

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross, a castle, and a lion. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERA".

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO
DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSOS
DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS
EN LA CALIFICACIÓN DEL TIPO PENAL
CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE**

MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN
Y ABUSOS DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS EN LA CALIFICACIÓN
DEL TIPO PENAL CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE**

TESIS

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

Por

MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2007.



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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic. Héctor David España Pineta
Secretario:	Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Rudy Roderico Ramos Figueroa
Vocal:	Lic. José Efraín Ramírez Higueros
Secretario:	Lic. Ronald David Ortiz Orantes

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



CORPORACION DE ABOGADOS

Licenciado Rodolfo Giovanni Celis López

Guatemala, 8 de febrero del 2007.

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

Señor Licenciado:

En atención a providencia de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha ocho de noviembre del dos mil seis, en la que se me nombra Asesor de Tesis del Bachiller **MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**, y oportunamente proceda a emitir Dictamen correspondiente.

Atentamente le informo que **ASESORÉ** la tesis del Bachiller **MANUEL AMILCAR GONZALEZ RODRIGUEZ**, la cual se intitula: **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS EN LA CALIFICACIÓN DEL TIPO PENAL CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE"**.

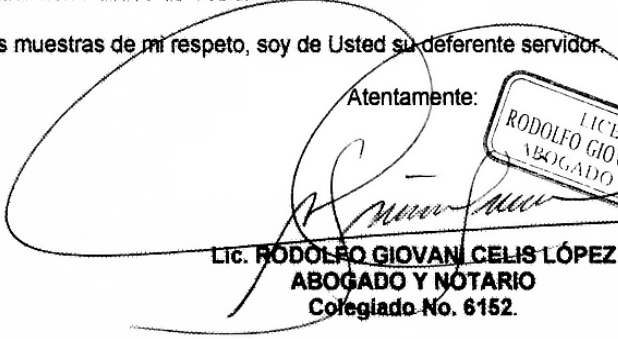
Es de indicar que el contenido científico del trabajo es de carácter jurídico dentro del ámbito del Derecho Penal, en el cual se desarrolla un estudio jurídico doctrinario de las figuras del tipo penal, de la violación y de los abusos deshonestos, la teoría del delito, así como la incidencia de la calificación del tipo penal cuando el sujeto pasivo es un hombre.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; se hizo uso de los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo, las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución al desarrollo del Derecho Penal, la investigación es de suma importancia.

Asimismo se procedió a hacerle algunas correcciones para el mejor desarrollo de la tesis, con el único objeto de tener una mejor visión sobre el contenido de la misma; por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena todos los requisitos que exige el reglamento para el examen técnico profesional y público de tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE** y que es procedente ordenar se nombre el revisor respectivo y oportunamente su impresión y el Examen Público de Tesis.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente:


LIC. RODOLFO GIOVANNI CELIS LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 6152.





UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) CARLOS DE LEÓN VELASCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**, Intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS EN LA CALIFICACIÓN DEL TIPO PENAL CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



CORPORACION DE ABOGADOS

Licenciado Carlos Humberto de León Velasco



Guatemala, 15 de marzo del 2007.

Señor:

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

Distinguido Señor:

En atención a providencia de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veinte de febrero del dos mil siete, en la que se me notifica nombramiento como Revisor de Tesis del Bachiller **MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**, y que oportunamente emita el dictamen correspondiente; habiendo cumplido con revisar el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

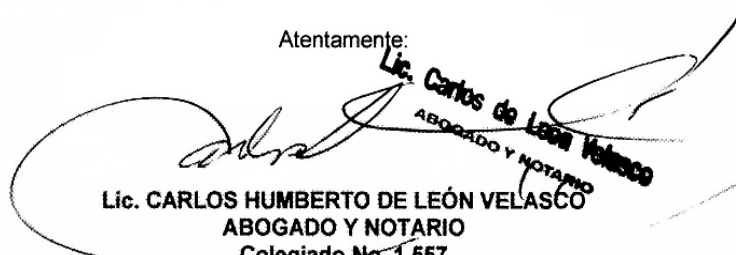
- a) El trabajo de tesis se intitula **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS EN LA CALIFICACIÓN DEL TIPO PENAL CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE"**.
- b) El tema que investiga el Bachiller **MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**, es un tema importante, actual, innovador, sobre el Derecho, en especial sobre el Derecho Penal, la Teoría del Delito, los delitos de Abusos Deshonestos y la Violación, y en especial el estudio cuando el sujeto pasivo es un hombre.
- c) Para el cumplimiento del tema se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base para razonar el estudio jurídico-doctrinario del tema, habiéndose utilizado los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental se encuentra acorde al mismo.
- d) Durante el tiempo en que duró la revisión de la investigación, se discutieron ciertos puntos del trabajo, los cuales colegimos; y así también comprobé que se hizo acopio de una Bibliografía bastante actualizada; el trabajo correspondiente llena todos los requisitos que exige el reglamento para examen técnico profesional y público de tesis.
- e) En virtud de lo anterior concluyo informando a Usted, que procedí a asesorar el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I) Que en el trabajo Revisado cumple con los requisitos legales exigidos.
- II) Que es procedente ordenar su impresión y oportunamente el Examen Público.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

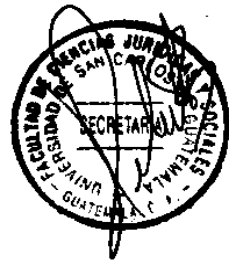
Atentamente:


Lic. CARLOS HUMBERTO DE LEÓN VELASCO
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 1,557

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de agosto del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MANUEL AMILCAR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS Y SUS INCIDENCIAS EN LA CALIFICACION DEL TIPO PENAL CUANDO EL SUJETO PASIVO ES UN HOMBRE" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh





DEDICATORIA

A DIOS:

Fuente de sabiduría, que ha guiado e iluminado mi camino, me ha dado la fuerza de resistir las tribulaciones y vencer la adversidad.

A LA VIRGEN MARÍA:

Por ser madre, mujer y ejemplo de resistencia y de lucha.

A MIS PADRES:

Jovita Rodríguez Castillo de González, Manuel de Atoche González Gómez. Mis más sinceros agradecimientos por su amor y apoyo incondicional en los momentos más difíciles y por formar en mí, la persona que orgullosamente soy.

A MIS HERMANOS:

José Manuel González Rodríguez (Q.E.P.D), una plegaria. Licda. Judy González Rodríguez y Roxana Anabella González Rodríguez. Con quienes comparto este triunfo y que les sirva de estímulo, para seguir adelante en todos sus proyectos de vida, que luchen por lograr sus metas y así forjarse un futuro mejor.

A MI AMADA ESPOSA:

María Mercedes López Félix de González, gracias por la paciencia y confianza puesta en mí.

A MIS HIJOS:

Bryan Amilcar González López, Christian Carlos Manuel González López; porque han sido el regalo más grande que Dios me ha dado, que este triunfo sea ejemplo digno de imitar.

A MIS SUEGROS:

Con cariño especial.

A MIS CUÑADAS Y CUÑADOS:

Con mucho cariño.



A MIS SOBRINOS:

Que mi triunfo sirva de ejemplo para su futura formación.

A MIS ABUELITOS:

Con todo mi amor y respeto.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con mucho cariño.

MUY ESPECIALMENTE:

A los licenciados José Vicente Saravia Toledo, Rudy Iván Hernández Molina y Reyes Eleázar Ochoa Solís; y José Manuel Ríos, por su amistad y apoyo, brindados en mis labores cotidianas.

A MIS GRANDES AMIGOS:

Licenciados: Rodolfo Ramos Galicia, Carlos Enrique De León Córdova, Carlos Humberto De León Velasco, Rodolfo Giovanni Celis, Rossana Maribel Mena, Omar Ramírez, Héctor Orozco, Menfil Fuentes, Byron Tánchez Urbina, José Edwin Recinos, Adolfo Xutuc, gracias por su amistad y apoyo.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

Gracias por la comprensión y apoyo brindados.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Jorge De León Espinoza y Ariel Morales Hernández.

A MI PATRIA GUATEMALA:

País de la eterna primavera, forjadora de mis anhelos profesionales.

A MI HUEHUETENANGO:

Tacita de plata que me vio nacer.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, casa superior de estudios, forjadora del intelecto de grandes personalidades y por quien obtengo este fruto.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, homenaje a sus aulas, a mis compañeros de estudios y catedráticos.



Pag.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO 1

1. El derecho penal guatemalteco.....	1
1.1. Definición.....	1
1.1.1. El derecho penal desde el punto de vista subjetivo.....	2
1.1.2. El derecho penal desde el punto de vista objetivo	3
1.2. Noción general.....	4
1.3. Naturaleza jurídica.....	5
1.4. Fuentes del derecho penal.....	6
1.4.1. Reales o materiales.....	7
1.4.2. Formales.....	7
1.4.3. Directas.....	7
1.4.3.1. Directas de producción.....	8
1.4.3.2. Directas de cognición.....	8
1.4.4. Indirectas.....	9
1.5. La ley penal.....	9

CAPÍTULO II

2. La teoría del delito.....	11
2.1. Generalidad y definición.....	11
2.2. Objetivo.....	14
2.3. Política criminal.....	15
2.4. El delito.....	16

2.5.	La acción y su aspecto negativo.....	18
2.6.	El iter crimines.....	19
2.6.1.	Fase Interna	19
2.6.2.	Fase externa.....	20
2.7.	La conducta humana	21
2.8.	La tipicidad de la conducta.....	24
2.9.	La antijuricidad	28
2.10.	La culpabilidad	30
2.10.1.	El dolo	30
2.10.1.1.	Elemento intelectual.....	32
2.10.1.2.	Elemento emocional volitivo o afectivo.....	33
2.10.2.	La culpa.....	33

CAPÍTULO III

3.	Los delitos de abusos deshonestos y violación.....	35
3.1.	Los delitos contra libertad y seguridad sexual.....	35
3.2.	El delito de abusos deshonestos	37
3.2.1.	Definición.....	39
3.3.	El delito de violación	40
3.3.1.	Definición.....	43
3.3.2.	Modalidades.....	46
3.3.3.	Elementos que configuran el delito	47
3.3.3.1	Yacer con mujer	47
3.3.3.2.	La acción debe ser violenta	49



3.3.3.3. Violencia moral	50
3.3.3.4. Elemento interno	51
3.3.3.5. Sujetos de hecho	51
3.3.4. Violación impropia	51

CAPÍTULO IV

4. El delito violación cuando el sujeto pasivo es un hombre.....	53
4.1. De los sujetos activos y pasivos en la violación	53
4.2. Las conductas sexuales que se deben considerar en el delito de violación....	56
4.3. Determinación el bien jurídico tutelado	58
4.4. La violación como esencial acto de criminalidad violenta	59
4.5. Reflexión sobre el sujeto pasivo del delito de violación	60
4.6. Justificación de la reforma del delito de violación	64
4.7. Proyecto de reforma	69
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	79



(i)

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo, no se pretende agotar los múltiples problemas de orden teórico-práctico que pueden presentarse en el ejercicio de la profesión, sino simplemente exponer teorías y hacer planteamientos que pueden ayudar a fortalecer la rama del mundo del derecho respecto al delito de violación y cuáles serán los efectos cuando la víctima es un hombre.

Se pretende establecer en el capítulo primero, lo relativo al derecho penal como la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la sociedad.

En el capítulo segundo, se hace relación a la teoría del delito, como parte del proceso mediante el cual se determinan los elementos de una conducta delictiva, su finalidad y, en consecuencia, la reciprocidad con la que califica la ley penal a ésta. Se trata de teorizar la conducta humana frente a la posibilidad de la responsabilidad penal, para llegar a



(ii)

determinar la posibilidad de que existe la comisión de un delito, es presupuesto que de inicio la etapa mental de búsqueda de reciprocidad de una acción descrita en ley y una acción ejecutada por un ser humano.

En el capítulo tercero se desarrollan los delitos contra la libertad y seguridad sexual, específicamente el de violación y el de abusos deshonestos, así como el hecho de atentar contra la libertad y seguridad que en materia erótica tienen las personas. En los países de tradición latina, ha existido indiferencia ante el problema, salvo cuando los actos de sodomía se realizan con empleo de fuerza física o intimidación moral, o cuando se practican en menores, constituyendo así lo que se conoce como pederastia.

En el capítulo cuarto, se desarrolla lo relativo al delito de violación cuando el sujeto activo es un hombre. Gramatical o lingüísticamente, tanto el hombre como la mujer son iguales; es decir, como sujetos activos o protagonistas de la relación sexual, pero se formula que en el derecho penal actual, es sujeto activo sólo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión



(iii)

valorativa, no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo; así como la inexistencia de este delito cuando el sujeto pasivo es un hombre, quien cuando ha sido objeto sexual, limitan la tipificación del delito de violación, lo cual debe ser objeto de reforma en el tipo penal, que es la forma en que se concluye la presente investigación.

Se utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo, inductivo y comparativo, para analizar si se comete el delito de violación, cuando la víctima es un hombre. Así también, se confirma la hipótesis, en el sentido de que nuestra regulación penal, no tipifica este delito cuando la víctima fuere una persona de sexo masculino, lo cual hace necesario reformar el delito de violación, tomando como víctima al hombre y se incluye un proyecto de reforma.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal guatemalteco

1.1. Definición

Manuel Ossorio define al derecho penal como: "... conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora."¹

Los autores guatemaltecos De León Velasco y De Mata Vela exponen: "... tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir el derecho penal sustantivo material (como también se le llama), como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen"²

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 238.

² De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 5.



La división indicada en la definición anterior, que sigue siendo la mas valida ya que permite la ubicación del derecho penal como medio de la protección social contra el delito.

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.

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

1.1.1. El derecho penal desde el punto de vista subjetivo

Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, lo cual constituye el fundamento filosófico del derecho penal; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.



Si bien es cierto la potestad de penar, no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona jurídica individual o colectiva, puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados.

1.1.2. El derecho penal desde el punto de vista objetivo

Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene nuestro Código Penal en su Artículo 1 el cual establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”; y que se completa en el Artículo 7 del mismo texto legal que preceptúa: “Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.



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

1.2. Noción general

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

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



Cuando se expresa de la palabra derecho penal se utiliza el término con diferentes significados según a qué el mismo se esté refiriendo. De tal modo podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo y, por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente conocemos como código penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el estado estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

El derecho penal es el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

1.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del derecho penal, pretende averiguar y establecer el lugar donde éste nace y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas, si



pertenece al derecho privado, al derecho público o si pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar.

Algunos tratadistas, en épocas recientes y amparados por las novedosas corrientes de la defensa social contra el delito, han pretendido ubicarlo en el derecho social.

El derecho penal es una rama del derecho público, que tiende a proteger intereses individuales y colectivos ya sean estos públicos o sociales; la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito, lo que genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo.

1.4. Fuentes del derecho penal

Se denomina fuente al manantial de donde brota algo, el lugar donde se origina, de donde se emana o se produce el derecho. Respecto al derecho penal existen diferentes fuentes, las cuales se desarrollan a continuación.



1.4.1. Reales o materiales

Tienen su fundamento en la realidad de los hombres y por ende de los pueblos son las expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal, es decir son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal.

1.4.2. Formales

Se refiere al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo que en Guatemala corresponde al Congreso de la República, es decir el proceso legislativo.

1.4.3. Directas

Son aquellas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal.

La Ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto que sólo esta puede tener el privilegio y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas



de seguridad correspondientes. Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición.

1.4.3.1. Directas de producción

Son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo.

1.4.3.2. Directas de cognición

Son las manifestaciones de la voluntad estatal. La expresión de la voluntad del legislador, es decir la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las leyes penales especiales.

Es preciso establecer que la única fuente directa del derecho penal, es la ley, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1 del Código Penal que establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.”



1.4.4. Indirectas

Son aquellas que solo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, ya que por si solas carecen de eficacia para obligar, entre ellas únicamente se enuncian a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

1.5. La ley penal

Se identifica con el derecho penal, aunque hay que establecer que el derecho penal es el género y la ley penal es la especie.

La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define. En su estrictus sensu es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.

Como características de la ley penal se pueden establece las siguientes:



- Generalidad, obligatoriedad e igualdad. La ley penal se dirige a todas las personas que habitan un país, todos están obligados a acatarlas.
- Exclusividad. Solo la ley puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad.
- Permanencia e inelubilidad. Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea derogada.
- Imperatividad. Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.
- Sancionadora. Es siempre sancionadora de lo contrario seria una ley penal sin pena.
- Constitucional. Se fundamenta en la Constitución Política.



CAPÍTULO II

2. La teoría del delito

2.1. Generalidad y definición

Previo a definir la teoría del delito, es necesario enunciar que de acuerdo a lo que los tratadistas definen y desean manifestar con el termino teoría del delito, se llega a una visualización del termino mucho mas apegado a descripción de elementos que lo integran.

Durante mucho tiempo la definición teoría del delito, llevaba implícito los elementos enumerados, de acción, tipicidad y culpabilidad, con los cuales se instauró el contenido de la nominación delito.

El tratadista Enrique Bacigalupo define: “La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.”³

Razonar sobre premisas y consideraciones que lleven a una acepción, teniendo en cuenta que las pretensiones sociales llevan a visualizar la posibilidad de la comisión delictiva,

³ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Pág. 67



generar un procedimiento mental en el cual encontremos definiciones, es situarse en momentos hipotéticos, sujetos a la eventualidad de que se podrán realizar, lo mismo ocurre en el delito, la ley sustantiva penal que conceptualiza, describe y pena la acción, esta delimitada como una hipótesis normativa, la posibilidad de que se pueda o no dar efectivamente la comisión de ese delito.

Con esta etapa del pensamiento humano, surge la teoría del delito, teorizar la conducta humana frente a la posibilidad de la responsabilidad penal, para llegar a determinar la posibilidad de que existe la comisión de un delito, es presupuesto que de inicio la etapa mental de búsqueda de reciprocidad de una acción descrita en ley y una acción ejecutada por un ser humano.

La individualización de los actos humanos, al situarse en una norma bajo la lupa de los elementos del tipo penal, es la acción de encuadrar una conducta, tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma, por ello al ser el primer paso, se dice que se está frente a una teoría, algo que no está plenamente comprobado y que está sujeta a esta comprobación, busca determinar la autenticidad de la acción y refutarle su



comisión, dentro de la descripción típica para su análisis jurídico.

Todo este proceso es parte integrante de la política estatal, en cuanto el ejercicio del ius puniedi, con esta facultad el ente público, delega a órganos específicos el ejercicio de esa facultad instaurada en la intención de la sociedad que representa, con ello se busca afianzar un verdadero estado de derecho y en consecuencia la vida social armoniosa, otorgando los derechos inherentes a las personas en el principio del bien común.

La teoría del delito es un proceso mediante el cual se determina los elementos de una conducta, su finalidad y en consecuencia la reciprocidad con lo que califica la ley penal.

Dentro de todo el contexto de teorizar una norma y una conducta, se lleva a cabo un proceso penal, con cada una de sus incidencias para llegar a una etapa final de condena o absolución, para lo que es necesario previamente situar esta conducta bajo el imperio de la hipótesis normativa.



2.2. Objetivo

La teoría del delito tiene como principal objetivo precisar el concepto de delito, ya que este es su objeto de estudio. Es de especial importancia para el juez, pues dentro del proceso penal, es por lo general la autoridad que recibe las actuaciones, y le corresponde hacer la primera evaluación de los hechos, para determinar si encuadra dentro del concepto de delito.

La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

La dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal en forma segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

La construcción de la teoría del delito, no es más que la conceptualización y definición de un delito y con esto los juzgadores no solo conocen la verdad histórica del proceso, sino que también pueden aplicar una verdadera justicia.



La teoría del delito además es importante en cuando a determinar cual es el fundamento de su aplicación, lo que radica en la protección del bien jurídico tutelado, que no es más que el bien o valor que socialmente se justiprecia para encontrar el parámetro del desvalor jurídico.

2.3. Política criminal

Respecto a la política criminal la misma es el conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad.

Esta no es una ciencia si no un criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito sobre esta base ha de examinarse el derecho en vigor apreciando su adaptación.

Su idoneidad como medio de protección social contra los criminales y como el resultado de tal criterio proponer las mejoras, haciendo las reformas necesarias tanto en el terreno de la legislación penal como en el campo penológico.



2.4. El delito

Para definir al delito es necesario referirnos a los siguientes aspectos:

- Desde un punto de vista formal, el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.
- Desde un punto de vista sustancial, es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.
- Desde un punto de vista dogmático, es decir del deber ser, es la acción típica, antijurídica y culpable.

Manuel Ossorio establece que es: "...una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta."⁴

Definir al delito desde un punto de vista legal, es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo y consumado.

⁴ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 13



El Artículo 11 del Código Penal establece respecto al delito doloso que: "... es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto."

El Artículo 12 del mismo texto legal, respecto al delito culposo establece que: "... es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia..."

El Artículo 13 del mismo cuerpo normativo estipula respecto al delito consumado que: "... es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación."

Es necesario tener en cuenta que el delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal llamado tipo penal, que revela su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable.

El injusto o sea la conducta típica y antijurídica, revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la



conducta adhiere por una especial condición del autor por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor.

En el antiguo derecho penal las características delictuales de la antijuricidad y de la culpabilidad se confundían en una sola exigencia. Por consiguiente en el delito se distinguían únicamente el aspecto material o sea la acción humana y el aspecto moral la imputabilidad.

La caracterización a que estamos aludiendo, delito es conducta típica, antijurídica y culpable, viene a constituirse en el común denominador de los autores modernos, sea que ellos sustenten la teoría clásica o la de la acción final en materia de delito.

Es cierto que un pequeño número modifica algunos de los términos o los reemplaza por otros que consideran más expresivos o exactos y que otro grupo reducido agrega otras características.

2.5. La acción y su aspecto negativo

Siendo la acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una



finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.

El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un objetivo. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un resultado.

2.6. El iter criminis

Como iter criminis se conoce a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación, esta constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dichas etapas puede tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa del iter criminis.

2.6.1. Fase interna

Esta conformada por las llamadas “voliciones criminales” que no son mas que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito.



Este estadio del iter criminis se basa en el principio de que el pensamiento no delinque.

2.6.2. Fase externa

La fase externa del iter criminis comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal manifiesta.

El Código Penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal una individual que es la proposición y una colectiva que es la conspiración establecidas en el Artículo 17 que establece: “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.”



2.7. La conducta humana.

La conducta humana es el substrato básico del concepto de delito; en ella se insertan y sostienen todas las demás características (típica, antijurídica y culpable). Resulta así que éstas pasan a convertirse en predicados de esa conducta, la cual adquiere en la oración el valor de sustantivo.

La realidad confirma la estructura gramatical, porque la conducta humana sirve de base a cualquier acto punible y a éste se llega siempre a partir de ella, en tanto le convengan las notas siguientes, que en la triple fase la califican.

La conducta humana se presenta como un fenómeno más en el acaecer del mundo. Ella se genera debido a un movimiento muscular de un hombre, apto para determinar, por lo general, un cambio en la disposición o en el curso de las cosas o en los acontecimientos perceptibles del mundo exterior.

Excepcionalmente podemos concebir, en sentido vulgar, un movimiento muscular que se agote en sí mismo y que no determine un cambio externo.

Surge el problema de saber si la ausencia de un movimiento corporal ha de ser tenida como conducta humana;



resolverlo, es una tarea que hemos de dejar para más adelante, cuando hayamos avanzado más en la explicación de la teoría del delito. De momento consideramos únicamente a los movimientos corporales humanos.

Frecuentemente la ley penal declara delictuosos ciertos movimientos musculares del hombre en razón de cambios precisos que ellos pueden determinar en el mundo exterior. En tales casos la ley mencionará ciertos hechos más complejos que un simple movimiento corporal, pues agregará a éste la determinación de uno o varios cambios concretos en el mundo físico. Estos cambios los denominamos resultados externos.

Su relación con el movimiento corporal del sujeto ha originado una confusa elaboración jurídica, denominada relación de causalidad.

El concepto de conducta es prejurídico, pertenece al ámbito de los entes naturales y debe mirársele como algo que tiene sí realidad en el mundo exterior al sujeto, independientemente de la existencia o no de una legislación o de un ordenamiento jurídico.

El enfoque que se da a la conducta la convierte en algo que pertenece al mundo y a su acontecer, y que la muestra



como una realidad objetiva, no dependiente de filosofías materialistas ni de concepciones mecanicistas del mundo, ni posible de brotar de visiones idealistas o de esquemas jurídico – penales ad–hoc, como se dice, sin suficiente fundamento, por sus críticos.

Existen complicaciones a las que ha llevado el admitir como elemento integrante de la conducta, en cuanto movimiento corporal, únicamente el querer de ese movimiento en sí mismo lo que se conoció esto se llamó efecto o manifestación de la voluntad o del querer. Ese querer debía intensificarse, por ello, con el movimiento muscular como tal disparar el arma, conducir el automóvil a alta velocidad, sin mencionar a la disposición psíquica es decir intelectual o volitiva del sujeto hacia los resultados o consecuencias que derivaran de dicho movimiento, la cual se señalaba con la expresión contenido de la voluntad o del querer.

El concepto de conducta que sucintamente se ha relacionado, no es el único posible; pero permite simplificar en gran medida la comprensión de esa compleja elaboración jurídica que es el delito y facilita la fundamentación de un derecho penal de hecho.



2.8. La tipicidad de la conducta

El derecho penal es un sistema discontinuo de ilicitudes y que es función del legislador escoger, entre las muchas conductas humanas que importan una violación de las normas jurídicas, aquellas que, por especiales razones de interés social, deben dar lugar a la aplicación de una pena.

El señalamiento preciso y previo de estas conductas por la ley es tenido como una garantía de libertad, igualdad y seguridad jurídica para los seres humanos, en cuanto a nadie puede imponérsele una pena por un hecho que de antemano no hubiera podido encontrar indicado en la ley como delito y sancionado con una pena determinada, *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La necesidad jurídica de que la ley penal haga una determinación muy precisa de las conductas humanas que pueden originar responsabilidad criminal, tiene en su abono, pues, razones sustanciales y de mucho peso, en buena parte ajenas a las conveniencias de la elaboración de una teoría del delito. La principal de ellas es que toca al legislador, y no al juez, determinar las conductas que sean penadas.



El legislador construye sus preceptos sancionatorios sobre la base de una descripción lo más precisa posible de las conductas escogidas para originar en principio una responsabilidad penal. Ordinariamente, esa descripción recae sobre las características materiales y exteriores de esas conductas.

La pura realización de una conducta ajustada a esas características no es suficiente, sin embargo, para atribuir a quien las lleva a cabo una responsabilidad penal e imponerle, como consecuencia, una pena; porque el concepto del legislador acerca de esa responsabilidad exige que, conjuntamente, se compruebe que dicha conducta es contraria al ordenamiento jurídico y que puede ser reprochada personalmente a su autor.

De este modo, la cuidadosa elaboración de estas descripciones objetivas, que denominaremos tipos, no significa que cualquier conducta humana que se encuadre en ellas constituya delito, sino que permite iniciar una indagación posterior más profunda, que podemos llamar valorativa, destinada a verificar desde dos diversos ángulos: Primeramente la conducta por sí misma y el de la disposición



subjetiva de su autor, la reprobación legal que será indispensable para una atribución definitiva de responsabilidad penal a éste.

Deducir de la tipicidad de una conducta, o sea, del pleno encuadre de ésta con la descripción practicada por el legislador, es que, en principio, ella tiene interés para la ley penal y podría constituir hecho punible que permitiera la aplicación de una pena a su sujeto.

En consecuencia, la tipicidad de la conducta, desde el punto de vista de su utilización para los fines de verificar la existencia de una responsabilidad penal, no tiene otro significado que el efectuar una reducción dentro del vasto ámbito de las conductas humanas, destinada a seleccionar aquellas que tienen relevancia penal y, en principio, podrían generar esa responsabilidad.

La tipicidad, como nota del concepto de delito, cumple una finalidad de filtro o de cedazo, que va a desviar de la atención del juez penal todas aquellas conductas que la libre decisión del legislador quiere excluir del área penal, por violatorias de las normas jurídicas que ellas sean y por censurable que aparezca la actitud anímica del sujeto que las realiza.



El tipo se limita a seleccionar conductas en función puramente pasiva y formal, que hemos comparado con un cedazo. No las valora, puesto que no tiene otra función que servir de molde múltiple que aparta a las que no coinciden con sus figuras específicas; sólo la que guarda congruencia exacta con alguna figura reúne la característica de ser típica. Y esta comparación se efectúa, normalmente, en plano puramente objetivo, en cuanto descripción de los aspectos externos de la conducta en examen.

Siendo la función del tipo seleccionar determinadas conductas humanas para reducir y precisar el ámbito de la responsabilidad penal, es obvio que su descripción estará centrada en una forma de acción humana, la cual, según el criterio selectivo del legislador, podrá quedar determinada en ciertos casos por ciertas modificaciones que ella opere en el mundo de lo sensible.

Si la función del tipo es la selección de conductas que, en principio, habrán de servir de base a un juicio de responsabilidad penal, es evidente que la concurrencia de la tipicidad en una cierta conducta podrá ser tenida como una



indicación general de que allí podría surgir una conducta delictuosa.

2.9. La antijuricidad

El legislador pudo haber señalado dentro de cada tipo las exigencias valorativas, de fondo -antijuridicidad y culpabilidad- que habían de añadirse para que se pudiera aplicar a un hecho típico la pena conminada por la ley

Al proceder en esta forma habría adoptado una vía complicada y técnicamente imperfecta, porque en cada precepto penal especial habría repetido requisitos que ordinariamente son iguales o casi iguales para todos los tipos o que, cuando menos, se repiten en un número apreciable de éstos.

Seguir esa vía habría significado la práctica desaparición de la parte general o de lo más enjundioso de ésta y la interminable reiteración, en cada figura delictual, de tales requisitos de fondo necesarios para incurrir en responsabilidad penal pensemos en hechos típicos de homicidio, hurto, estafa, violación, falsificación, bigamia, incendio, etc., los que, en general, son los mismos o muy semejantes para las diversas conductas típicas.



El hecho de que el legislador, muy juiciosamente, haya evitado ese camino y haya proporcionado en la parte general reglas comunes para todos los delitos en materia de valoración de la conducta típica, para los efectos de decidir sobre su antijuridicidad, y sobre la valoración de la disposición personas del agente –culpabilidad-, permite separar, más fácilmente, para los efectos de sistematización de la idea de delito, a la capacidad de las fases siguientes de la connotación de un delito. Esto significa que en el tipo no debe haber referencias a la antijuridicidad, como tampoco a la culpabilidad, porque lo que atañe a ella se resuelve conforme a principios penales generales.

La antijuridicidad constituye una nota del delito que envuelve el primer examen valorativo que se hace, desde un punto de vista propiamente jurídico, de un fenómeno del mundo físico proveniente de un ser humano que ha sido filtrado como de interés para el derecho penal por medio de la tipicidad.

Este examen está dirigido a verificar si tal fenómeno, por sí mismo y prescindiendo de quien lo realizó, concuerda o no con las normas jurídicas, en cuanto éstas se refieren al actuar exterior del hombre.



No puede comprenderse debidamente esta característica del delito si no se acude a la noción de bienes jurídicos, que el derecho tutela y que son el objeto de ataque de las conductas delictuosas, porque es precisamente allí donde está el núcleo de los conceptos de antijuridicidad y de injusto.

2.10. La culpabilidad

La culpabilidad como elemento del delito, indica la exigencia de una relación psíquica entre el sujeto y su hecho, siendo sus formas o especies el dolo y la culpa., la enciclopedia Microsoft Encarta 2006 establece: "... la culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (nullum crimen sine culpa). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad."⁵

2.10.1. El dolo

El dolo es el paradigma del elemento subjetivo del delito y la especie principal de la culpabilidad; lo cual representa un progreso importante en la evolución del derecho penal, ya que

⁵ Enciclopedia Encarta 2006. Cd. Room.



antiguamente, incluso en el derecho romano, se aplicaban penas primitivas y castigos inhumanos conforme al mero resultado material del delito que se tenía a la vista. Conforme al dolo se aprecia el perfil de la intencionalidad del acto por parte del agente de la perpetración. Es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Consiste en aquella conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad.

La evolución del concepto de dolo surgió primero la teoría de la voluntad, y así el dolo se definió tomando en cuenta solo el resultado previsto y querido por el autor del delito. Después, se encontró que este único criterio no era aplicable a la construcción técnico- jurídica del dolo eventual; surgió entonces una tesis más avanzada conocida como la teoría de representación, que sostenía que el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias que concurren al acto previsto por la ley penal.



Se distinguen dos elementos de composición del dolo: los elementos intelectuales y los elementos efectivos o emocionales, los cuales se desarrollan a continuación.

2.10.1.1.Elemento intelectual

Esta constituido por la prevención, por el reconocimiento, la representación de un acto típicamente antijurídica, y comprende, antes que todo el conocimiento de los elementos objetivos del delito.

Se exige el conocimiento de los hechos actuales, aquellos hechos de tipo legal que existen ya en el momento en que el acto de voluntad se realiza y que por lo tanto son independientes de la voluntad del autor. Por ejemplo en el caso de que un hombre seduzca a una mujer es necesario que este conozca que la mujer es menor de dieciocho años; o que el que hurta un objeto conozca que este objeto es ajeno. Lo mismo ocurre a aquel hombre que tiene relaciones con una mujer casada, es necesario que este conozca que esa mujer es casada.



2.10.1.2. Elemento emocional volitivo o afectivo

Consiste en que no basta, para que haya dolo que el agente se represente un resultado antijurídico determinado, si no que es menester, que desee la realización de ese resultado típicamente antijurídico.

La voluntad se refiere al acto en si, como en el disparo de un revolver que puede ser requerido o accidental. La intención se refiere al motivo por el que el acto con esta intención se ha buscado producir, como en el disparo del revolver, dirigido deliberadamente a matar, se busca el fin vengar la ofensa, lograr el robo, defender la persona o ejecutar una orden de autoridad.

2.10.2. La culpa

Se entiende por culpa como la voluntad omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad juega un papel de importancia en la culpa, sino tan solo que ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la



culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia.

Así, cabe pensar en todas aquellas actividades que siempre comportan un riesgo y que al ser utilizadas por el sujeto con toda prudencia y diligencia, aun siendo previsibles determinados resultados dañosos, excluyen toda culpa, a pesar de la previsibilidad, en razón de que la conducta no ha sido contraria a las normas de diligencia y de prudencia.

Lo que define a la culpa es que el resultado sea el producto de un acto humano voluntario, de una actividad voluntaria, que pueda ser referido a tal actividad como a su causa, y además, que haya actuado con medios contrarios al derecho.

Existe culpa cuando, obrando sin intención pero con imprudencia, negligencia, impericia en la profesión arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones se causa u ocasiona un resultado antijurídico previsible y penalmente penado por la ley.



CAPÍTULO III

3. Los delitos de abusos deshonestos y violación

3.1. Los delitos contra libertad y seguridad sexual

En términos generales en los delitos contra la libertad y seguridad sexual, el hecho consiste en atentar contra la libertad y seguridad que en materia erótica tienen las personas. También aparecen atentados contra el pudor en materia sexual.

Es necesario determinar ciertas características como las que a continuación se describen:

- La acción preponderante en el hecho que es de materia sexual, y atenta contra la libertad o seguridad en tal sentido. No basta que haya existido en la acción un antecedente de tipo sexual, sino que se requiere acciones directas encaminadas a limitar o lesionar la libertad o seguridad, a través de actos manifiestamente lúbricos ejecutados en el cuerpo de la persona ofendida.
- Que la acción de finalidad erótica ejecutada sobre el sujeto pasivo produzca inmediatamente un daño o un peligro al bien jurídico protegido, que en estos casos es la



libertad y seguridad en cuanto a la determinación sexual, así como el pudor o recato en materia sexual.

Estos delitos han sido objeto de diferentes denominaciones a través del tiempo tales como delitos contra la honestidad, actualmente se denominan con mejor técnica delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el pudor.

Los delitos que en el Código Penal vigente se incluye en el título III, con carácter de sexuales entre otros los siguientes:

- Violación;
- Estupro;
- Abusos deshonestos;
- Rapto.

Es necesario no confundir las anomalías o anormalidades sexuales con los delitos sexuales. La descripción que hace la ley sobre los delitos sexuales. no puede coincidir con las anormalidades, aberraciones o desviaciones sexuales. salvo algunos casos; por ejemplo: En cuanto a la frigidez en el campo sexual. esta no es relevante para el derecho penal. Pero si lo es la hiperestesia sexual, la exacerbación en sus grados de



satiriasis o ninfomanía, que puede conducir a la persona que tiene un furor lúbrico de los descritos a perturbar el orden jurídico mediante hechos delictivos, como atentados al pudor, estupro o violaciones.

En cuando al homosexualismo, esta ha sido una de las perturbaciones sexuales más discutidas, especialmente en el derecho penal. En los países de tradición latina, ha existido indiferencia ante el problema, salvo cuando los actos de sodomía se realizan con empleo de fuerza física o intimidación moral, o cuando se practican en menores, constituyendo así lo que se conoce como pederastia.

3.2. El delito de abusos deshonestos

De acuerdo con la doctrina general sobre este delito, en términos generales se comete abuso deshonesto mediante los actos corporales de lubricidad, distintos de la relación sexual y que no tienden directamente a ella, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos.

Del concepto establecido anteriormente, se puede extraer y concluir con los siguientes elementos:



- Básicamente se trata de actos eróticos distintos del acceso sexual, o sea, actos eróticos en la persona del pasivo, tales como caricias. o alguna otra manera realizada para excitar o satisfacer los deseos sexuales del activo.
- Ausencia de propósito de acceso sexual, material y psicológicamente.

El ánimo lúbrico debe estar encaminado a que el acto sea diferente del acceso carnal, de acuerdo con el casuismo establecido en nuestra ley puede darse:

- El abuso deshonesto cometido en persona de uno u otro sexo, usando violencia, o abusos deshonestos violentos propiamente dichos.
- El abuso deshonesto que podríamos llamar doméstico, cuando el autor sea pariente legal de la víctima, o encargado de su educación, custodia o guarda.
- Cuando se causa grave daño a la víctima.
- El abuso deshonesto en mujer mayor de 12 años y menor de 18 años, interviniendo confianza o inexperiencia del



pasivo. En este caso, ha de ser obviamente, el activo un hombre.

- El abuso deshonesto mediante engaño en mujer mayor de 12 y menor de 18 años.

3.2.1. Definición

El autor Manuel Osorio establece: “Delito consistente en cometer actos libidinosos con personas de uno u otro sexo, menor en cierta edad, privada de razón o de sentido, o mediante el uso de la fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal. Este delito se agrava cuando el sujeto activo es pariente en determinado grado, un sacerdote o un encargado de la educación o guarda del sujeto pasivo.”⁶

El Artículo 179 del Código Penal, establece que: “Comete abuso deshonesto quien empleando los medios o valiéndose de las condiciones indicadas en los Artículos 173, 174 y 175 de este Código, realiza en persona de su mismo o de diferente sexo, actos sexuales distintos al acceso carnal...”

Los autores nacionales De León Velasco y De Mata Vela, establecen respecto a los abusos deshonestos que: “Nuestra

⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 13



ley refiere en el Artículo 179 que comete abuso deshonesto quien empleando los medios o valiéndose de las condiciones indicadas en los Artículos 173, 174 y 175 realiza en persona de su mismo o diferente sexo, actos sexuales distintos del acceso carnal. b) De acuerdo con la doctrina general sobre este delito, en términos generales se comete abuso deshonesto mediante los actos corporales de lubricidad, distintos de la relación sexual y que no tienden directamente a ella, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos. ... se trata de actos eróticos distintos del acceso sexual, o sea, actos eróticos en la persona del pasivo, tales como caricias, o algún otro manejo realizado para excitar o satisfacer los deseos sexuales del activo.... Ausencia de propósito de acceso sexual, material y psicológicamente. En otras palabras, el ánimo lúbrico debe estar encaminado a que el acto sea diferente del acceso carnal”⁷

3.3. El delito de violación

El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción, y a veces, de injuria. Dentro de estos

⁷ De León Velasco, Héctor; De mata Vela, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 689



delitos sexuales. Se sancionaba con la pena de muerte el estupro violento.

El Derecho Canónico consideró violación la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad. En los códigos penales contemporáneos, la infracción sigue castigándose con el máximo rigor, llegando, en nuestra legislación a sancionar uno de los casos de violación tal como se establece en el Artículo 175 del Código Penal, con la pena de muerte.

En la actual legislación se sigue utilizando la palabra yacer como sinónimo de acceso sexual. En términos generales, la doctrina actual acepta que la imposición de la cópula sexual sin consentimiento de la ofendida, ya sea por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo de la ofendida, anulando así



su resistencia, o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir.

Tanto en la violencia física como en la moral. la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la determinación de su conducta en materia erótica.

Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave, la utilización de medios coactivos dispositivos, al daño causado, específicamente contra la libertad sexual.

Se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves, y aún homicidio.



3.3.1. Definición

El diccionario de la Real Academia Española respecto a la violación establece: “Acción y efecto de violar. Relación sexual impuesta por coacción y que constituye un delito”⁸

Los autores Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela en su libro de Derecho Penal Guatemalteco, establecen sobre la violación: “... breve historia: “El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción, y , a veces, de injuria... dentro de estos delitos sexuales, se sancionaba con la pena de muerte el stuprum violentum. El derecho canónico considero violación la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad. En los códigos penales contemporáneos, la infracción a que nos referimos sigue castigándose con el máximo rigor, llegándose en nuestra legislación a sancionar uno de los casos de violación, con la pena de muerte.”⁹

La Enciclopedia Multimedia Encarta 2006 establece sobre la violación que es: “Delito contra la libertad sexual cuya acción consiste en el acceso carnal llevado a cabo en

⁸ Diccionario de la lengua Española, Pág. 1512.

⁹ De León Velasco, Héctor; De mata Vela, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 615



circunstancias tipificadas por la ley. Por ejemplo, cuando se usare fuerza o intimidación, cuando la persona violada se hallare privada de sentido, cuando se abusare de su enajenación o bien al tratarse de un menor. Sujeto pasivo del delito de violación puede serlo tanto un hombre como una mujer.”¹⁰

En la actual legislación penal en el Artículo 173, se utiliza la palabra yacer como sinónimo de acceso sexual, un tanto distinto al significado que el Diccionario de la Lengua Española le da, el cual establece: “... que es el de acostarse, o incluso, estar muerto.”¹¹

Respecto a la palabra yacer, la Enciclopedia Encarta 2006 establece: “... Dicho de una persona: Estar echada o tendida.... Dicho de un cadáver: Estar en la fosa o en el sepulcro.... Tener trato carnal con alguien.

El tratadista Manuel Ossorio al referirse a la violación indica: “... Acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o si es menor de 12

¹⁰ Enciclopedia Multimedia Encarta 2006. CD. Room.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, Pág. 2513.



años, en que se supone que carece de discernimiento para consentir en acto de tal trascendencia para ella...”¹²

El Artículo 173 del Código Penal establece: “... Comete el delito de violación quien yaciere con mujer...”

Los autores guatemaltecos Héctor Aníbal De León Velasco y Francisco De Mata Vela establecen: “En términos generales, la doctrina actual acepta que la imposición de la cópula sexual sin consentimiento de la ofendida, ya sea por medio de la -coacción física o la intimidación moral-, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violación constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo de la ofendida anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la

¹² Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 785



moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la determinación de su conducta en materia erótica. Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave, porque dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado, específicamente contra la libertad sexual, se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves, y aún homicidio”¹³

3.3.2. Modalidades

En nuestra legislación aparecen claramente definidas dos modalidades de violación; la común, o sea la ejecutada en todo caso mediante violencia, y la denominada doctrinalmente violación presunta o delito equiparado a la violación, consistente en el acceso sexual con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades de la mente o en el cuerpo, por su corta edad, o por semejantes condiciones de indefensión.

¹³ De León Velasco, Héctor; Francisco De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 618



Como estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de violencia, más bien constituyen un delito especial provisto de su propia descripción legislativa y distinto a la verdadera violación, su nombre adecuado, debe ser el de delito que se equipara a la violación o violación impropia. Nuestra ley hace referencia a esta modalidad mencionada últimamente, en los incisos 2 y 3 del Artículo 173 del Código Penal, el cual establece: “Comete delito de violación quien yaciere, con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: 1o. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. 2o. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir....”

3.3.3. Elementos que configuran el delito

Dentro de los elementos materiales que se tienen que tomar en cuenta para establecer los alcances del delito de violación, es de tener en cuenta los siguientes:

3.3.3.1 Yacer con mujer

El yacimiento sin dicha connotación no tiene significado penal en nuestro medio. A diferencia de otras legislaciones que estiman como violación el acceso violento con persona de



cualquiera de los dos sexos. El yacimiento, se refiere, en nuestra ley, al acceso sexual normal.

Nuestro legislador empleó la palabra yacer, tomándola de la legislación anterior, como significando por la de acceso sexual; físicamente se caracteriza por la intromisión sexual del hombre hacia la mujer; así pues.

No quedan comprendidas aquí las relaciones entre homosexuales. Tampoco es relevante para la consumación del delito, que el acto sexual se agote plenamente con el derrame seminal o el orgasmo femenino. El daño que sufre la ofendida en su libertad sexual existe, aún cuando su violador haya realizado la totalidad del acto. o bien, lo haya interrumpido.

No tiene tampoco que ver, para la determinación de este delito, que a consecuencia del mismo se haya originado la preñez de la violada. Consecuentemente: en el delito de violación el elemento "yacer" consiste en una relación sexual usando violencia, independientemente de su pleno agotamiento físico o que el acto se haya interrumpido, con independencia también de consecuencias posteriores a la cópula. El momento consumativo entonces es el de la penetración viril. no importando incluso que después de ella la mujer se abandone.



3.3.3.2. La acción debe ser violenta

El elemento fundamental del delito es la violencia, pudiendo ser física o moral. La violencia física es la fuerza material que se emplea para cometer el hecho, es decir, la fuerza material aplicada directamente sobre el cuerpo de la víctima, fuerza que vence cualquier intento de resistencia y la obliga a recibir una relación sexual que no quería.

Algunos autores plantean dudas acerca de la posibilidad de que sin utilización de armas, instrumentos o acompañantes, un solo varón de fuerzas normales pueda violentar a una mujer también normal, pero, la fuerza física, de alguna manera implica, en el momento, cierta fuerza moral que puede causar igualmente una impresión moral en la mujer sujeto pasivo.

Se observa que la violencia debe ser ejecutada sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar. No habrá violencia carnal cuando se violentasen cosas para llegar a la mujer anuente empero, es de advertir, los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o en el afecto pueden integrar casos de violencia moral.



Debe señalarse que la violencia puede consistir en otras formas delictivas como ataques corporales, disparos, etc., y en cuanto a la concurrencia de la violación con el homicidio, nuestra ley acepta la hipótesis de la unidad del acto, ya que si la muerte resulta de la violación o con motivo de ella, no hay un delito diferente, sino una penalidad agravada.

3.3.3.3. Violencia moral

Nuestra ley penal, admite expresamente las dos formas de violencia, la física y la psicológica o moral. La primera como se dijo, es manifestación de la fuerza. La segunda es la intimidación, su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja.

En la violación puede consistir en constreñimientos psicológicos, analogos de daños, de tal manera que por el temor que causan impiden resistir.

Nuestra ley admite dentro de estos casos de violencia moral, cuando concurre hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche.



3.3.3.4. Elemento interno

El elemento subjetivo en este delito está integrado por conocer que se actúa contra la voluntad de la violada y el querer emplear violencia para el yacimiento, se manifiesta por la voluntad del sujeto activo de cometer el delito.

3.3.3.5. Sujetos de hecho

En cuanto al sujeto activo, debe ser siempre un hombre. no descartándose la posibilidad de que la mujer pueda actuar como tal, en caso de coparticipaciones el hecho, pero básicamente el hecho se caracteriza por una actividad viril.

En cuanto al sujeto pasivo, conforme la tendencia de nuestra legislación, ha de ser siempre una mujer, no importando que sea mayor de edad o menor, casada o soltera, viuda, doncella o prostituta.

3.3.4. Violación impropia

La acción en este delito consiste en tener acceso con personas incapacitadas (mujeres), para resistir psíquica o corporalmente al acto, debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a cuanto exista corta edad ejemplo las menores de 12



años en cualquier caso, o bien análogas condiciones de indefensión de la víctima.

Tales acciones no implican realmente la existencia de violencia, y consecuentemente no son propiamente violaciones.

La doctrina generalmente aceptada en la actualidad indica que se trata de un delito especial autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus propios elementos, manifestando que su nombre adecuado ha de ser violación impropia o delito que se equipara a la violación; nuestra ley se refiere a dicho delito en el Artículo 173, en los incisos 2 y 3 del Código Penal vigente y citado anteriormente.



CAPÍTULO IV

4. El delito de violación cuando el sujeto pasivo es un hombre

4.1. De los sujetos activos y pasivos en la violación

La doctrina tradicional concebía solamente al hombre como potencial sujeto activo. Así tenemos que para Manuel Espinoza Vásquez establece que: "...este delito únicamente se comete y consuma materialmente por el acceso carnal mediante la intromisión del órgano sexual masculino, el pene (intromisión pene), en el órgano sexual femenino, la vagina...."¹⁴

Sin embargo, el propio tratadista ya refería que no faltan autores respetables que pretenden incluir a la mujer como sujeto activo del delito violatorio sexual en agravio de un menor de edad cuando lo inicia en la práctica sexual prematura mediante la fuerza, o la intimidación o halagos para que se relacione con su persona de agente activo o con otra mujer.

La descripción de la conducta externa asociada al tipo penal es más amplia que la anterior reducción conceptual solamente el acceso vaginal heterosexual forzado en el que el sujeto pasivo es femenino. Hoy los sujetos pasivos pueden ser

¹⁴ Espinoza, Manuel. **Delitos sexuales**. 1983. Pág.1



tanto la mujer como el varón, lo que ha significado superar concepciones que discriminaban a éste último y que eran incongruentes con los dispositivos constitucionales que prohíben expresamente cualquier forma de discriminación por razones de sexo.

El sujeto pasivo puede ser de uno o de otro sexo, siendo indiferente que la persona haya alcanzado o no madurez sexual, sin embargo, precisando que fisiológicamente ha de ser una persona apta para alguna forma de cópula, aunque fuere sólo víctima del acceso carnal bucal.

El autor Rodríguez Devesa establece: "... aún se pregunta si es exigible al sujeto pasivo de la violación la honestidad. Sin embargo, opta porque ese elemento ya no es necesario Sin embargo a su criterio la víctima deberá acreditar una resistencia seria, porfiada y denodada durante el curso de la acción violenta..."¹⁵

Estos raciocinios tácitamente están ubicados sólo en la consideración del potencial sujeto pasivo femenino y han sido superados en la doctrina.

¹⁵ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 179



La fundamentación más sólida de las consideraciones restrictivas a la condición femenina del sujeto pasivo de la violación tenían que ver con la mayor trascendencia que se irrogaba al yacimiento cuando la víctima es una mujer ya que a la lesión a la libertad sexual debería añadirse el riesgo de un embarazo no querido. Asimismo como un elemento menos convincente el de la escasa frecuencia criminológica de los casos en que el sujeto pasivo es varón así como resaltaba las consideraciones que aludían a la supuesta mayor agresividad que supondría la violación de un hombre sobre una mujer, se indica que en estas consideraciones pesa más el eventual daño que la violación le puede hacer a la imagen y a la familia de la mujer casada y el agravio que implica para la mujer doncella la desfloración.

Actualmente, se postula que estos criterios son incompatibles con una moderna regulación de los delitos sexuales. Se afirma que en la violación debe darse un trato uniforme en cuanto a los sujetos, independientemente de su condición de género.

El problema se complica cuando entramos al ámbito del sujeto activo potencial en el injusto violatorio. La restricción de



sujetos activos al hombre no es coherente con el paradigma de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Si bien es difícil de imaginar por condicionamientos culturales un acceso carnal con sujeto activo femenino, ello no es imposible en tanto el sujeto pasivo puede ser un menor.

Gramatical o lingüísticamente, para el autor de la presente investigación, tanto el hombre como la mujer son iguales en tantos sujetos activos o protagonistas de la relación sexual, pero se formula que en el derecho penal actual, es sujeto activo sólo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión valorativa, no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo, así como la inexistencia de este delito cuando el sujeto pasivo es un hombre, el cual cuando ha sido objeto sexual, solo puede pedir que se inicie una acción penal por el delito de abusos deshonestos.

4.2. Las conductas sexuales que se deben considerar en el delito de violación

Entre las conductas que se deben incorporar y considerar dentro de los supuestos violación, se incluyen las siguientes, el coito heterosexual vaginal forzado; el coito heterosexual anal



forzado; y el coito homosexual anal forzado lo que constituiría un avance de la doctrina la inclusión del coito anal, sea homosexual o heterosexual entre las conductas sexuales incorporadas en el tipo de violación en tanto que se trata de comportamientos de la misma gravedad que no tienen diferencias radicales entre sí ya que el acceso anal es similar aunque sea practicado entre varones o entre un varón y una mujer. Se hace necesario equiparar el coito anal al vaginal en tanto que el coito anal equivale en las relaciones homosexuales al coito vaginal en las heterosexuales.

Sin embargo, los legisladores deberán ser sumamente cautos respecto a la posibilidad de admitir otras conductas dentro del tipo penal, porque una mayor ampliación podría hacer prácticamente imposible una correcta delimitación entre las conductas de violación y los abusos deshonestos, que actualmente no consideran que en el delito de violación pueda ser sujeto pasivo un hombre.

Efectivamente, el acceso anal forzado tiende a causar lesiones traumáticas en el ano del sujeto pasivo, implica en muchos casos el desgarramiento de los pliegues anales, puede ocasionar erosiones y escoriaciones además del riesgo que se



da en la pederastia con violencia de la posibilidad de contagio venéreo. Sin embargo las lesiones genitales se presentan también en la violación heterosexual y asimismo existe el riesgo de contraer de enfermedad venérea y del SIDA.

4.3. Determinación el bien jurídico tutelado

La violación como los demás delitos contra la libertad y seguridad sexual, consisten en prevenir que se atente contra la libertad y seguridad que en materia erótica tienen las personas. También aparecen atentados contra el pudor en materia sexual, es decir que el bien jurídico tutelado será la seguridad sexual de las personas.

Los delitos de violación así como los de rapto, estupro y abusos deshonestos, son considerados como cuasi públicos, pues son perseguibles únicamente mediante denuncia del agraviado, sus padres, abuelos, hermanos, tutores o protutores; pero cuando la persona agraviada carece de capacidad para acusar o no tiene representante legal, entonces el hecho será perseguido por acción pública.



4.4. La violación como esencial acto de criminalidad violenta

Si existe un punto conceptual donde radicar el máximo y más abrumador consenso dogmático-victimológico en torno al delito de violación, éste se localiza con toda nitidez en el énfasis unánime que recibe aquí el factor de violencia como elemento, no sólo integrante, sino primariamente definitorio del delito de violación.

El delito de violación constituye, la más grave manifestación de conducta sexual penalmente relevante, donde la violencia alcanza una manifestación que se muestra en toda su integridad, a flor de piel, y en el que entran en juego, además de la esencia violenta del acto, otros componentes interesantes, como el potencial victimizante de la violencia sexual o la especial relación de dominación violenta mediante la cual la voluntad de un sujeto se subyuga a la del otro.

La importancia que se concede al concepto de violencia en la dinámica del delito de violación es tal que, incluso, se considera que la sexualidad inherente a la violación adopta una forma apócrifa o meramente instrumental de verificación.



Puede establecerse que durante décadas -y aun hoy- la victimología de la violación ha agrupado sus esfuerzos en la aclaración de dos premisas fundamentales: La primera que la violación no es un acto que retribuya en grado alguno la sexualidad de la víctima y la violación no es un acto substancialmente sexual para el autor.

Para la víctima, la sexualidad denota una esfera gravemente lesiva susceptible, en condiciones propicias, de expandir su dañosidad hacia otras áreas de su personalidad y sociabilidad, hasta llegar a afectar globalmente su existencia.

La esencialidad violenta de la práctica sexual coactiva, queda rotundamente confirmada, la pertinencia del control social de la conducta en todo acto violatorio. La violencia no consentida marca tajantemente los límites hasta donde puede extenderse la privacidad.

4.5. Reflexión sobre el sujeto pasivo del delito de violación

Los vocablos violación y agresión sexual son vocablos que se intercambian para describir los delitos que entrañan actos sexuales sin provocación e ilegales.



Las definiciones legales de violación y agresión sexual varían de un estado a otro. Comúnmente, una violación entraña usar o amenazar con usar la fuerza para penetrar la vagina, la boca o el ano. La agresión sexual entraña usar la fuerza pero puede que no haya penetración.

Acariciarle los senos o los órganos genitales a alguien sin su consentimiento es un ejemplo de agresión sexual. Muchas de las hipótesis que se plantean acerca de la agresión y violación sexual no son ciertas. Hay quienes creen que la agresión y la violación sexual “se provoca”. La verdad es que nadie provoca la agresión o violación sexual. Cada cual tiene derecho a decir no a cualquier acto sexual en cualquier momento.

Los motivadores de la violación sexual son el poder, la ira y el control, y no el sexo. Hay quienes creen que actuar y vestirse de cierta manera o frecuentar ciertos lugares provocará la violación o la agresión sexual. Esto no es cierto. Estos delitos le pueden suceder a cualquiera, sin importar la edad, raza o antecedentes culturales, nivel de formación educativa o posición económica.

Hay quienes creen que únicamente un extraño violaría o agrediría sexualmente a una persona. La realidad es que los



extraños sólo cometen 22% de las violaciones sexuales; el resto las comete alguien que la víctima conoce muy bien. La violación sexual por alguien que se conoce sigue siendo violación sexual y sigue siendo un delito. Incluso en el matrimonio, si se obliga a la cónyuge a tener relaciones sexuales contra su voluntad, ello es delito de violación.

Hay quienes creen que no se puede obligar a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad. La verdad es que sí, ya sea mediante fuerza física o amenaza de lesionar o matar, se obliga a aceptar o se forza la relación sexual.

Muchas víctimas atemorizadas de que las lesionen gravemente o los maten durante una violación sexual no se resisten y no acaban con hematomas, marcas u otras señales visibles de lesiones. No siempre se sabe que una víctima ha sido violada tan sólo con mirarla.

Derivado de la interrogante de que ¿podría un hombre ser víctima de violación o agresión sexual?; desde el punto de vista legal no es posible, sin embargo es necesario analizar otras legislaciones que permitan determinar como han regulado el delito de violación, puesto que actualmente cuando el sujeto



pasivo es un hombre, solo puede encuadrarse en el delito de abusos deshonestos.

No solo la legislación no protege al hombre ante el delito de violación, sino que en la persona agredida sexualmente, existe menor probabilidad de que reporte la agresión, porque se cree que la sociedad los marginaría si se supiese que fueron violados o agredidos sexualmente y, por consiguiente, se niegan a denunciar o esconden el haber sido víctimas de este acto delictivo. No enfrentan el impactante efecto de esta agresión a su persona.

La violación por otro hombre no significa que la víctima es bisexual u homosexual o que lo será. Tanto el hombre heterosexual como el homosexual son víctimas de agresión sexual. Por tales razones es necesario determinar los alcances del delito de violación y la necesidad de establecer jurídicamente que el hombre puede ser objeto de violación.

El hombre puede ser violado o agredido sexualmente y hay menor probabilidad de que reporte la agresión que la mujer. Las víctimas hombres, opinan que su comunidad los marginaría si se supiese que fueron violados o agredidos sexualmente y, por consiguiente, niegan o esconden el delito. No enfrentan el



impactante efecto de esta agresión a su persona. La violación o agresión sexual por otro hombre no significa que la víctima es bisexual u homosexual o que lo será.

Tanto el hombre heterosexual como el homosexual son víctimas de agresión sexual; sin embargo, la mayoría de agresores de adolescentes y hombres adultos son hombres heterosexuales. No se achaque la culpa si usted es un hombre que ha sido violado o agredido sexualmente puesto que la responsabilidad de lo sucedido recae exclusivamente sobre el perpetrador.

4.6. Justificación de la reforma del delito de violación

El Código Penal guatemalteco Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, regula lo relativo a los delitos de violación y abusos deshonestos, específicamente en los Artículos 173 y 179, los cuales protegen la libertad y seguridad sexual, así como el pudor.

Sin embargo los acontecimientos sociales que se han dado a nivel internacional como nacional de unión de personas del mismo sexo, pone de manifiesto cambios en las legislaciones de algunos países, por lo que debe analizarse sus incidencias en el delito de violación.



El sujeto pasivo del delito de violación en la actualidad es única y exclusivamente la mujer, sin embargo en el delito de abusos deshonestos puede ser tanto la mujer como el hombre. Entonces resulta necesario analizar los alcances del verbo rector del delito de violación el cual es “yacer”, definido en el diccionario de la Real Academia Española como “tener acceso carnal”.

El delito de abusos deshonestos, en la forma regulada actualmente, no especifica en forma clara, cuales son esos actos sexuales distintos al acceso carnal, es decir que la norma no deja claro, si se refiere a la penetración del miembro masculino en forma anal u oral; o bien se refiere prácticas sexuales con o sin penetración en el cuerpo del sujeto pasivo, lo cual limita comprender también los alcances del delito de abusos deshonestos, complicando también la tipificación del delito de violación en un hombre, por no considerarlo como sujeto pasivo del delito.

El Código Penal vigente, conserva algunos resabios de la época en que pecado y delito eran sinónimos, y hombres y mujeres no tenían los mismos derechos ante la ley de tal forma que sólo se protegen los ataques sexuales que son catalogados



como acceso carnal normal. Es decir, que se sigue considerando que el delito de violación sexual se configura sólo cuando el acto se realiza como mandan las sanas costumbres, con determinados órganos, en determinados orificios y en determinada posición, introducción del pene en la vagina; como si existiera una sola forma de organizar la vida sexual humana.

Se debe plantear la modificación de esta definición restrictiva del delito de violación, así como la incorporación de que el sujeto pasivo pueda ser hombre.

Los cambios surgidos en la sociedad y la libertad con la cual se producen las uniones de parejas de hombres, con el ánimo de una convivencia maridable, aún cuando no es aceptado por la legislación civil nacional como unión de hecho o matrimonio, permite observar que el derecho se ve afectado por dichas uniones, entonces, debe reflexionarse si las relaciones que tiene la pareja conformada por hombres, son relaciones sexuales o no.

Es necesario analizar los delitos de violación y abusos deshonestos, puesto que el verbo “yacer” del delito de violación; y la frase “actos sexuales distintos al acceso carnal” en el delito de abusos deshonestos, limita la persecución penal



por el delito de violación cuando el sujeto pasivo es un hombre, en virtud del principio de legalidad.

La violación y los abusos deshonestos, son actos sexuales realizados en contra de la voluntad de una víctima, en ambos delitos existe la agresión, que puede involucrar fuerza física o la amenaza de uso de armas que coartan la voluntad del sujeto pasivo.

Es necesario establecer la voluntad del legislador al regular el delito de abusos deshonestos, puesto que dicho acto delictivo se refiere a los actos sexuales distintos al acceso carnal. Se entiende entonces el contacto forzado con los genitales, ano, ingle, boca o senos del sujeto pasivo, por lo que es imperativo determinar si existe o no penetración en el cuerpo de la víctima.

Por el contrario el delito de violación limitado a quien yaciere con mujer, se configura cuando la mujer es utilizada sexualmente por vía anal, oral y vaginal, por lo que legalmente, el delito no se encuadra cuando el sujeto pasivo es un hombre, quien al ser penetrado en su cuerpo en forma forzada por vía anal o por vía oral, solo puede iniciar acciones legales por el



delito de abusos deshonestos, lo cual no se ajusta a la verdad real y objetiva del verdadero delito.

La técnica legislativa, como parte esencial de la redacción y creación de una norma jurídica, debe ajustar el tipo penal para cada delito, dependiendo del bien jurídico tutelado que se pretenda proteger, teniendo en cuenta los acontecimientos sociales que afectan al mundo jurídico y que propician una mayor protección para la población.

**4.7. Proyecto de reforma****DECRETO NÚMERO 81-96****EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA****CONSIDERANDO:**

Que la legislación actual, no responde a la protección general de la población en el delito de violación, limitándose únicamente a proteger a la mujer y no al hombre, situación que genera confusión en la aplicación de la norma penal para este tipo de casos, lo conlleva a realizar una mejor regulación de este delito.

CONSIDERANDO:

Que es preciso introducir las reformas necesarias al Código Penal a fin de readecuar el delito de violación y la protección que merecen los sujetos pasivos, dotando así a los administradores de justicia de un instrumento idóneo para su aplicación.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República.



DECRETA:

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 173 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así:

ARTÍCULO 173. Comete delito de violación, quien tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenaza de ocasionarle al sujeto pasivo, al cónyuge de éste o compañero de hogar o a uno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad un perjuicio grave e inminente, en cualquiera de los siguientes casos:

1º. Usando violencia suficiente para conseguir su propósito.

2º. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse el sujeto pasivo privado de razón o de sentido o incapacitada para resistir.

3º. En todo caso, si el sujeto pasivo fuere menor de doce años.

En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.



ARTÍCULO 2. Se reforma el Artículo 174 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así:

ARTÍCULO 174. La pena a imponer será de ocho a veinte años de prisión en los siguientes casos:

1°. Cuando concurrieren en la ejecución del delito dos o más personas.

2°. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda.

3°. Cuando, como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima.

ARTÍCULO 3. Se reforma el Artículo 175 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así:

ARTÍCULO 175. Si con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte del sujeto pasivo, se impondrá prisión de 30 a 50 años.

Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad.



ARTÍCULO 4. El presente decreto entra en vigencia el día de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN,
PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA
CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS ... DÍAS DEL MES DE ... DE
DOS MIL SIETE.

PRESIDENTE

SECRETARIO

PALACIO NACIONAL: Guatemala, ... de ... de dos mil siete.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



CONCLUSIONES

1. En la legislación guatemalteca, el sujeto pasivo del delito de violación en la actualidad es única y exclusivamente la mujer; sin embargo, en el delito de abusos deshonestos puede ser tanto la mujer como el hombre, por lo que causa un estado de indefensión hacia el hombre, por no considerarlo sujeto pasivo de este delito.
2. El verbo rector del delito de violación es yacer, que significa tener acceso carnal, lo cual no puede ser delimitado únicamente al sexo femenino, sino también al sexo masculino, al existir penetración en el cuerpo del sujeto pasivo.
3. Los acontecimientos sociales que se han dado tanto a nivel internacional como nacional, de unión de hecho de personas del mismo sexo, pone de manifiesto cambios en las legislaciones de algunos países, por lo que debe analizarse sus incidencias en el delito de violación, al existir diversas formas de relación sexual.
4. El delito de abusos deshonestos no especifica, en forma clara, cuáles son esos actos sexuales distintos al acceso



carnal; es decir, que la norma no deja claro, si se refiere prácticas sexuales con o sin penetración en el cuerpo del sujeto pasivo.

5. La violación es un acto sexual realizado en contra de la voluntad de una víctima, existiendo incluso agresión, lo que puede involucrar fuerza física o la amenaza de uso de armas que coartan la voluntad del sujeto pasivo.
6. Existe menor probabilidad de que el hombre, que es objeto de violación, reporte la agresión porque este sector de la población cree que la sociedad los marginaría si se supiera que fueron violados o agredidos sexualmente y, por consiguiente, se niegan a denunciar o esconden el haber sido víctimas de este acto delictivo.
7. La violación de hombre por otro hombre, no significa que la víctima sea bisexual u homosexual o que lo será; tanto el hombre heterosexual como el homosexual son víctimas de agresión sexual y, por lo tanto, sujetos pasivos del delito de violación, lo cual debe quedar en una norma penal que contemple este ilícito penal.



8. El delito de violación debe contemplar como sujeto pasivo al sexo masculino, puesto que al existir penetración anal u oral en el sujeto pasivo, es otra forma distinta de tener una relación sexual.





RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario establecer la voluntad del legislador al regular el delito de abusos deshonestos, puesto que este hecho delictivo se refiere a los actos sexuales distintos al acceso carnal, lo cual permitirá distinguirlo perfectamente del delito de violación.
2. El tipo penal del delito de violación, debe ser plasmado a través de una reforma de los Artículos 173, 174 y 175 del Código Penal, que permita una mejor aplicación y administración de justicia.
3. Conforme el proyecto de reforma del delito de violación, plasmado en la presente investigación, el Ministerio Público podrá investigar y ejercitar la acción penal, en forma específica y diferenciada, los delitos de violación y abusos deshonestos, logrando con ello la protección de la integridad humana del sujeto pasivo del delito; y respecto a los jueces, estos podrán resolver conforme al principio de legalidad.
4. La técnica legislativa, como parte esencial de la redacción y creación de una norma jurídica penal, debe ajustar el tipo penal para cada delito, dependiendo del bien jurídico



tutelado que se pretende proteger, teniendo en cuenta los acontecimientos sociales que afectan al mundo del derecho, evitando una contradicción o mala interpretación de la comisión del delito.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina, (s.e.), 1945.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Januraby R.L.: 1989.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala. (s.e.) Ed. Magna Terra Editores: 1995.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia**. Guatemala. (s.e.) Ed. Magna Terra Editores: 1996.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina. (s.e.) Ed. Heliasta: 1976.

DEVIS ECHENDIA, Hernando. **Teoría general del proceso**. Argentina, (s.e.) Universidad de Buenos Aires: 1984.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Guatemala. (s.e.) Ed. José de Pineda Ibarra: 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Bogotá-Colombia. (s.e.) Ed. Temis: 1990.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. Parte General. Argentina. (s.e.) Ed. Bibliográfica Argentina Lavalle: 1985.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español. Parte especial**. Madrid, España. (s.e.) Ed. Dykinson: 1991.



PORTE PETIT, Celestino. **Apuntamientos de la parte general del derecho penal**. México. (s.e.) Ed. Porrúa, S.A.: 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Argentina. (s.e.) Ed. Ediar S.A.: 1990.

Legislación:

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

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106.

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