, lo dejará en inseguridad jurídica, violando su derecho de defensa y el debido proceso, negándole una tutela judicial efectiva.

La aplicación del párrafo, que tildo como violatorio del principio de legalidad, al resolver la situación jurídica del reo o imputado, implica crear figuras delictivas por analogía, violentando con ello también el artículo séptimo del código penal, ya que deja a criterio del juez o jueza, determinar, cuál será, y, peor aún, cuál no será, esa “otra relación que tuvo lugar en la comunidad” entre sujeto activo y su víctima, para tener por existente entre ellos, el ámbito público, y encuadrar correctamente, la conducta que se le reprocha, en el tipo penal atinente.

Al existir tantas relaciones que pueden tener lugar en la comunidad, el juez o jueza llamados a resolver, deberán obviar la aplicación del párrafo legal al que me refiero, por su propia incertidumbre

Imagino la magnitud de la arbitrariedad en que incurriré, el juez o jueza que decida emitir auto de procesamiento, o dicte sentencia condenatoria, en contra de reo o sindicado, teniendo por acreditado ámbito público, entre agresor y su víctima, por cualquier otro tipo de relación que tuvo lugar entre ellos en la comunidad. Entendiéndose por arbitrariedad aquello que no está sujeto a la razón o el sentido, solo a la voluntad o al capricho.

La resolución del juez, pronunciada en ese sentido, encuadra perfectamente en los casos de procedencia, regulados en los incisos a), b) y d), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, resultando también violatoria del artículo número 1 del código penal, los artículos 1, 2, 5, 14 y 20 del Código Procesal Penal, y, de los artículos números 2, 3, 12, 14 y 17 constitucionales, entre otros; previo a agotar los medios de impugnación ordinarios, la acción constitucional de amparo, resultaría el único medio posible para reparar semejante violación a los derechos constitucionales o para restaurar el imperio de los mismos, cuando la violación hubiere ocurrido.

Aclaremos que el texto legal, que considero, viola el principio de legalidad, no es en sí, un precepto legal penal en blanco o abierta,

pues ésta, según Manuel Ossorio, es la que impone una sanción, sin especificar la figura de infracción o a decir de Guillermo Cabanellas, es la de índole penal cuando establece la sanción sin concretar la figura delictiva o según Héctor de León y José de Mata, es aquella en que aparece en el código penal bien señalada la pena, empero la descripción de la figura delictiva (de tipo penal), debe buscarse en una ley distinta o reglamento de autoridad competente, a los que queda remitida la ley penal. (1981 pág. 87)

La ley penal en blanco o abierta, efectivamente señala con claridad y exactitud la pena aplicable al ilícito concreto, pero los elementos objetivos debemos buscarlos en otra ley o reglamento, que la complementa, tal el caso de los ilícitos denominados contravención de medidas sanitarias, inhumación y exhumaciones ilegales, anticipación de funciones públicas, o el delito de prolongación de funciones públicas, entre otros; el texto al que me refiero, es un precepto legal de contenido indeterminado por su falta de claridad y exactitud por lo que demando su inaplicabilidad.

Por otro lado, el mismo tipo penal, excluye las otras relaciones que tengan lugar en la comunidad, como elemento circunstancial para estimar si concurre o no, ámbito público entre sujeto activo y pasivo,

pues el inciso b) del artículo número siete de la ley de la materia, solo regula la conducta atípica, cuando se mantiene, en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones...de amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa. El mismo tipo penal excluye las relaciones sociales y cualquier otro tipo de relación no comprendida en el ámbito privado, el tipo penal reduce el ámbito público, de donde también deviene su inaplicabilidad

El mismo razonamiento es aplicable al texto del segundo párrafo del artículo primero de la ley de la materia que dice *o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres*, por su contenido indeterminado y su falta de claridad y exactitud, abre paso a la analogía, no a la analogía ad bonam partem, en favor del sindicado, sino a la analogía ad malam partem, en perjuicio del sindicado.

Propuesta de reforma legislativa: Delimitar con claridad y exactitud, en la ley de la materia, cuáles deben ser, las relaciones que deban tener lugar en la comunidad, entre sujeto activo y pasivo, que no estén comprendidas en el ámbito privado, para tener jurídicamente existente, el correspondiente ámbito público entre ellos,

Violación del principio de legalidad contenida en el inciso n) del artículo 3° de la ley de la materia, por ser de contenido indeterminado

Igual violación al principio de legalidad encontramos en el texto del inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia, que define la violencia sexual, se trata una ley penal de contenido indeterminado y a la vez de contenido determinado, es decir, una parte de ella, adolece de incertidumbre por su falta de claridad o exactitud y otra parte, no adolece de incertidumbre porque es clara y exacta.

Me explico: el legislador, innecesariamente dividió en dos partes el inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia, por falta de técnica legislativa o por error legislativo, independientemente de la causa, veamos su redacción: primera parte, que considero de contenido indeterminado, porque no es clara ni exacta, dice: Acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer. Segunda parte, que es de contenido determinado, porque es clara y exacta, dice: incluyendo, la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial, o del derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de

transmisión sexual. Digo que el legislador lo dividió en dos partes, porque entre una y otra, usó la palabra: incluyendo.

Por su parte los comentarios y concordancias de la ley de la materia, explica la violencia sexual así: primera parte:... se resalta que a través de la violencia física o psicológica se vulnera la libertad e indemnidad sexual de las mujeres. Segunda parte: mediante la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial, o del derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual. Al igual que el legislador, los comentarios y concordancias de la ley de la materia, también dividieron en dos partes el inciso bajo análisis, solo que en este caso, quien comentó y concordó la ley de la materia usó, entre la primera y la segunda parte, la palabra mediante.

Estamos ante dos perspectivas distintas, veamos; para hilar las dos partes en que dividí el inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia, e intentar, integrar y dar sentido lógico legal, a la definición de violencia sexual, el legislador usó la palabra *incluyendo*, dando a entender con ello, que la violencia sexual, no solo comprende, las acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la

libertad e indemnidad sexual de la mujer, sino que, comprende también, es decir también incluye, la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial, o del derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual; mientras que; los comentarios y concordancias de la misma ley, para hilar las dos partes en que dividí dicho inciso, e intentar, integrar y dar sentido lógico legal a la definición de violencia sexual, usa la palabra *mediante*, dando a entender con ello que la violencia sexual es la vulneración de la libertad e indemnidad sexual de la mujer por medio o a través –mediante- de la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial, o del derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual, lo cual no es así, de donde deviene la falta de claridad, exactitud o certeza de la ley.

La parte del inciso n) del artículo 3° de la ley de la materia, de contenido determinado, por ser clara y exacta, es la que dice que debemos entender por violencia sexual aquellas acciones, ejecutadas en contra de la mujer, en el ámbito público o privado, que impliquen su humillación sexual, la obliguen a prostituirse, le denieguen el derecho

a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural como artificial o le denieguen el derecho a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual. Los verbos rectores están determinados con claridad y exactitud

Mientras que, la parte del inciso n) del artículo pre citado, que considero, viola el principio de legalidad, por ser una norma penal de contenido indeterminado, por su falta de claridad y exactitud, es la que dice: acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer.

Cabanellas define la palabra indemnidad como, seguridad...condición o estado del exento de padecer un mal en su persona o bienes. (pag. 202)

De tal manera que la libertad e indemnidad de una mujer, resulta violentada cuando el sujeto activo, incurre en los verbos rectores del tipo penal, en el momento que viola su voluntad a decidir, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde? ¿Por qué? o ¿con quién? tener intimidad o relaciones sexuales o cuando viola su voluntad de decidir y disponer de su conducta sexual

Cabe acá aclarar, que la violencia sexual, regulada en la ley de la materia, no guarda similitud, menos analogía con los tipos penales

regulados, en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, que introduce reformas al Código Penal, cuya finalidad también es la proteger la libertad e indemnidad sexual de la mujer, como bien jurídico tutelado, porque la violencia sexual regulada en la ley de la materia, está basada en la violencia de género como elemento objetivo para determinar su existencia o inexistencia, mientras que los tipos penales regulados en el código penal, no están estructurados, en base a la violencia de género, puede ser sujeto activo o pasivo de los mismos, cualquier persona, hombre o mujer,

Decimos que viola el principio de legalidad, porque, de nuevo, deja a discreción del juez o jueza, determinar cuáles son, y, peor aún, cuales no son, esas acciones de violencia física o psicológica que tienen por finalidad vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, es decir genera incertidumbre.

Acaso los legisladores y legisladoras, intentaron incluir en las acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, y que encuadran en el tipo penal denominado, violencia contra la mujer en su manifestación sexual; por ejemplo, el acoso sexual, obligarla o coaccionarla a adoptar comportamientos sexuales, ante objetos y situaciones que no forman parte de los patrones sexuales normales, generar en ella una anomalía

en la elección del estímulo adecuado para la excitación sexual, obligarla o coaccionarla al exhibicionismo, al voyerismo, al froteurismo propio o recíproco, al fetichismo, al sadismo propio o recíproco, al masoquismo propio o recíproco, obligarla a masturbarse o al agresor, obligarla a la zoofilia, coprofilia, necrofilia, a sostener sexo por teléfono, sexo oral, o anal, coaccionarla a ver o imitar pornografía, dirigirle piropos abusivos, o acaso obligarla durante la relación sexual o íntima a desempeñar un rol o papel distinto de su propio sexo biológico. Por su falta de claridad y exactitud la mencionada norma penal es de contenido indeterminado, por lo que viola el principio de legalidad.

El diplomado de transversalización de género, al que nos referimos en líneas anteriores, en sus páginas 13 y 14 dice:

Algunas formas de violencia sexual no siendo únicas, pues dependiendo del lugar y costumbres éstas pueden ser aún más perjudiciales para las mujeres, entre ellas están los tocamientos y caricias no deseados; exhibicionismo y voyerismo; las expresiones verbales o corporales sexuales intimidantes; piropos abusivos, manoseo aun en la calle por desconocidos, penetración de cualquier objeto por vía vaginal, anal o bucal de manera forzada o sin el consentimiento de la pareja; exigencias de observar actos sexuales directamente o por medios audiovisuales (videos, televisión o revistas pornográficas); exigencia o inducción a realizar actos sexuales con otras personas (tríos, intercambio de pareja sexual), exigencia, dentro de la relación de pareja de tener relaciones sexuales. Otra forma de violencia sexual es el acoso, el cual se entiende por el comportamiento ofensivo que consiste en solicitar favores de tipo carnal o sexual para el autor o para un tercero, prevaliéndose de un contexto de superioridad laboral, docente o análoga, -la

negrilla es propia- a modo de contrapartida de un trato favorable en el ámbito de esa relación, o con el anuncio expreso o tácito de una conducta desfavorable si no se accede a los mismos. Otra forma importante de violencia sexual la constituyen las mutilaciones genitales femeninas, las cuales si bien es cierto en países de África y Asia son más conocidas, en Guatemala las ha habido con matices muy similares, tal es el caso de la variante de cercenar pechos a las víctimas a mordidas, inclusive. Otra manifestación de violencia contra la mujer es el uxoricidio (del latín uxor, 'esposa' y cida -del latín caedere- 'matar'—, 'asesino') es el asesinato de la esposa por parte del marido. El uxoricidio, en la mayoría de los casos, tiene como determinante los celos. En ocasiones, este tipo de violencia es consecuencia del solapamiento de dos mentalidades en conflicto. Para muchos sociólogos, el aumento del uxoricidio en los últimos tiempos se achacaría a que los hombres con una mentalidad machista no aceptarían la emancipación de la mujer o el aumento de sus libertades. En muchas sociedades patriarcales el uxoricidio se ve de hecho como un homicidio de menor trascendencia, sobre todo en caso de adulterio, incluso se llega a considerar que eso es lo que tiene que hacer el esposo en estos casos. En la India una causa frecuente de uxoricidio son los problemas de una dote que no satisface al marido o a la familia de éste. En la literatura, nos encontramos con el asesinato de la esposa de (Othello) Otelo, Desdémona, en la famosa obra de William Shakespeare (2014 pág. 13)

Notemos, que la anterior explicación, solo nos da “el listado” de las “otras formas” de violencia sexual, incluyendo el acoso sexual, sin embargo, solo se queda como un listado, como letra muerta, que no puede ser aplicada a la realidad jurídica guatemalteca toda vez que por analogía no es posible crear figuras delictivas y aplicar sanciones, siendo necesario e imperativo, que las mencionadas formas de manifestarse la violencia sexual contra las mujeres, se incluyan en el texto de la ley, como definición, con sus verbos rectores explícitos,

para que pasen a ser, no solo un listado, aproximación o enunciación doctrinaria, sino que pasen a formar el texto de la ley de la materia.

El tema adquiere importancia cuando, en alguna de las etapas del proceso penal, se esté en el momento de resolver la condición o situación jurídica de reo o sindicado, pudiendo ser, en el momento de su detención, en audiencia de primera declaración, en audiencia de apertura a juicio, de ofrecimiento de prueba, incluso en debate, porque quien deba resolver, según la etapa en que el proceso penal se encuentre, mediante un razonamiento lógico sencillo, podrá fácilmente, encuadrar las acciones del sujeto activo, en el delito de violencia contra la mujer en su manifestación sexual, cuando la víctima haya denunciado, que, mediante acciones de violencia física o psicológica, la ha humillado sexualmente, la ha obligado a prostituirse, le ha negado el derecho de hacer uso de métodos de planificación familiar o le ha negado el derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual. Contrario, quien deba resolver, encontrará vacío legal, cuando intente desentrañar el verdadero sentido y, aplicar a un caso concreto, la parte del inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia, que dice: acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, debido a que se trata de una norma

penal de contenido indeterminado, no es clara ni exacta, por lo que, de nuevo, deja a criterio o arbitrio del juez o jueza decidir, cuales son y, peor aún, cuales no son, las acciones de violencia física o psicológica, que efectivamente han sido ejecutadas, con la finalidad de vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, violando así el principio de legalidad; no por voluntad del juez o jueza, sino por falta de técnica legislativa, por no llamarle error legislativo.

Nuevamente, imagino la magnitud de la arbitrariedad en que incurriré, el juez o jueza que decida ligar a proceso penal o dictar sentencia condenatoria, contra reo o sindicado, por acciones de violencia física o psicológica, ejecutadas en el ámbito público o privado, que “crea” que hayan violado la libertad e indemnidad sexual de la mujer, que no sean exactamente, la humillación sexual, la prostitución forzada, la denegación al derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, o del derecho de adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual.

La resolución del juez o jueza, pronunciada en ese sentido, encuadra perfectamente en los casos de procedencia, regulados en los incisos a), b) y d), de la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, resultando también violatoria del artículo uno del

código penal, los artículos uno, dos, cinco, catorce y veinte del código procesal penal, y, de los artículos números dos, tres, doce, catorce y diecisiete constitucionales, entre otros, la acción constitucional de amparo, resulta el único medio posible para reparar tal violación a los derechos o garantías constitucionales enunciados o para restaurar el imperio de los mismos, cuando la violación hubiere ocurrido, mediante la emisión del auto de procesamiento o sentencia condenatoria en alusión. Tampoco estamos ante un precepto legal penal en blanco o ley penal abierta, pero por su falta de claridad y exactitud, también demandando su inaplicabilidad.

No estamos ante un caso de laguna legal o vacío legal de la ley de la materia, entendiéndose éste, como la falta o ausencia de normas jurídicas de carácter positivo que regulen o que sean aplicables a una cuestión determinada, estamos ante una norma penal de contenido indeterminado

Criterio de la Corte de Constitucionalidad:

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, del 17 de septiembre de 1986, dictada en el expediente de Inconstitucionalidad de Leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, expediente 12-86.

El artículo 17 de la Constitución Política de la República contiene en su texto el llamado principio de legalidad. En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al *ius incertum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico-penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos, teniendo el primer párrafo del artículo citado el siguiente texto: "No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificados como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración" En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable...El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.

Al respecto, me permito mencionar que el *ius incertum* al que se refiere la corte de constitucionalidad y que considera como opuesto al principio de legalidad, es el derecho confuso, vacilante o variable, se deriva del latín *incertum* que a su vez significa incertidumbre, y, la palabra incertidumbre, según el diccionario de la real academia española de la lengua, significa, falta de certeza, claridad o exactitud. Encuentro también, que el tema es de importancia jurídica, si consideramos, dentro del contexto explicado, la implicación que tiene el denominado, principio de intimación necesaria, según el cual la intimación del hecho atribuido al sindicado, debe ser clara, precisa, circunstanciada y debidamente individualizada.

Es decir, la intimación, o imputación de cargos, si se trata del procedimiento simplificado, debe dirigirse al reo o sindicado, en la etapa procesal oportuna, de la forma más clara y exacta, de preferencia con las palabras que son propias del vocabulario común, con el objeto de que el hecho que se le atribuye lo comprenda de la manera más sencilla posible, a la vez circunstanciada, es decir, ha de indicársele, también de manera clara y exacta, cuando, es decir la fecha y hora, como, es decir la forma, el modo o los medios en que ejecutó las acciones que se le reprochan, y donde, es decir el lugar donde ejecutó las acciones u omisiones que encuadran en el tipo penal, y debidamente individualizada, es decir el nombre de la víctima, si son dos o mas sindicados, individualizar con claridad y exactitud, las acciones que cada uno de ellos ejecutó y que produjeron el resultado previsto en norma penal especial.

Es también presupuesto exigido por la ley adjetiva penal, que se indique al sindicado, con claridad y exactitud, la calificación jurídica provisional, del hecho que se le atribuye, y, él o la fiscal, al requerir que sea ligado a proceso penal, deberá también, dentro de su argumento, indicarle, así como al juez o jueza que resolverá su situación jurídica, con claridad y exactitud, el ámbito, público o privado, es decir la relación interpersonal de confianza dentro de la

cual ejecutó las acciones típicas que se le reprochan, y, para el caso del delito de violencia contra la mujer en su manifestación sexual, deberá indicar, en su argumento, con claridad y exactitud, cuál ha sido la acción de violencia física o psicológica que ejecutó y con la cual vulneró la libertad e indemnidad sexual de su víctima. Lo anterior, con el objeto de que el reo o sindicado, comprenda, de que se le acusa y respecto de que circunstancias, de tiempo, modo y lugar, claras y exactas deberá defenderse, principalmente ante un eventual debate. Tarea difícil para él o la fiscal y para el juez o jueza, cuando, según su rol, se encuentren ante las normas de contenido indeterminado a las que me he referido en este apartado.

El segundo párrafo del artículo número uno de la ley de la materia, también contiene precepto legal penal de contenido indeterminado, en el texto que dice “o cualquier otro tipo de coacción en contra de las mujeres”. Los razonamientos anteriores en cuanto a la violación al principio de legalidad, son aplicables también a dicho texto legal por su falta de claridad y exactitud

Propuesta de reforma legislativa:

- Además del ámbito social, laboral, educativo y religioso, en el inciso c) del artículo tercero de la ley de la materia, determinar con exactitud

y claridad, cual o cuales deben tenerse como relaciones interpersonales en la comunidad, que dan origen al ámbito público entre los sujetos de la relación delictual, con el objetivo de que deje de ser una norma penal de contenido indeterminado, se evite dificultades en cuanto a su interpretación y aplicación y pase a ser norma positiva vigente, por lo tanto de cumplimiento obligatorio,

- Además de la humillación sexual, la prostitución forzada, la denegación del derecho a hacer uso de métodos naturales o artificiales de planificación familiar, o del derecho a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual, en el inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia, indicar con claridad y exactitud, cuál o cuáles, han sido, las acciones de violencia física o psicológica que ejecutó el sujeto activo de la relación delictual, es decir, indicar los verbos rectores, y con la cual vulneró la libertad e indemnidad sexual de su víctima mujer, con el objetivo de que deje de ser una norma penal de contenido indeterminado,

- Tipificar el delito de acoso sexual en la ley de la materia, desde la perspectiva propia de la violencia de género, es decir ubicando al varón como sujeto activo y a la mujer como sujeto pasivo, y con claridad y exactitud, definir dicho delito con su elementos positivos

típicos y verbos rectores, así como su ámbito público o privado, pues es un flagelo que cotidianamente, vulnera la libertad e indemnidad sexual de las mujeres, ya que, no podemos interpretar que el acoso sexual constituye delito, o, que está, según el texto de dicha ley, incluido en la definición de violencia sexual, por tratarse de una norma penal de contenido indeterminado, o,

- Tipificar el delito de acoso sexual, en el código penal, dejando a un lado, la perspectiva propia de la violencia de género, y con claridad y exactitud, definirlo con sus elementos positivos típicos y verbos rectores, sin considerar ámbito público ni privado, teniendo como sujetos, activo y pasivo, de la relación delictual, a cualquier persona, hombre o mujer, toda vez que, también es flagelo cotidiano, el acoso sexual, de hombre a mujer, de mujer a hombre, de hombre a hombre o de mujer a mujer, independientemente de su sexo biológico o preferencia sexual, porque también puede existir acoso sexual de persona transexual a hombre o mujer heterosexual, o de hombre o mujer heterosexual a persona transexual.

Ley incluyente, ley excluyente o errores legislativos

Notemos que la ley de la materia es excluyente porque protege únicamente:

a) A la esposa, ex esposa, conviviente o ex conviviente, hayan procreado o no, a la novia, ex novia, o la pariente, esto es, dentro de los grados de ley, protección que alcanza solo a la mamá del agresor, por ser su pariente dentro del primer grado de consanguinidad, a sus hermanas, por ser sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad a las hijas de sus hermanas, por ser sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, y, a la hija del agresor, por ser ésta, su pariente en el llamado primer grado de consanguinidad, si al agresor se toma como tronco común, ésta protección se extrae del sentido del primer párrafo del inciso b) del artículo tercero de la ley de la materia,

b) A las hijas solo de la mujer, es decir procreadas con otro varón, cuando el agresor es su esposo, ex esposo, conviviente, ex conviviente, novio o ex novio de ella, (como ejemplo, el padrastro), ésta protección se extrae del sentido del segundo párrafo del inciso b) del artículo tercero de la ley de la materia,

c) A la suegra y cuñadas, esto, solo cuando exista matrimonio, por ser

la suegra, pariente del agresor en primer grado por afinidad y la cuñada, por ser, pariente del agresor, en segundo grado de afinidad, ésta protección se extrae del sentido del primer párrafo del inciso b) del artículo tercero de la ley de la materia,

d) La mujer cuya unión de hecho haya sido declarada legalmente, esta protección se extrae del sentido del inciso b) del artículo siete de la ley de la materia, cuando se mantenga en la época en que se perpetre el hecho o haber mantenido con la víctima relaciones de intimidad, aspecto dentro de la cual queda incluida la mujer cuya unión de hecho ha sido legalmente declarada, toda vez que cuando se perpetró el hecho se mantenía relación de intimidad con ella o se perpetró el hecho después de haber mantenido esa relación de intimidad,

e) La mujer adoptada, porque de acuerdo al artículo número dos de la ley de adopciones, la persona adoptada adquiere todo el conjunto de relaciones familiares de carácter formal que tiene la persona adoptada, es decir que el vínculo de parentesco legal se adquiere plenamente y ya no solamente entre adoptante y adoptado

Con lo anterior, queda violado el deber de debida diligencia, en párrafos anteriores mencionado, considerando éste, como obligación del estado de tomar las acciones prontas y necesarias, con el fin de

erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres y erradicar la violación a sus derechos humanos, porque el estado, a través del legislador, omitió la protección legal de:

a) La mamá y hermanas, de la conviviente, es decir de la mujer no casada y cuya unión de hecho no ha sido legalmente declarada, quienes quedaron vulnerables ante el daño que pueda ocasionar el “yerno” y “cuñado” de hecho, respectivamente, por omisión del estado, a través del legislador, por no incluirlas taxativamente en la ley de la materia, no obstante que entre ellas y su agresor, desde el inicio de la convivencia de hecho, se generaron, fraternales, claras y precisas relaciones interpersonales domésticas o de confianza dentro de las cuales se cometan los hechos de violencia contra su persona o bienes; por no existir matrimonio, la mamá de la conviviente de hecho no es pariente dentro del primer grado de consanguinidad de su agresor, por extensión, las hermanas de la conviviente de hecho, tampoco son parientes de su agresor, dentro del segundo grado de afinidad. Por analogía no puede crearse el delito de violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones, cuando el sujeto pasivo sea la madre o hermanas de la conviviente de hecho del agresor, por no ser sus parientes por afinidad.

Dentro de dichas relaciones interpersonales de confianza, en la cotidianidad, incluso, el agresor, nombra y trata como suegra a la mamá de su conviviente, y, nombra y trata como cuñada a la hermana de su conviviente, no obstante no estar casado con ésta última. En mi experiencia laboral, conocí un caso, en el que figuró como víctima, la mamá de la conviviente de hecho del agresor, el daño físico producido en ella, necesitó, según peritaje médico forense, quince días de curación e igual tiempo de abandono de labores habituales, no obstante que entre ellos, había relación interpersonal de confianza o doméstica, porque vivían en la misma casa, dentro de la cual se cometió el hecho de violencia, el agresor quedó ligado a proceso penal, no por violencia contra la mujer en su manifestación física, sino por el delito de lesiones leves, precisamente porque entre ellos, no existía ámbito público o privado, éste último, solo pudo existir, si el agresor hubiera sido esposo de la hija de su víctima, solo así, hubiera resultado ella, ser su pariente en primer grado de afinidad.

b) La mamá y hermanas de la mujer cuya unión de hecho ha sido declarada legalmente, debido a que, aunque la unión de hecho esté declarada legalmente, ese status jurídico, no genera vínculos de parentesco, ni en el primer grado de “afinidad”, respecto de la progenitora, ni en el segundo grado de “afinidad”, respecto de las

hermanas de la mujer cuya unión de hecho ha sido legalmente declarada, por analogía no puede generarse vínculos de parentesco, quedaron vulnerables ante el daño que pueda ocasionar, respectivamente, su yerno y cuñado legalmente de hecho, -si el lector me permite usar esta expresión- por omisión del estado, a través del legislador, al no incluirlas en la ley de la materia, como sujeto pasivo de la relación delictual, no obstante que entre ellas y su agresor, desde que en sentencia judicial firme, se indicó la fecha de inicio de la unión de hecho, existen, en la mayoría de los casos, fraternales y claras relaciones interpersonales domésticas o de confianza dentro de las cuales se cometan los hechos de violencia contra su persona o sus bienes,

c) Las hijas solo de la mujer, cuya unión de hecho ha sido legalmente declarada. Aunque sean mayores o menores de edad y residan en la casa, donde su progenitora y su agresor, hacen vida en común, no obstante que entre ellos se haya generado relaciones interpersonales o de confianza, quedaron vulnerables ante el daño que pudiera ocasionarles, por lo siguiente: primero: el agresor no es su pariente, segundo: no están comprendidas en el segundo párrafo del inciso b) del artículo tercero de la ley de la materia porque, su agresor no es cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, novio o ex novio

de su progenitora, solo está unido legalmente de hecho con ella. Nuevamente queda excluida la analogía,

d) Las hijas de la adoptada. De acuerdo al artículo número dos de la ley de adopciones, la mujer adoptada, queda protegida por la ley de la materia, porque, adquiere todo el conjunto de relaciones familiares de carácter formal que tiene la persona adoptada, es decir que el vínculo de parentesco legal se adquiere plenamente y ya no solamente entre adoptante y adoptado. La legislación nacional guarda silencio respecto de las hijas de la adoptada, el estado incumplió su deber de debida diligencia, a través del legislador, por omitir incluirlas taxativamente en la ley de la materia, como sujeto pasivo de la relación delictual, no obstante que entre ellas y su agresor, desde el inicio de la adopción, se generaron, fraternales, claras y perfectas relaciones interpersonales domésticas o de confianza dentro de las cuales se cometan los hechos de violencia contra su persona o bienes.

Con dicha exclusión, reiteramos, el estado incumplió su deber de debida diligencia, a través del legislador, por omitir, incluir a las mujeres mencionadas, en la ley de la materia como sujeto pasivo de la relación delictual, merecedoras de protección penal, contraviniendo con ello obligaciones en materia de derechos humanos, incurriendo el

estado mismo en discriminación hacia este sector de la población, siendo de urgencia la reforma legislativa en ese sentido.

Las líneas anteriores no pretenden que toda mujer sea objeto de protección penal, sino solo aquellas que mueren, o sean víctimas de violencia física, sexual, psicológica o económica, en los casos que al momento de perpetrarse el hecho haya con su agresor una relación interpersonal doméstica o de confianza o hubiese habido esa relación interpersonal doméstica o de confianza, por ser dentro de ese ámbito, en el que con más intensidad se manifiestan las relaciones desiguales de poder, considerada ésta como génesis de toda forma de violencia, discriminación y sumisión de las mismas.

Propuesta de reforma legislativa: Incluir como sujeto activo de los tipos penales normados en la ley de la materia, con el objeto de garantizarles, la vida, la seguridad, su integridad, su igualdad ante la ley penal, su derecho a vivir una vida totalmente libre de violencia, especialmente con el objeto de que el estado en cumplimiento de su deber de debida diligencia, tome las acciones necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer, así como tutelar y defender las violaciones a sus derechos humanos a: a) La mamá y hermanas, de la conviviente de hecho, es decir de la mujer no casada y cuya unión de

hecho no ha sido legalmente declarada, b) La mamá y hermanas de la mujer cuya unión de hecho ha sido declarada legalmente, c) Las hijas solo de la mujer, cuya unión de hecho ha sido legalmente declarada, d) Las hijas de la adoptada. La reforma legislativa propuesta, responde al cumplimiento del deber de debida diligencia, en líneas anteriores explicado, ya que la reforma constituirá una medida legislativa afirmativa, que tendrá por objeto, erradicar la auto discriminación en que el estado ha incurrido, por omisión, al no considerar dignas de protección a las mujeres mencionadas en la propuesta de reforma legislativa

El caso de la mujer transgénero en el contexto de la violencia de género y su posible protección legal a futuro

En este párrafo me permito mencionar otro caso, a estimar a futuro, objeto de protección legal por parte del legislador: El caso de la persona transgénero, particularmente el caso de la persona que mediante procedimientos quirúrgicos, tratamientos hormonales y médicos, cambia su sexo biológico de hombre a mujer. La legislación guatemalteca a futuro tendrá que evolucionar y normar dicho aspecto, conforme los cambios sociales que se produzcan como consecuencia de dicha situación, por cuanto que la protección legal actual, está

enfocada desde la perspectiva propia de la violencia de género entre hombres y mujeres, biológicamente puros,

Patsilí Toledo Vásquez, en su comentario denominado: ¿Tipificar el Femicidio? consultado en la página www.anuariocdh.uchile.cl, aborda el tema concretamente como sigue:

En la medida que se reconoce la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación, la legislación que busca sancionarla es legislación antidiscriminatoria, por lo cual debe extremarse el cuidado en su elaboración, a fin de evitar que estas normas, llamadas a contribuir a superar la discriminación en contra de las mujeres, puedan a su vez reproducir nuevas formas de discriminación, también por razones de género, esta vez en contra de colectivos más reducidos: contra quienes poseen una orientación o identidad sexual, simplemente, disidente

El delito de violencia económica y su confrontación con los regímenes de comunidad absoluta de bienes y comunidad de gananciales del matrimonio o unión de hecho legalmente declarada

El tipo penal denominado violencia económica, consiste en las acciones que impiden a la mujer, que se encuentra dentro del ámbito público o del privado, usar, disfrutar o disponer, verbo que implica enajenar o gravar libremente, y acceder a los bienes que por derecho les correspondan por matrimonio, unión de hecho, herencia o haberlos

comprado, así como los instrumentos necesarios para su trabajo, sus documentos personales, valores y otros recursos económicos que posea. La ley de la materia dice que comete el delito de violencia económica contra la mujer quien, dentro del ámbito público o privado, incurra en la conducta comprendida en cualquiera de los supuestos indicados del inciso a) al e) del artículo 8 de la ley mencionada.

Alfonso Brañas, página 158 y subsiguientes, explica: El código vigente reconoce las mismas clases de sistemas económicos del matrimonio que el de 1933, denominándolos: régimen de comunidad absoluta de bienes, régimen de separación absoluta de bienes y régimen de comunidad de gananciales...

Al explicar el primero, agrega:

3. Régimen de comunidad absoluta de bienes. Para Fonseca, este régimen se caracteriza porque todos...los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio, o que adquieran durante el mismo, pasan a formar un solo patrimonio, perteneciente a ambos esposos y que administra el marido...Nótese que según el criterio sustentado por Fonseca, el régimen de comunidad absoluta de bienes, da como resultado que los bienes de ambos cónyuges pasan a formar un solo patrimonio perteneciente a ambos;...El Código Civil admite el primer criterio. En efecto, dispone que en el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por la mitad al disolverse el matrimonio...No obstante, esa absorción total de bienes hacia un solo patrimonio queda atenuada en cierta forma al disponer el código que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las

indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedad, deducidas las primas pagadas durante la comunidad (art 127, Ref. por art. 11, Dto. Ley 218).

Al explicar el segundo, dice:

4. Régimen de separación absoluta de bienes. En esencia de éste régimen, en su aspecto absoluto, consiste en que “cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos” (art. 123) (200), del Código Civil

Al explicar el tercero dice:

en el cual cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que lleva al matrimonio y de los que adquiera durante él, a título gratuito, o con el valor de unos y otros, pero harán suyos por la mitad, al disolverse la sociedad legal determinados bienes (202).

Según el código civil, conforme a este régimen el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieran durante él a título gratuito o con el valor de unos y otros: pero harán suyos por la mitad, al disolverse el patrimonio conyugal, los bienes siguientes: : 1°. Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes, 2°. Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y 3°. Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria (art. 124. Ref. por art. 90, Dto. Ley 218)...Aunque la ley no lo diga con claridad, como sí lo dice respecto al régimen de comunidad absoluta, debe entenderse que en el régimen de comunidad de gananciales puede existir y en efecto existe un patrimonio conyugal (formado por los bienes comunes a los que se refiere el artículo 24 – sic) paralelamente a los patrimonios exclusivos de los cónyuges.”

El código civil al regular lo relativo a la unión de hecho, preceptúa: Los bienes comunes no podrán enajenarse ni gravarse sin consentimiento de las dos partes, mientras dure la unión y no se haga liquidación y adjudicación de los mismos. (art. 176). La unión de hecho inscrita en el Registro Civil produce los siguientes efectos: ...2° Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno

solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o permuta de su exclusiva propiedad. (art. 182). Terminadas las diligencias de cesación de la unión y satisfechas las exigencias legales, la autoridad que haya intervenido en ellas o el notario que autorice la escritura de separación, liquidación y adjudicación de bienes, dará aviso al Registro civil en que se inscribió la unión de hecho, para que se haga la anotación correspondiente.

Por el sentido de las puntos de vista doctrinarios y artículos de ley transcritos, por virtud del matrimonio o unión de hecho, sujetos al régimen de comunidad absoluta o al de comunidad de gananciales, los bienes aportados al matrimonio o unión de hecho, pertenecen al patrimonio conyugal o de la unión de hecho, pasan a formar un solo patrimonio, perteneciente a ambos, pero también, paralelo a éste patrimonio común, existen los patrimonios exclusivos de los cónyuges o partes en la unión de hecho.

Para al caso bajo análisis, excluyo lo referente al régimen de separación absoluta, debido a que éste, no riñe con el delito de violencia económica ya que cada cónyuge, o parte en la unión de hecho, conserva la propiedad exclusiva de los bienes que lleva al matrimonio y los que adquiriera durante él a título gratuito, oneroso o por cualquier otro título, y puede disponer total y libremente de ellos, en cualquier momento o por cualquier razón, sin agotar el trámite de liquidación y adjudicación de los mismos al disolverse el matrimonio o

cesar la unión de hecho, para disfrutarlos, usarlos o acceder libremente a ellos, o a disponer de los mismos, entendiéndose por disponer, la facultad de enajenar o grabar los bienes,

La confrontación entre el delito de violencia económica con los regímenes de comunidad absoluta y comunidad de gananciales, la encuentro por la rigidez del código civil y el afán de la ley de la materia, de proteger, garantizar y defender, en cumplimiento del deber de debida diligencia, el derecho de las mujer casada o unida de hecho, de disponer, usar, acceder o disfrutar libremente de sus bienes

Femicidio, autoría en la conducta típica, teoría del dominio de hecho

Cuando la acción, típica, antijurídica, culpable, responsable y punible, denominada Femicidio, es cometida por el sujeto especial, es decir, el varón, que dentro del marco de las relaciones desiguales de poder, entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, existiendo entre ellos ámbito público o ámbito privado, no hay dilema alguno, en cuanto a la determinación como autor de dicho ilícito y no hay dilema en cuanto a la determinación de su responsabilidad penal y consiguiente sanción penal. Uso al inicio, la palabra acción porque

este delito se caracteriza por el dolo específico de dar muerte a una mujer, de tal manera que no es punible el “femicidio” culposo, aunque el autor sea, autor especial. La dificultad aparece cuando son dos o más personas las que intervienen en la muerte de una fémina, y, la problemática o dilema se incrementa por tratarse de un delito especial, y que con ella no hayan tenido relaciones interpersonales de confianza o lo que es lo mismo, sin que haya existido con ella ámbito público ni privado,

Para mejorar la exposición veamos los siguientes casos:

a) Juan y María están casados desde hace cuatro años, han procreado tres hijos. Juan tiene una relación sentimental y de intimidad con Esther desde hace tres años, sin embargo se ponen de acuerdo en que María es un obstáculo para concretar la relación sentimental ya que desean unirse y vivir juntos. Ambos tienden una emboscada en horario nocturno a María, Juan la golpea en la cabeza con un objeto contundente, pierde el conocimiento y Esther dispara dos veces contra ella, uno de los disparos impactó en el corazón que le produjo la muerte inmediata y el otro disparo impacto en la cabeza,

b) Juan y María están casados desde hace cuatro años, han procreado tres hijos. Juan tiene una relación sentimental estrecha con Pedro desde

hace tres años, sin embargo se ponen de acuerdo en que María es un obstáculo para concretar la relación sentimental ya que desean unirse y vivir juntos, aun siendo varones. Ambos tienden una emboscada en horario nocturno a María, Juan la golpea en la cabeza con un objeto contundente, pierde el conocimiento y Pedro dispara dos veces contra ella, uno de los disparos impactó en el corazón que le produjo la muerte inmediata y el otro disparo impacto en la cabeza. En ambos casos Esther y Pedro nunca tuvieron una relación interpersonal de confianza con María, es decir nunca existió ámbito público ni privado entre ellos, nunca supo de la existencia de ellos. En ambos casos el forense dictaminó que la causa de la muerte fue el fuerte impacto que recibió en la cabeza con el objeto contundente y el sangrado profuso que le provocó el proyectil que le impactó el corazón

Esther para el caso a) y Pedro para el caso b) tuvieron pleno dominio del hecho, ambos tuvieron en sus manos el manejo y decisión del mismo, tuvieron en sus manos la decisión de consumir o no la muerte de María. El dolo directo de Juan, de causarle la muerte, también, es evidente.

A la teoría del dominio del hecho también se le ha denominado teoría final objetiva, es la teoría dominante, aunque no esté desarrollada en el

código penal guatemalteco, para comprender las formas de participación sobre todo en los delitos especiales, tal el caso del delito de femicidio.

Estuardo Galvez, aborda la teoría del dominio del hecho como sigue:

de conformidad con ésta teoría, autor es quien tiene el dominio del hecho mientras los que toman parte en el delito sin dominar el hecho son cómplices o inductores...Dominar el hecho quiere decir haber tenido el manejo y la decisión del mismo, haber tenido en sus manos la decisión de consumar o no el hecho; el que ha tenido el dominio del hecho en el sentido de haber tenido en su manejo y haber tenido la decisión de llevarlo a la consumación será autor...En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo, el que obra sin dolo carece del dominio del hecho, por lo tanto, el problema entre la distinción entre autores y cómplices solo se presenta en los delitos dolosos. No puede haber complicidad en los delitos culposos...para la teoría del dominio del hecho, autor como quedó indicado, es quien, como “figura central” del suceso, tiene el dominio del hecho, conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo...

Wikipedia en el enlace <https://es.wikipedia.org/wiki/Autor>, consultado el veintinueve de julio de dos mil dieciséis a las quince horas con treinta y ocho minutos, aborda el tema de la teoría del dominio del hecho, en similares términos que Estuardo Galvez, como sigue:

Concepto de autor: Cuando la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible (delito o falta) es cometida por un solo sujeto, no hay problema; la dificultad aparece cuando son varias las personas que intervienen para llevarla a cabo. Existen varias teorías para delimitar jurídicamente la autoría de un delito: Teoría extensiva: Se basa en la idea causalista de que las aportaciones de todos los que intervienen en la ejecución del acto tienen el mismo valor

(equivalencia de condiciones), de modo que se aproxima al concepto unitario de autor. Teorías restrictivas: Según la teoría subjetiva, es autor quien realice cualquier aportación causal con ánimo de ser autor, y partícipe el que realice cualquier aportación causal con ánimo de ser partícipe. El primero pretende realizar su propio hecho, el segundo quiere intervenir en un hecho ajeno. Esta teoría ha sido rechazada expresamente por la jurisprudencia española. Para la teoría objetivo-formal, el autor actúa típicamente, mientras que el partícipe no; es decir, es el primero quien ejecuta la acción siguiendo los elementos típicos, mientras que el segundo lleva a cabo una aportación causal de menor relevancia que no se puede considerar típica. Delimita la autoría de la participación, pero no supera las dificultades de la autoría mediata ni de la coautoría. La teoría objetivo-material apuesta por las doctrinas individualizadoras de la causalidad, que estiman que entre las distintas fuerzas que han contribuido a la realización del resultado se puede diferenciar entre causa y condiciones. Por ello, quien pone la causa será el autor, mientras que el que aporte solamente una condición será cómplice. La dificultad radica en distinguir entre causa y condición. La teoría del dominio del hecho, que nace con Hans Welzel, defiende que es autor aquel que por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es señor de la realización del tipo. Esto es, el autor se caracteriza por el dominio final del suceso, mientras los partícipes carecen de tal dominio. El autor domina, dirige el curso de los hechos y puede interrumpirlo; los partícipes se limitan a auxiliar.

Jaime Rodríguez, al introducir, al estudio de la teoría del dominio del hecho dice:

La teoría del dominio del hecho, constituye una forma bastante adecuada de establecer la participación del delito, y es ya el principal instrumento en el desarrollo de figuras como la del cómplice o las formas de participación intentada que observan muchas legislaciones. Sin embargo, cuando el Decreto 17-73 el Congreso de la República entró en vigencia en Guatemala, esta teoría aún no se encontraba desarrollada y en todo caso no era de aceptación universal. Los contenidos programáticos de los cursos de derecho penal no contienen el estudio de esta teoría y por lo tanto el estudiante y el profesional del derecho tiene poca oportunidad de obtener una visión científica de la participación en el delito. Es preciso confrontar con las formas de

participación en el delito que contiene el Código Penal, con la mencionada teoría del dominio del hecho ya ampliamente desarrollada en textos de derecho penal. El Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, Artículos del 35 al 40 lo que denomina “De la Participación en el (ii) delito”. Sin embargo, ninguno de estos Artículos contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación. Ahora bien, la conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo de cuerpo de leyes mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal o aplicarse el principio de accesoriedad limitada por el cual se pueda establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador...por ello, la teoría del dominio del hecho, es planteada en el presente contenido como la fórmula de solución a la problemática teórica que puede presentar la participación y en el delito y especialmente la autoría

Pero, entonces, por haber tenido Esther y Pedro, pleno dominio del hecho, porque tuvieron en sus manos la decisión de consumir o no el delito, de dar muerte a María, responden como autores del delito de femicidio, como autores del delito de asesinato, porque hubo alevosía, premeditación, ensañamiento, como autores del delito de homicidio, porque dieron muerte a una persona, o como autores del delito de parricidio por el vínculo matrimonial que existía entre Juan y María. Recordemos que se trata de un delito especial, y no pueden ser tomados como cómplices porque la conducta de ambos, se encuentra en la denominada, por Estuardo Gálvez, autoría inmediata, porque dominaron la acción, son coautores con Juan a través del dominio funcional del hecho, que consiste en compartir el dominio con otro u

otros sujetos y porque se pusieron de acuerdo para consumar el delito, su conducta comprende la denominada por Estuardo Gálvez, autoría mediata, porque dominaron el hecho a través del dominio de la voluntad de otro,

El diplomado de transversalización de género y análisis normativo de violencia contra la mujer, módulo II, La protección de la vida e integridad de las mujeres desde la perspectiva de género, página 40, considera a Esther y a Pedro como autores del delito de femicidio, al igual que Juan, aunque no reúnan las características especiales del sujeto activo especial, es decir Juan, son responsable de femicidio, en atención a las reglas de participación, pues opera el principio de unidad del título de imputación,

Aborda el tema como sigue:

Participación. El delito de femicidio admite las diversas formas de participación contenidas en el artículo 35 del código penal...respecto a las reglas de participación es importante advertir que el sujeto activo –Pedro o Esther- que no reúne las condiciones exigidas por el tipo penal para la configuración de la conducta típica, es atraído por las circunstancias especiales del co autor o co partícipe que sí las reúne –Juan-, es decir, aún en aquellas conductas penales en que se requiere un autor especial o características particulares de éste, como en el parricidio, la persona ajena al vínculo exigido para la configuración de ese delito, sería co autora o partícipe del mismo, pues se ve atraído por el sujeto activo que si reúne la condición exigida por la norma. De esa cuenta, los coautores o copartícipes que no reúnen las características especiales del sujeto activo –Juan- configurarían el

hecho delictivo, de aquel que sí reúne las condiciones; por lo que la persona coautora o partícipe en la comisión de un delito de femicidio que no reúna las condiciones especiales exigidas para el autor, sería responsable de éste tipo de delitos en atención a las reglas de participación, pues opera el principio de unidad del título de imputación.

En consecuencia Esther y Pedro, responderán como autores, co autores o co partícipes, al igual que Juan, del delito de femicidio, en agravio de María.

Eduardo Cauhapé-Cazaux, Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco, Teoría del delito, páginas 43 y 129 opina lo contrario, al tratar el asunto dice:

Sujeto activo. Es el o las personas que realizan la acción descrita en el tipo y a quien o a quienes se sanciona con una pena. Por ejemplo, en el homicidio, el que mata, en el robo quien roba, etc. En función de los requisitos exigidos al sujeto activo, los delitos pueden ser calificados como comunes o especiales. a) Delitos comunes: Son aquellos que no requieren ninguna cualidad especial en el autor. Pueden ser cometidos por cualquier persona. Por ejemplo cualquier ciudadano puede cometer un delito de lesiones, b) Delitos especiales: El tipo exige unas cualidades especiales en el sujeto activo del delito. Autor de estos delitos sólo puede serlo aquella persona, que además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo. Dentro de los delitos especiales se distinguen: ° En sentido propio: Son aquellos que no tiene correspondencia con uno en común; la acción descrita solo la puede realizar la persona que tenga esa cualidad. Por ejemplo, el prevaricato de los artículos 462 y 463 del Código Penal, solo podrá ser cometido por un juez. ° En sentido impropio: tienen correspondencia con uno común, pero la realización de determinadas personas hace que se convierta en tipo autónomo distinto a un tipo derivado: el parricidio o el infanticidio respecto al homicidio. Estos delitos plantean problemas cuando participan personas que no reúnen las cualidades exigidas

en el tipo. Por ejemplo, María ayuda a Alberto a matar a su esposa Claudia.
¿Responderá María por homicidio o por parricidio?

En el punto 6. PROBLEMAS CONCRETOS EN LA PARTICIPACION, dicho autor dice:

La participación en delitos especiales. En los delitos especiales impropios (por ejemplo el parricidio respecto al homicidio), se plantea el problema de qué manera se trata a los partícipes. Pedro mata a su padre ayudado por Juan. ¿Responderá Juan por parricidio o por homicidio?. El código en su artículo 30 da una solución para las agravantes y atenuantes que es perfectamente aplicable a estas situaciones. La diferencia habrá que buscarla en el carácter de la circunstancia. Las circunstancias que consistan en factores personales del delincuente (estado de emoción violenta) o que resulten de sus relaciones personales con el ofendido (parentesco), no se comunican a los codelincuentes. Sin embargo, las que resultaren de la ejecución material del hecho delictuoso (alevosía), o de los medios empleados (veneno) solo se aprecian respecto de aquellos partícipes que tuvieron conocimiento de ellas antes o durante la ejecución del hecho. Acota, de esta manera, en el ejemplo anterior, Juan responderá como partícipe de un delito de homicidio.

No comparto el criterio de Eduardo Cauhapè-Cazaux, porque Juan, tuvo en sus manos el dominio del hecho, es co autor, y aunque no reúna las características especiales de Pedro, -es decir hijo, conocedor del vínculo-, configurarían las características de aquel, que si las reúne, por lo que Juan aunque no reúna las condiciones especiales exigidas para el autor, sería responsable del delito de parricidio en atención a las reglas de participación, pues entre él y Pedro, opera el principio de unidad del título de imputación. Como ocurre para el caso del delito de femicidio.

Propuesta de reforma legislativa: Sin incurrir en ilícito, hago más las letras de Estuardo Gálvez, y Jaime Rodríguez, el primero dice que la teoría del dominio del hecho, es la que hace poco se ha constituido en la posición dominante, el segundo dice,

que ha llegado a constituir, herramienta útil, para establecer la participación en los delitos especiales, y es ya el principal instrumento en el desarrollo de figuras como la del cómplice o las formas de participación intentada que observan muchas legislaciones. Con base a dichas letras, propongo reforma del código penal, para que la teoría del dominio del hecho sea desarrollada, sistemáticamente en el mismo, normando lo relativo a los delitos especiales, siendo preciso mediante dicha reforma, confrontar con las formas de participación en el delito que contiene el Código Penal, con la mencionada teoría del dominio del hecho ya ampliamente desarrollada en textos de derecho penal, toda vez que el código penal, en los artículos del 35 al 40 regula lo que denomina “De la Participación en el (ii) delito”. Sin embargo, ninguno de estos Artículos contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación. Ahora bien, la conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo de cuerpo de leyes mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal o aplicarse el principio de accesoriedad limitada por el cual se pueda establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador...por ello, la teoría del dominio del hecho, es planteada en el presente contenido como la fórmula de solución a la problemática teórica que puede presentar la participación y en el delito y especialmente la autoría.

Propio: La reforma debe incluir los artículos correspondientes que permitan, aplicar la teoría del dominio del hecho a todos los delitos especiales, particularmente a los delitos regulados en la Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Violencia Psicológica, delito de mera actividad o de resultado, criterio de la Corte de Constitucionalidad, del incumplimiento del deber de debida diligencia por parte de Cámara Penal

La discusión en este punto se debe a la disyuntiva que sea generado, porque doctrina importante considera el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica como un delito de mera actividad, y la Corte de Constitucionalidad lo considera un delito de resultado.

Eduardo Cauhapè-Cazaux, explica, el delito de resultado y el delito de mera actividad, como sigue:

Partiendo de la acción se puede distinguir entre delitos de resultado y de mera actividad. a) Delitos de Resultado: En estos delitos, junto a la acción del sujeto activo, se requiere un resultado posterior, que no se produce necesariamente al finalizar el autor todos los actos tendientes a producirlo. El delito no se consuma con la sola actuación del autor, sino que además, debe producirse un resultado posterior que escapa al dominio absoluto del autor. Por ejemplo, en el delito de homicidio, el delito no se consuma con que el autor tome un revolver y dispare contra otra persona; además es necesario que esta persona fallezca, b) Delitos de mera actividad: Son los delitos que se consuman con la realización de la acción por parte del autor. No es necesario un resultado posterior separable, espacio-temporalmente de la acción. La última actividad del autor consuma el delito. En otros términos, en los delitos de mera actividad, si el autor “hace todo lo que debe” el delito se consuma, mientras, que en los de resultado, además es necesario que se produzca el

resultado descrito en el tipo. Un delito de mera actividad es la portación ilegal de armas, por cuanto basta que el autor porte armas sin licencia para que se tenga por consumado el delito. Si bien guardan cierta relación, no hay que confundir esta clasificación con la que se hizo entre delitos de lesión y peligro al bien jurídico. Los delitos de resultado generalmente son delitos de lesión al bien jurídico, por ejemplo los delitos contra la vida y, los delitos de mera actividad, suelen ser de peligro, como la portación ilegal de armas. Sin embargo hay delitos de mera actividad que son de lesión al bien jurídico. La violación del artículo 173 es un delito de mera actividad, por cuanto se consume con la realización de todos los actos por el autor (penetración) sin que sea necesario un resultado adicional, siendo, también un delito de lesión al bien jurídico “libertad sexual.” (2002 pág. 44)

Es delito de mera actividad también, el de conspiración para el plagio o secuestro, pues para que se tenga por consumado, los sujetos activos, solo necesitan conspirar, es decir ponerse de acuerdo para secuestrar a una persona, aunque no la aprehendan nunca ni llegue el momento de solicitar una cantidad dineraria para su liberación, se consume dicho ilícito solamente por conspirar, para secuestrar a una persona. Igual sucede con el delito de asociación ilícita, pues solo se tiene por consumado, con la mera actividad de los sujetos activos, de integrar una asociación, sin necesidad de delinquir para tener por consumado uno de los delitos contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Pero para el caso de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, no obstante que la doctrina dominante lo considera un

delito de mera actividad, la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de jurisprudencia lo considera un delito de resultado.

Veamos el criterio que considera el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, solo como un delito de mera actividad, es decir que no requiere un resultado para tenerse por consumado.

El diplomado de transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer, módulo II, la protección de la vida e integridad de las mujeres desde la perspectiva de género, dice:

Para establecer los alcances de la conducta típica del delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica, debe integrarse el artículo 7 con lo dispuesto en el artículo 3 numeral m...a partir de allí, el núcleo de la conducta típica del delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica quedará expresada de la siguiente manera, y menciona dicho artículo e inciso...agrega: a partir de la estructura típica, se advierte que la misma no exige la materialización de ningún resultado. (2013 pág. 19)

La doctrina dominante, considera el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica como un delito de mera actividad- con lo cual el delito se considera por consumado, en el momento en que se ejecutan las acciones que “puedan”, |producir daño o sufrimiento psicológico o emocional, o bien “pueda”, provocar un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos, siempre que las acciones tenga por objeto: intimidad, controlar, o menoscabar la auto estima de la víctima...derivado de ello, el delito que es de los clasificados en la doctrina como DE MERA ACTIVIDAD, se tiene por consumado cuando el sujeto activo realiza las acciones directas o indirectas en contra de la víctima, sin perjuicio de que las acciones dirigidas en contra de las hijas o hijos o familiares dentro de los

grados de ley constituyan actos delictivos por si mismos, que conforme a la estructura típica puede estar orientado a: ° Intimidar a la víctima, ° menoscabar la auto estima de la víctima, ° Controlar a la víctima.

En consecuencia para que el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica se configure, basta que el sujeto activo ejecute las acciones previstas, con el objeto de controlar, intimidar o menoscabar la auto estima de la víctima. Resulta innecesario la acreditación del daño producido a la víctima pues la estructura del tipo penal, solamente comprenden que las acciones ejecutadas por el sujeto activo: “Puedan”, puedan producir, daño o sufrimiento psicológico o emocional a la víctima, a las hijas o hijos, “Puedan” provocar el progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos de la víctima. Acota: A partir de lo exigido por la norma se torna innecesario el desarrollo de peritajes psicológicos a la víctima, para acreditar la existencia de un resultado que la norma no exige para la materialización de la conducta delictiva.

Notemos que la doctrina mencionada considera el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica como un delito de mera actividad, y que no es necesario acreditar mediante el peritaje psicológico del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, un resultado que la norma no exige.

Por su parte la Corte de Constitucionalidad, no considera el delito de Violencia contra la mujer en su manifestación psicológica como de mera actividad, lo considera como delito de resultado, veamos en su parte conducente la sentencia del 4 de octubre de 2011, dictada en el expediente de Inconstitucionalidad en caso concreto número 4274-2009:

...por su parte, en el caso específico del delito de violencia psicológica, los jueces llamados a dictar sentencia deberán contar con los respectivos dictámenes emitidos por expertos de la materia, mediante los cuales logren concluir si, en efecto, se ha producido, y se refiere al resultado previsto en la norma- daño o sufrimiento psicológico o emocional, determinando, de ser el caso, si la conducta concreta que se atribuye al procesado ha sido de tal naturaleza y carácter como para ocasionar en la víctima, intimidación, menoscabo de su auto estima o control a que alude la norma penal, debiendo establecer, a la vez, si ésta última, de acuerdo a su personalidad y su situación emocional, socio-cultural y familiar, en el caso de ser sometida a tales escenarios, podría sufrir o ha sufrido, efectivamente, ese progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos que exige el tipo penal para los efectos de apreciar consumado el delito en referencia. En igual sentido la Corte de Constitucionalidad se pronunció en sentencia del 14 de junio de 2012, dictada en el expediente de Amparo en única instancia número 3676-2011.

Compartimos que el delito de violencia psicológica no es de mera actividad, es delito de resultado, en una ocasión se tuvo la oportunidad de intimar al sujeto activo el hecho punible, que se resume así, por supuesto, dicho hecho, contenía las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo menciono solo en función del delito bajo análisis:

....Usted ha sometido a su esposa, a un clima emocional, que hace evidente que ella ha sufrido de una dinámica violenta repetitiva, que se caracteriza por maltrato verbal, en el que usted a través de sus acciones, la ha deshonrado, la ha menospreciado como persona y principalmente como mujer, la ha amenazado de muerte, la ha humillado, ha abusado de su autoridad como esposo, se ha aprovechado de su vulnerabilidad, la ha privado de medios económicos

indispensable para su subsistencia, lo cual ha dañado su salud mental, cuando usted le pedía sus cosas, sólo hablaba una vez y si no le escuchaba, le pegaba, le decía que se iba a trabajar al monte y que lo buscara y que lo tenía que encontrar, le decía que la seña era que iba a dejar ramas en el monte, a veces tenía que caminar hasta dos horas hasta encontrarlo y si no lo encontraba le pegaba, la ponía a acarrear madera y a descargar el caballo, a veces le pegaba nada más porque sí, la obligaba a hacer varios viajes para cargar madera, una vez que le dijo que la había mordido el caballo, usted sólo le respondió que era una pendeja, cuando ella se enfermaba nunca hacía algo para curarla, solo la trataba de pendeja, a cada rato le alegaba y la trataba muy mal, en una ocasión le pegó enfrente de unos muchachos y le sacó sangre en la cabeza y se fue, cuando ella le preguntó a los muchachos si sabía porque le había pegado, le respondieron que usted les había dicho que era para que aprendieran como dominar a la mujer y que sólo una vez debía hablarle a la mujer, la ha amenazado de muerte constantemente, al grado de tenerse que esconder, a veces hasta tenía que amanecer en el monte para esconderse de usted; a consecuencia del clima emocional al cual usted ha sometido a su esposa, ella presenta Daño Psíquico, Daño psicológico y sufrimiento emocional significativo, y presenta un deterioro en su aspecto psicológico, ya que dicha dinámica violenta se ha traducido en un lento e insidioso proceso irreversible de destrucción

de su personalidad que merma su estabilidad emocional, menoscaba de forma irreversible su auto estima, las acciones por usted han sido con el objeto controlarla e intimidarla, y puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

Dentro de los medios de investigación, en mi calidad de Auxiliar Fiscal, incorporé el peritaje del psicólogo del Instituto Nacional de Ciencias Forenses con sede en San Marcos, el hecho anterior lo extraje de las conclusiones contenidas en dicho peritaje.

Me llamó la atención que en una de las conclusiones a las que había arribado al perito, indicaba que, la agraviada, no solo presentaba daño psicológico y sufrimiento emocional significativo, menoscabo de su auto estima, intimidación, control y podía sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos, sino que además presentaba, daño psíquico.

La psicóloga Evelyn Rubí Jeréz Estrada, me explicó con claridad que, la palabra psiquis, deriva del griego que significa alma, y que cuando una persona presenta daño psíquico, no solo ha sufrido daño psicológico o sufrimiento emocional, sino que a consecuencia del clima de violencia al cual había sido sometida por el sujeto activo, además, su alma se encontraba dañada, y el alma es la parte de una

persona que no se ve porque es inmaterial, es interna, pero que forma parte de ella misma, como esencia, por lo mismo, cuando la parte interna de una persona se encuentra dañada, ese daño es totalmente irreversible, para reparar su alma, la agraviada, tenía que nacer de nuevo y ser tratada de manera distinta para que nunca sufriera daño en su psiquis, es decir, su alma.

Afortunadamente el sujeto activo quedó ligado a proceso penal por el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, y en su manifestación psicológica, sin embargo, solo será condenado a una pena de cinco a doce años de prisión, por el delito de violencia física, no podrá imponérsele, además, una pena cinco a ocho años de prisión por el delito de violencia psicológica, es decir no puede ser penado dos veces, porque, de esa manera se violenta el principio non bis in ídem, según cámara penal,

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sentado la siguiente doctrina:

- a) Sentencia del 9 de abril de 2,012, expediente 918-2012. Carece de fundamento jurídico la subsunción de un mismo hecho en dos delitos cuando se afecta a una sola persona y se lesiona un solo tipo delictivo, porque atenta contra el principio de ne bis in ídem al poner un mismo hecho varias veces a cargo del mismo autor. Este es el caso cuando el tribunal sentenciante tipifica dos delitos de violencia contra la mujer con base en que el artículo 7 de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, que lo define,

establece penalidades distintas, según se de por violencia física o sexual, o por violencia psicológica, ya que, el desvalor delictivo plasmado en los elementos del tipo que contiene una mayor pena destruye o extingue el que corresponde al que tiene la menor pena, en este caso el que se configura por violencia psicológica. Para arribar tal conclusión consideró: El hecho del juicio acreditado por el tribunal de sentencia consiste en que el sindicado agredió física y psicológicamente a la agraviada, y de aquí que el tribunal desprende que cometió dos delitos...el juicio de este tribunal es que, considerar que hay dos delitos porque se acreditan dos causas que lesiona el artículo 7 de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, habiendo una sola ofendida por un mismo hecho, es tanto, como si pudiese haber tal concurso, en el caso de un asesinato que se califica como tal por más de una agravante de las que establece el artículo 132 del Código Penal. Es decir, que no puede condenarse por doble asesinato a quien matare a una persona, con la sola justificación de que concurre más de una causa calificante.

Los elementos objetivos del delito de violencia contra la mujer, se resumen, simplemente en que se ejerza violencia contra ella, y el delito se configura con una sola de las formas en que esta se realice, es decir, puede haber solo violencia física, o solo psicológica y el delito se consuma, siempre que se den las circunstancias que el propio artículo desarrolla. Lo que importa es establecer que, si se da más de una forma de esa violencia, ello no significa que se cometan dos delitos, pues por un mismo hecho, no se puede condenar por violencia contra una sola mujer y con violación de la misma norma jurídico penal sustantiva...en este caso el criterio dogmático penal para resolver es el de la consunción, pese a que no se han violado dos normas penales. Ello porque, según se deduce de su racional interpretación el apotegma penal *non bis in ídem*, imposibilita que un hecho pueda ponerse varias veces a cargo del mismo autor, y éste apotegma se vulneraría si se sancionase cada uno de los aspectos que una misma conducta jurídica pudiera penalísticamente ofrecer. Finalmente declaró al sujeto activo, responsable del delito de violencia contra la mujer en su forma física y psicológica y por tal hecho antijurídico lo condenó a cinco años de prisión conmutables,

b) Sentencia del 4 de febrero de 2,013, expediente 1918-2012. Se vulnera el principio *non bis in ídem*, cuando un hecho que lesiona una sola norma penal se castiga doblemente, por la circunstancia de que se realizan dos de los supuestos de hecho contenidos en el tipo, que califican la conducta como violencia contra la mujer. Este es el caso cuando, se condena, por violencia física y psicológica contra la mujer, siendo que, el desvalor delictivo de la

conducta que tiene asignada menor pena se subsume en el desvalor delictivo de la acción que tiene una pena mayor. Para arribar a esta conclusión consideró conducentemente:

El sentenciante acreditó violencia física y psicológica en forma continuada, en contra de la agraviada x, pero, no puede haber concurso de delitos, tratándose de un mismo hecho y de una misma ofendida...se incurrió en un error al determinar la existencia de dos delitos...por lo anterior queda claro que, se consuma el delito de violencia contra la mujer, simplemente por ejercer violencia contra ella, ya sea física, sexual o psicológica por ese motivo debe interpretarse que, si concurre más de una de las formas de violencia, no significa que se cometen dos hechos delictivos, como en el presente caso (física y psicológica) porque se lesiona siempre la misma norma (artículo 7 de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer).

El artículo en referencia distingue las penas a imponer, ya sea por violencia física o sexual (cinco a doce años de prisión), y violencia psicológica (cinco a ocho años de prisión), por lo que corresponde establecer cuál es la pena a imponer, dado que la tipificación es únicamente violencia contra la mujer...de allí que, el criterio jurídico correcto es condenar por un solo delito, aplicando la pena más alta, ya que de lo contrario, se lesionaría el principio non bis in ídem. En ese sentido el supuesto fáctico que se considera para condenar es el de violencia física y la pena a aplicar debe determinarse dentro de la escala señalada en el artículo 7.

La Cámara penal terminó declarando al sujeto activo, autor responsable del delito de violencia contra la mujer en su manifestación física en forma continuada, le impuso la pena de seis años con ocho meses de prisión incommutables.

No le asiste razón a cámara penal, no existe violación al apotegma non bis in ídem, porque aunque se trate de la misma ofendida, y de la misma norma penal, los bienes jurídicos tutelados son distintos:

a) Para el delito de violencia física, la norma pretende proteger y garantizar la seguridad física y jurídica de la mujer, su integridad, su libertad, su igualdad ante la ley penal, principalmente su derecho a vivir una vida totalmente libre de violencia,

b) Para el delito de violencia psicológica, la norma pretende protegerla de maltrato verbal, descalificación, amenazas, intimidaciones, chantaje emocional, acciones de control, prohibiciones, manifestaciones de celos, para garantizar su salud mental, su seguridad e integridad personal, de manera que dichas acciones no produzcan en ella daño o sufrimiento psicológico o emocional y que sometida a dicho clima de violencia pueda sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos,

c) Para el delito de violencia sexual, la norma pretende protegerla de acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, acciones como el acoso sexual, obligarla o coaccionarla a adoptar comportamientos sexuales,

ante objetos y situaciones que no forman parte de los patrones sexuales normales, generar en ella una anomalía en la elección del estímulo adecuado para la excitación sexual, obligarla o coaccionarla al exhibicionismo, al voyerismo, al froteurismo propio o recíproco, al fetichismo, al sadismo propio o recíproco, al masoquismo propio o recíproco, obligarla a masturbarse o al agresor, obligarla a la zoofilia, coprofilia, necrofilia, a sostener sexo por teléfono, sexo oral, o anal, coaccionarla a ver o imitar pornografía, dirigirle piropos abusivos, o incluso obligarla durante la relación sexual o íntima a desempeñar un rol o papel distinto de su propio sexo biológico, los tocamientos y caricias no deseados; exhibicionismo y voyerismo; las expresiones verbales o corporales sexuales intimidantes; piropos abusivos, manoseo aun en la calle por desconocidos, exigencia o inducción a realizar actos sexuales con otras personas (tríos, intercambio de pareja sexual), exigencia, dentro de la relación de pareja de tener relaciones sexuales, incluyendo, la humillación sexual, la prostitución forzada, la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto natural, como artificial y del derecho a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual.

Si a una mujer le produce, el sujeto activo daño físico severo, supongamos fracturas en ambas piernas, luego la somete a maltrato,

humillación, descalificación, prohibiciones, manifestaciones de celos, acciones de control, daño su salud mental, disminuye su auto estima, genera en ella daño psicológico o sufrimiento emocional, y luego es forzada a prostituirse y además le prohíbe su derecho a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual, Cámara penal, solo condenaría al sujeto activo por el delito de violencia física, por subsumir ésta, la violencia psicológica y la violencia sexual, pues es la que tiene asignada una pena mayor, quedando impunes dichas acciones, bajo el argumento de que el apotegma, non bis in ídem, resultaría violentado.

Qué sentido tiene que el legislador haya asignado una pena para cada manifestación de violencia si al final solo la pena mayor será aplicada.

De la forma descrita Cámara Penal, incumple su deber de debida diligencia, y de acuerdo al artículo 12 de la ley de la materia, el estado de Guatemala, se reserva el derecho de repetir contra ellos, por las acciones u omisiones en que incurran como funcionarias o funcionarios públicos que...nieguen el cumplimiento de las sanciones previstas en la presente ley.

Propuesta de reforma legislativa: Separar sistemáticamente en la ley de la materia, del artículo 7, el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física y asignar en el mismo artículo la pena a imponer al responsable de dicho ilícito, separar del artículo 7 el delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica y asignar en el mismo artículo la pena a imponer al responsable de dicho ilícito y separar del artículo 7, el delito de violencia contra la mujer en su manifestación sexual y asignar la pena a imponer al autor de dicho delito.

Notemos que la violación al apotegma *non bis in ídem* que pregona cámara penal, no ocurre con el delito de violencia económica, precisamente porque no está incluido en el artículo 7 de la ley de la materia, está separado, regulado en el artículo 8 de la misma.

De estar también incluido, en delito de violencia económica en el artículo 7 de la ley de la materia, también, aseguraría cámara penal que hay violación al apotegma *non bis in ídem*.

Conclusiones

El espíritu de la ley de la materia, está basado en normas de derecho internacional que protegen los derechos humanos de la mujeres.

El rango que tienen los derechos fundamentales de las mujeres dentro del catálogo de derechos o garantías a proteger por parte del estado, es de carácter superior.

El Estado de Guatemala incurre en responsabilidad solidaria penal internacional si incumple con su deber de debida diligencia, se reserva acción de repetición contra sus agentes que incumplan con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres.

Los elementos circunstanciales de hecho o de derecho, incluidos en este trabajo permiten encuadrar, sin error, la conducta atípica del sujeto activo.

El párrafo final del inciso d) del artículo tercero de la ley de la materia, viola el principio de legalidad, por error legislativo, por su contenido penal indeterminado.

El inciso n) del artículo tercero de la ley de la materia viola el principio

de legalidad, por error legislativo, por su contenido penal indeterminado.

La ley de la materia, incurre en auto discriminación al excluir de protección penal a cierto sector de la población femenina guatemalteca, incluyendo a futuro a la mujer trans género.

El delito de violencia económica, está en crisis por la rigidez del código civil, en cuanto a los alcances jurídicos de los regímenes del matrimonio: comunidad absoluta de bienes y comunidad de gananciales.

La teoría del dominio del hecho, debe ser regulada sistemáticamente en el Código Penal, para deslindar con precisión las formas de autoría y co autoría, y se regule de tal manera que sea aplicable a las formas de participación previstas en la ley de la materia.

La violencia psicológica es delito de resultado, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia viola el principio del deber de debida diligencia.

Referencias

Obras

Brañas, A. (1998). *Manual de derecho civil*. Primera Edición, Editorial estudiantil Fenix

Cauhapé-Cazaux, Eduardo (2002). *Apuntes de derecho penal guatemalteco*. Segunda edición. Fundación Myrna Mack.

De León, H. y de Mata J. (2004). *Derecho Penal Guatemalteco*. Décima quinta edición. Editorial estudiantil Fenix.

Galvez, E. *La participación en el delito*. Sin año ni nombre de editorial.

Tesis

Rodríguez, Jaime. (2007). *Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en el derecho penal guatemalteco*. Tesis de graduación

Legislación

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

Corte de Constitucionalidad. *Constitución Política de la República de Guatemala con Notas de Jurisprudencia*, (2014).

Congreso de la República de Guatemala. *Convención sobre todas las formas de eliminación de discriminación contra la mujer. CEDAW. Decreto 49-82 –aprobación-*

Congreso de la República de Guatemala. *Convención Interamericana, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem Do Pará). Decreto 69-94 –aprobación-*

Congreso de la República de Guatemala. *Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Decreto 22-2008. Comentarios y concordancias por M.S Hilda Morales Trujillo y Licenciada Annabethsy Leonardo*

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

Enrique Peralta Azurdia. *Código Civil. Decreto Ley 106*

Diccionarios:

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta. Versión digital.

Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Editorial Heliasta S.R.L

Real A. E. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Tomo II. España. Mateu-Cromo. Artes Gráficas.

Diplomados:

Diplomado de transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer, 2013, Módulo II, *La protección de la vida e integridad de las mujeres desde la perspectiva de género*, Ministerio Público

Diplomado de transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer, junio 2014, Módulo 3, *La protección de la libertad e indemnidad sexual de las mujeres desde la perspectiva de género*, Ministerio Público

Jurisprudencia:

Corte de Constitucionalidad. *Inconstitucionalidad de leyes y reglamentos y disposiciones de carácter general*. Sentencia del 17-09-86, Expediente 12-86

Corte de Constitucionalidad. *Inconstitucionalidad en caso concreto*. Sentencia del 04-10-2011, Expediente 4274-2009

Corte de Constitucionalidad. *Sentencia de Amparo de fecha 14 de junio de 2012*. Expediente 3676-2011

Corte Suprema de Justicia. Cámara de Amparo. *Sentencia en Recurso de Casación*. Fecha 09-04-2012. Expediente 918-2012

Corte Suprema de Justicia. Cámara de Amparo. *Sentencia en Recurso de Casación por motivo de fondo y forma*. Fecha 04-02-2013. Expediente 1918-2012

Enlaces:

Toledo, Patsilí. *¿Tipificar el femicidio?* www.Anuariocdh.uchile.cl, consultado el veintinueve de julio de dos mil dieciséis a las quince horas

Wikipedia, *Teoría sobre el dominio del hecho*. <https://es.wikipedia.org/wiki/Autor>, consultado el veintinueve de julio de dos mil dieciséis a las quince horas con treinta y ocho minutos,