

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA POBLACIÓN INFANTIL DE GUATEMALA Y LA VULNERABILIDAD FRENTE AL DECRETO 9-2009 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS"

TESIS DE GRADO

ERICK FEDERICO PONCE SOLIS
CARNET 10381-04

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA POBLACIÓN INFANTIL DE GUATEMALA Y LA VULNERABILIDAD FRENTE AL DECRETO 9-2009 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

ERICK FEDERICO PONCE SOLIS

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. JOSE ARMANDO ENRIQUE VARGAS DE LEON

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. CLAUDIA ANNABELLA ESTRADA VASQUEZ

Señores

Honorable Consejo de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Presente

Honorable Consejo:

Es un agrado dirigirme a ustedes con el objeto de manifestarles que en virtud de la designación para ser asesor del trabajo de tesis presentado por el estudiante **ERICK FEDERICO PONCE SOLIS**, con número de carné 10381-04, titulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO 9-2009 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS**", de conformidad con el Reglamento de Tesis de esta facultad.

El trabajo realizado por el Estudiante Erick Federico Ponce Solis, fue de forma satisfactoria, seria, completa y llena todos los parámetros establecidos en el Instructivo de Tesis de esta prestigiosa Facultad para ser aprobado, por lo que les informo que se ha concluido favorablemente con el trabajo de asesoría de la tesis en referencia, en virtud de ello extiendo mi informe final de aprobación de la misma.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,


Lic. José Armando Enrique Vargas de León

Lic. José Armando Vargas de León
Abogado y Notario

M.A. Claudia Annabella Estrada Vásquez
Abogado y Notario

Guatemala, 1 de junio de 2015.

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

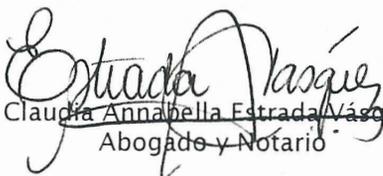
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como revisor de fondo y forma, del trabajo de tesis titulado "La Población Infantil de Guatemala y la vulnerabilidad frente al Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas" elaborado por el estudiante ERICK FEDERICO PONCE SOLÍS carnet 1038104.

Luego de efectuada la revisión, se consideró que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por ERICK FEDERICO PONCE SOLÍS carnet 1038104, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que a el autor se le confiera el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


Licda. Claudia Annabella Estrada Vásquez, M.A.
Abogado y Notario



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante ERICK FEDERICO PONCE SOLIS, Carnet 10381-04 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07288-2015 de fecha 1 de junio de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA POBLACIÓN INFANTIL DE GUATEMALA Y LA VULNERABILIDAD FRENTE AL DECRETO 9-2009 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 2 días del mes de junio del año 2015.

**MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**



AGRADECIMIENTO

A DIOSITO, SAN BENITO Y A LA VIRGENCITA: Por permanecer en todo momento en mi vida y en la vida de mi familia, por cada momento de aprendizaje y principalmente por estar conmigo en los momentos de debilidad, por ese gran amor derramado sobre mi persona y por ser la guía que ilumina mi vida personal y profesional. GRACIAS DIOS MÍO por permitirme culminar una etapa más en mi carrera profesional, GRACIAS DIOS MÍO ser la fortaleza de mi hogar.

A MIS PADRES: Manola y Federico, por todos esos grandes esfuerzos y sacrificios que han realizado y siguen realizando por mi persona, por ser el mayor ejemplo de vida, lucha, perseverancia y amor. No tengo como agradecer a mis padres su gran amor, no tengo como agradecer cada palabra de aliento, su confianza y amor incondicional. Doy gracias a DIOS por darme a los mejores padres; y a mis padres por darme todas las oportunidades de la vida, por grandes e inolvidables momentos de amor, felicidad y aprendizaje.

¡GRACIAS MIS VIEJOS!

A MI ESPOSA: Gracias ángel de mi vida, gracias esposa mía. Eres un ejemplo de ser humano. Gracias por estar conmigo en cada etapa de la vida, por tu gran amor, apoyo, comprensión y dulzura en cada momento. Gracias por hacerme la persona más feliz de la tierra y por ser la madre de ese angelito que está en camino, porque ambos son mi motor, son mis ganas de vivir, son ese aditivo que llena de vida mi corazón, de lucha y esfuerzo. Gracias por apoyarme en este largo camino de carrera profesional y por confiar en mí a cada momento, no tengo palabras para agradecer a DIOS por esta gran mujer que puso a mi lado. Te amo y amo todo lo que eres y representas, amo a ese bebé que cuidas en tu vientre y amo la manera en que lo haces. ¡GRACIAS MI HERMOSA!

A MIS HERMANOS: Manola y Raúl, gracias hermanitos por siempre estar allí, gracias por estar pendientes del menor de los hermanos. Los amo y amo a mis sobrinos y sus familias, gracias por siempre tener la palabra justa para que no desmaye y siga adelante. Gracias por ser esas personas que me enseñaron a hacer travesuras, vivir la felicidad y sobre todo por ser un ejemplo de lucha y esfuerzo.

A MI FAMILIA: A mis abuelitas. Abuelita Panchita, Abuelita Margo y Abuelita Paca, gracias por ser personas de luz para toda la familia, por representar tan bien a nuestra familia, por cada momento de lucha y esfuerzo en las distintas etapas de la vida. Gracias por ser ejemplo de amor, honestidad, humildad y ganas de salir adelante, agradezco a la vida por permitir disfrutar momentos a su lado, gracias por siempre estar allí y cuidarnos.

A la familia en general, gracias por cada palabra de cariño y por su apoyo incondicional. Eternamente agradecido.

A MIS AMIGOS: Gracias a todas esas personas con las que he compartido el camino de la vida, gracias por estar siempre a mi lado para aconsejarme y compartir momentos difíciles y grandes alegrías. Agradezco a la vida por darme amigos excepcionales, honestos y sinceros. Agradezco a Jensen Samayoa por cada consejo, regaño y buenas charlas. Gracias mi amigo por estar en los malos y buenos momentos, gracias amigo por ser un amigo incondicional.

A MI ALMA MÁTER: A mí querida casa de estudios Universidad Rafael Landívar, por abrirme las puertas y representar los más grandes niveles de excelencia académica, ética y valores.

**A POBLACIÓN INFANTIL DE GUATEMALA Y LA VULNERABILIDAD
FRENTE AL DECRETO 9-2009 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA, LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y
TRATA DE PERSONAS**

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	6
1. TEORÍA DEL DELITO	6
1.1 ELEMENTOS DEL DELITO	7
1.2 TIPICIDAD	11
1.3 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN DE LOS MISMOS	12
1.4 DOLO	15
1.5 AUSENCIA DE DOLO POR ERROR DE TIPO	17
1.6 CULPA	19
1.7 ANTIJURICIDAD	22
1.8 CULPABILIDAD	27
CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD:	33
1.9 PUNIBILIDAD	36
CAPITULO II	38
2. LA VIOLENCIA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS 38	
2.1 BASE LEGAL DE LOS DELITOS SEXUALES Y SUS PENAS RESPECTIVAS	42
2.1.1 EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LA PENA.	42
2.1.2 ELEMENTOS DE LA NORMA JURÍDICA	42

2.1.2	CLASIFICACIÓN DE LA NORMA:	42
2.1.3	CODIGO PENAL - DECRETO 17-93	43
	TIPOS DE DELITO:.....	44
2.1.5	LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS - DECRETO 9-2009.....	47
2.1.6	ANTECEDENTES Y PRESENTACIÓN DE HECHOS DELITOS COMO LA VIOLENCIA SEXUAL, LA EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS	49
CAPÍTULO III.....		51
3.	LA TRATA DE PERSONAS EN GUATEMALA	51
3.1	SECRETARÍA DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS.....	57
3.2	LA VICTIMOLOGÍA	59
3.3	DERECHOS DE LA VÍCTIMA	60
3.4	RESTITUCIÓN DE DERECHOS:	61
3.5	DENUNCIA BAJO RESERVA DE CONFIDENCIALIDAD	61
3.6	ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO 9-2009 EN CONTRAPOSICIÓN CON EL CÓDIGO PENAL 17-73.....	64
3.7	MARCO LEGAL INTERNACIONAL.....	71
CAPÍTULO IV.....		75
4.	PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	75
	ENCUESTAS ELABORADAS A PROFESIONALES DE LA UNIDAD DE PREVENCIÓN DE TRATA DE PERSONAS DE LA PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	75
CONCLUSIONES		84
RECOMENDACIONES		86
REFERENCIAS CONSULTADAS		87

RESPONSABILIDAD:

“El autor será el único responsable del contenido y conclusiones de la tesis”

RESUMEN EJECUTIVO

El análisis jurídico de la Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, regula que los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las acciones que dicha ley establece. En el Pacto Internacional establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todo ser humano, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Así mismo se hará referencia a la interpretación jurídica en el derecho constitucional guatemalteco.

Se analizaron, los tipos penales que existen en el Código Penal como los que se enmarcan en la Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas para realizar una comparación entre los mismos, también se pueden establecer las nuevas figuras delictivas que sancionan delitos de explotación sexual comercial, trata de personas.

En la presente investigación se analizará los cambios en la legislación guatemalteca, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas. Los operadores de justicia cuentan ahora con el reto de aplicar la nueva normativa con eficacia y eficiencia para lograr resultados que conlleven a la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

El tema se abordará de acuerdo a la problemática de un sector tan vulnerable como es el sector infantil, desde el punto de vista legal y específicamente a la población menor de edad.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se propone determinar por medio del análisis jurídico del Decreto 9-2009 en contraposición con el Código Penal 17-73, como regulan los estados partes y cuáles son las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de violencia sexual, explotación y trata de personas, principalmente enfocando a la población infantil como un sector vulnerable. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

Asimismo se hará referencia a la interpretación jurídica en el derecho constitucional guatemalteco y como consecuencia la aplicación del interés superior de todo ser humano.

El problema de la explotación sexual infantil tiene repercusiones mundiales, razón por la cual ha sido reiterada en instrumentos internacionales la represión a la explotación sexual infantil, y fenómenos asociados a ésta conducta anormal, como lo es la esclavitud y discriminación de género. De esa cuenta se indica que el interés superior de los seres humanos versa su origen en varios cuerpos legales entre ellos; "Declaración de Ginebra" aprobada en 1924 por la Sociedad de las Naciones, en 1959 y la "Declaración de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas", pero no fue sino hasta 1979 cuando se celebró el "Año Internacional del Niño", donde la Comisión de Derecho Internacional inició el proceso de redacción de las normas.

A mitad del siglo pasado, la Organización de Naciones Unidas ha manifestado su compromiso que todos los seres humanos gocen de la plena vigencia de los Derechos Humanos, y lo pretende lograr a través de la aprobación de importantes instrumentos jurídicos vinculados con esta materia. La jerarquía de

los instrumentos internacionales dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco ha generado controversia en el sentido que si son o no superiores a la Constitución Política de la República de Guatemala. Para la resolución de este conflicto existen dos corrientes: la doctrina dualista y la doctrina monista. Ésta última indica que el derecho internacional es directamente aplicable al quedar incorporado en el sistema nacional sin que exista necesidad de un acto del legislativo, por el contrario, la teoría dualista es la que indica que para que la norma se incorpore sea a través del proceso legislativo existente en cada país.

En virtud de las citadas corrientes doctrinarias se puede apreciar el principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están, las mujeres y los niños, y la opinión de ellos en cualquier asunto jurídico de su interés es de suma importancia.

Es preciso remontarse a los delitos que se encuentran tipificados actualmente en el Código Penal y cómo los modifica la nueva Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, también se pueden apreciar las nuevas figuras delictivas que sancionan delitos de explotación sexual comercial, trata de personas, adopciones ilegales y tráfico de órganos. Con estos cambios la legislación guatemalteca avanza, ya que a partir de la entrada en vigencia de ésta ley se encuentran reguladas penalmente conductas delictivas que actualmente se cometen en total impunidad en nuestro país.

Los operadores de justicia cuentan actualmente con el reto de aplicar la nueva normativa con eficacia y eficiencia para lograr resultados que conlleven a la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas adolescentes y mujeres.

La práctica de trata con las personas, es tan antigua como la vida misma, pero no por ello se debe seguir permitiendo y dejar que se practique. No es posible que en el Siglo XXI exista un alto índice de invisibilidad, un flagelo que por demás

está decirlo, oprime, destruye y mata a mujeres, niñas, niños y jóvenes del mundo. Además del problema social que representa y las causas que lo originan, se encuentra la invisibilización se da desde todos los ámbitos del Estado mismo: se permite desde todos los estratos sociales y la ley es aplicada de forma permisiva sin que al momento se hayan emitido drásticas sentencias condenatorias a favor de las víctimas de este delito, especialmente en Guatemala.

La creación de figuras delictivas para la protección legal de los niños, niñas y adolescentes ante la explotación sexual a convivencia de la sociedad en armonía es la suma de un cúmulo de circunstancias económicas, culturales y jurídicas, es por ello que la ley en sí misma no puede garantizar que no se cometan actos delictivos, pero es un instrumento útil para advertir e intimidar a los potenciales delincuentes sobre las consecuencias del delito; además la legislación debe ser dinámica, adecuarse lo más rápidamente a nuevas conductas surgidas de la práctica social, pues sólo de esta manera el derecho será útil para la sociedad, pues de lo contrario se convierte en un obstáculo para el desarrollo social. Ante tal situación surgió la interrogante siguiente ¿Cuál es el análisis jurídico sobre el Decreto 9-2009 en contraposición con el Código Penal, Decreto 17-93?, al plantearse dicha interrogante se trazan objetivos generales y específicos con la finalidad de obtener una respuesta a los siguientes planteamientos:

Dentro de los objetivos generales es relevante y determinante establecer cuáles son las principales diferencias entre la tipificación existente en el Código Penal, Decreto 17-93 y la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009, tipificación que en algún momento se creyó suficiente pero que impedía combatir delitos que se encontraban limitados en su tipificación. Dentro del Decreto 9-2009 podemos encontrar figuras delictivas verdaderamente novedosas y amplias, permitiendo el encuadre de los delitos aun sin cumplir con cada uno de los elementos del delito que anteriormente limitaban al poder judicial a procesar a los sujetos activos del delito.

Dentro del presente trabajo de investigación se desarrolla de forma global y como interés superior a los menores de edad, identificando aspectos que permiten la

correcta aplicación procesal del Decreto 9-2009 y sobre todo cuales son los mecanismos, entidades y facultades que el Estado de Guatemala debe adoptar para cumplir con el debido proceso por los delitos de explotación, violencia sexual o trata de personas. El desarrollo de la investigación tiene como objetivos específicos analizar la aplicación del Decreto 9-2009 y el desarrollo por parte de los profesionales, dicho esto se puntualizan los siguientes temas:

a) Determinar la importancia jurídica de incorporar el principio interés superior del niño, en cualquier proceso penal donde se aplique la Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; b) La necesidad de escuchar las declaraciones de las víctimas en los procesos penales donde se aplique la Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; c) Estipular cómo se califica la declaración testimonial de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, en caso de ser negativas la ayuda de todas las instituciones del estado que combaten el flagelo de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas; d) Demostrar la necesidad de dar intervención a la Secretaria de la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas adscrita a la Vicepresidencia de la República de Guatemala.

En cuanto a los elementos de estudio, la investigación giró alrededor de temas como: a) La Trata de Personas en Guatemala; b) El derecho de opinión; c) Los derechos de la niñez y la interpretación jurídica guatemalteca; d) La Corte de Constitucionalidad y el derecho de opinión del niño; e) La Victimología f) Derechos de la Víctima; g) Evolución histórica del Derecho Penal; h) Características del Derecho Penal; i) Principios Constitucionales de Derecho Penal; j) Teoría del Delito; k) La Violencia y Explotación Sexual y la Trata de Personas; l) Base legal de los delitos sexuales y sus penas respectivas; lo cual enmarca el presente trabajo de tesis en una investigación de tipo jurídico descriptiva en la modalidad de monografía.

En cuanto a los sujetos de análisis, las encuestas giraron alrededor de una muestra de diez profesionales pertenecientes a la Unidad de Prevención de Trata de Personas de la Procuraduría de los Derechos Humanos. El alcance del

trabajo es determinar, cuál es el análisis jurídico sobre el Decreto 9-2009 en contraposición con el Código Penal 17-73.

Se pretende también determinar, si los Abogados y Notarios de Guatemala como estudiosos del derecho y operadores de justicia, aplican la Ley de Violencia y Explotación Sexual y la Trata de Personas.

Una de las limitaciones con las que el autor se encontró en el desarrollo de esta tesis, consiste en el hecho que es una red internacional del crimen organizado en La Violencia, Explotación Sexual y la Trata de Personas, siendo aquí en esta instancia, donde nace la inquietud de la investigación.

Como unidades de análisis se abarcaron: a) Constitución Política de la República de Guatemala; b) Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República; c) Código Procesal Penal guatemalteco, Decreto número 51-92 del Congreso de la República; d) Ley Orgánica del Ministerio Público; e) Decreto 40-94 del Ministerio Público. f) Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto No. 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala; g) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica; h) Convención para la Represión de la Circulación y el Tráfico de las publicaciones obscenas; i) Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; j) Convención sobre los Derechos del Niño aprobada y ratificada por el Estado Guatemalteco; k) Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la “prohibición de las peores formas de trabajo de menores y la acción inmediata para su eliminación; l) Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 29 y 105 relacionados con el trabajo forzoso y obligatorio y la abolición del trabajo forzoso; m) Convenios y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos; n) Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia Guatemala; o) Corte de

Constitucionalidad p) Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; q) Declaración Universal de Derechos Humanos; r) Manual de Convención de Derechos del Niño; s) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos t) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

CAPITULO I

1. TEORÍA DEL DELITO¹

Es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general. Tiene una utilidad práctica, el juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto debe tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o por ejemplo ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación.

La función de la Teoría del Delito es generar un sistema de análisis, para poder tomar en consideración en forma lógica, ordenada y garantizar todos estos aspectos. Para determinar si una conducta concreta es delictiva, hay que ir analizado si se da cada uno de sus elementos, de esta forma la aplicación de la Teoría del Delito incrementa la seguridad jurídica².

Zaffaroni, la ejemplifica basándose en una cebra. Una definición formal diría que una cebra es lo que la zoología define como tal. Ello, aunque cierto, no aclara mucho lo que es una cebra. Una definición dogmática (con sus elementos) definirá a la cebra como un animal, mamífero, equino, que se distingue de otros por su pelambrera rayada, para determinar si es una cebra analizaremos primero si es un animal, si es mamífero, siguiendo cada uno de sus elementos en orden

¹ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A. 2010. Págs.1-5.

² López Betancourt, Eduardo. *Delitos en Particular*. México. Editorial Porrúa. 2008. Pág. 54

lógico, de esta manera nadie se plantearía si una piedra rayada puede ser una cebra.

La cebra no es la suma de un animal, mamífero, equino y rayado, sino una unidad de la cual extraemos unas características. La teoría general del Delito, estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual, o una malversación de caudales públicos.

1.1 ELEMENTOS DEL DELITO³

Los elementos que conforman un delito son diversos, los autores discrepan en cuanto al número de elementos. Los elementos del delito se dividen en Positivos y Negativos, de tal manera que cuando se hace referencia a los elementos positivos del Delito se está confirmando la existencia del mismo y se afirma la responsabilidad penal del Sujeto Activo, es decir, acotar sobre los elementos que destruyen la conformación del Delito, desde el punto de vista jurídico, y en todo caso eliminan la responsabilidad penal del sujeto Activo. En lo que coincide la mayoría es en que los elementos que conforman el delito son siete:

- a) **Acción o Conducta Humana:** Es el primer elemento de la Teoría del Delito, ya que parte del comportamiento humano, el cual es pre-jurídico por cuanto es previo a la norma, de todos los comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y le señala una pena. La doctrina utiliza el término ACCION como el más frecuente, otros autores le llaman, conducta, hecho, acto, entre otros. Tan solo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada como delito y motivar una reacción penal, por ello no puede ser delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si estos no se traducen en actos externos. Tampoco serán delictivos los actos cometidos por animales, ni los sucesos causales, como los fenómenos de la naturaleza.

³ Muñoz, Conde. Op. cit. Página 8.

No obstante, podrán ser relevantes cuando sean usados como instrumentos para cometer un delito. *Discusión en torno a la acción:* Las discusiones en torno a la acción han dividido a la doctrina penal en dos grandes grupos, las posturas causalistas y las finalistas.

Postura Causalista: Esta teoría dominó la ciencia penal alemana, siendo sus principales representantes Von Liszt y Mezger. Para los causalistas la acción es una conducta humana voluntaria, es puro proceso causal, será acción el iniciar voluntariamente un curso causal, lo que el sujeto a querido es totalmente irrelevante y solo tendrá importancia en un momento posterior al analizar la culpabilidad, se está ante una causalidad ciega.

Postura finalista: Esta teoría surgió como reacción de las teorías causalistas, en Alemania, en la década de los 30, su principal representante fue Hans Welzel. Para el finalismo, acción es todo comportamiento humano dependiente de la voluntad humana dirigido a la consecución de un fin. Los finalistas entienden que no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin, la acción humana regida por la voluntad es siempre una acción final. Los finalistas a diferencia de los causalistas no distinguen entre elementos objetivos y subjetivos. Para los finalistas el comportamiento humano, como conducta, constituye un todo, sin embargo consideran dos aspectos, el interno y el externo. Fase interna: Se da en el pensamiento del autor, el autor piensa el fin al cual quiere llegar, los medios de que dispone y los efectos concomitantes que van a producir dichos medios. Los efectos concomitantes pueden hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin, rechazando algunos medios (viajando en avión y no en carro). Fase externa: Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios y ponderados los efectos concomitantes, el autor pone en marcha el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura llegar a la meta propuesta. La voluntad en la realización de la acción no debe confundirse con el deseo, un individuo puede desear un resultado y alegrarse de que ocurra y no por ello el resultado será penalmente relevante.

La persona que en estado de emoción violenta dispara contra otra, posiblemente no medito su actuar y no desea matarla, pero al momento de cometer la acción quería disparar contra ella. La crítica principal a los finalistas es que no dan una respuesta satisfactoria en los delitos imprudentes, sobre todo cuando la persona no es consciente de la imprudencia.

FALTA DE ACCION: Tal y como se indicó anteriormente, la acción penalmente relevante tendrá que ser humana, en segundo lugar será necesario algún tipo de manifestación externa, los simples pensamientos no constituyen acción. Y, tanto para causalistas como finalistas, no habrá acción penalmente relevante cuando falte voluntariedad. Habrá supuestos en los que la existencia de un comportamiento humano externo no sea considerada acción, ya que no existe voluntad por parte de la persona para realizarlo. Concretamente, la doctrina enumera las acciones realizadas por: a) Fuerza física irresistible, artículo 25 del Código Penal; b) Movimientos reflejos; c) Estados de inconsciencia, artículo 23 del Código Penal.

La Falta de Acción consta de tres supuestos:

- *Fuerza física irresistible*: “Habrá fuerza exterior cuando se ejecute el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre el”. Cuando exista una fuerza exterior dirigida sobre la persona, que produzca el resultado definido en el tipo, sin que pueda evitarlo.

Los requisitos de la fuerza física irresistible o vis compulsiva, son:

- a) La fuerza ha de ser absoluta: el que la sufre no debe tener opción, por ejemplo, Juan empuja a Pedro contra un cristal y lo rompe. El autor del daño sería Juan, y el empujado no cometería un delito penalmente relevante. Pedro no es más que un objeto utilizado para realizar la acción. Distinto es la vis compulsiva o coacción, Juan le pone una pistola en la sien a Pedro y le ordena que dispare contra Mario, en este ejemplo Pedro

tiene la opción de comportarse como héroe y no disparar. Por ello si Pedro dispara, realizara una acción típica, aunque no será delictiva, al faltar la culpabilidad.

- b) La fuerza ha de ser exterior, ejercida por un tercero o por la naturaleza. Los impulsos irresistibles de origen interno, como arrebatos u obcecación no son físicos.

Movimientos reflejos: La mayoría de la doctrina considera que los puros movimientos reflejos no pueden calificarse como acción penalmente relevante.

Dentro de estos supuestos se incluyen casos de convulsiones epilépticas o movimientos instintivos de defensa. El movimiento reflejo se da cuando el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Si no existe voluntad, no habrá acción. No se incluyen en estos casos, las reacciones en "corto circuito", es decir, reacciones impulsivas en las que la voluntad participa, aunque se fugazmente. Por ejemplo, aquella persona que es empujada en una discusión y reacciona dando un puñetazo.

El Código Penal no prevé el movimiento reflejo en forma expresa, por lo que a veces resulta difícil la aplicación de esta causa de exclusión de la acción.

No obstante, no tiene graves consecuencias prácticas por dos motivos:

1. Estos supuestos son de laboratorio, de escasa aplicación.
2. Aunque existiese acción, desaparecería la tipicidad por no haber dolo ni culpa. Por ejemplo, Carlos sufre un ataque de epilepsia frente a un cuadro de alto valor, rompiéndolo, en este caso, se excluirá la tipicidad por no querer Carlos producir el resultado (no hay dolo) o, por no existir un comportamiento imprudente por parte del autor (no hay culpa).

*Estados de inconsciencia: Artículo 23.2 Código Penal*⁴ No habrá acción penalmente relevante en los estados de inconsciencia, independientemente de su origen natural (sueño) o no (drogas). Sin embargo, es importante destacar que la acción debe verse en forma amplia y no limitarse estrictamente al momento inmediatamente anterior a la producción del resultado. Por ejemplo, un conductor de camión queda dormido al manejar y se estrella, produciendo lesiones a un peatón. En este caso, si bien el hecho se dio por estar inconsciente el autor, existe una conducta penalmente relevante por cuando este debería haber sido más cuidadoso y haber detenido la marcha al advertir su estado de cansancio. Al igual que en la fuerza física, esta causa de exclusión de la acción es más común en los delitos omisivos, al no poder realizar el autor la conducta esperada, por encontrarse en estado de inconsciencia.

1.2 TIPICIDAD

El tipo penal describe la conducta prohibida por la ley. Así, la conducta señalada en el artículo 123 del Código Penal⁵ “matar a otro”, es descripción de un acción que infringe la norma general de “no mataras”. La tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que del mismo se hace en la ley penal. De esta manera la acción de disparar con una pistola sobre una persona produciéndole la muerte es una acción típica de homicidio del artículo 123 del Código Penal.

Las principales funciones del tipo son:

- a) Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. De todas las acciones antijurídicas el ordenamiento selecciona las más intolerables y lesivas para los bienes jurídicos más importantes (ejemplo el homicidio) a efectos de castigarlas penalmente.

- b) Función de garantía. Su fundamento se encuentra en el principio de legalidad. Por ello, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Es decir, únicamente los

⁴ Idem. Artículo 23.

⁵ Idem. Artículo 123.

comportamientos subsumibles en un tipo pueden ser penalmente relevantes. Es necesario, para que una acción sea delito, que se describa en la ley penal.

- c) Función motivadora general. Con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con las conductas penales contenidas en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Esta función está claramente relacionada con la teoría de prevención general sobre los fines de la pena.

1.3 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN DE LOS MISMOS

Cada uno de los delitos contiene una serie de características que los diferencian de los demás, materia que se estudia en la parte especial del derecho penal. Sin embargo, existen una serie de elementos comunes que los definen y a partir de los cuales se pueden establecer clasificaciones entre los delitos.

Estos son el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la acción.

- a) *El bien jurídico protegido*: Von Liszt⁶ creador del concepto, señalaba que “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido...”, todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad, los intereses no los crea el ordenamiento, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico.

El bien jurídico es fundamento de la norma. La prohibición de una conducta y la imposición de una sanción, solo se justifican en cuanto sirvan para proteger un bien jurídico. En algunos casos algunos tipos penales pueden proteger más de un bien jurídico, como es el delito de tortura Artículo 201 Código Penal, que

⁶ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. España. Valleta Ediciones SRL. 2007. Pág.92.

protege los bienes jurídicos de integridad física e integridad moral y el ejercicio correcto de la función pública por parte de los funcionarios estatales.

En función de la afectación al bien jurídico, los delitos pueden ser clasificados en:

- a) Delitos de lesión al bien jurídico: En los delitos de lesión para que sea consumado, es necesario que el bien jurídico haya sido afectado. En caso contrario, solo se respondería tal vez por tentativa. Por ejemplo, para que se consume el delito de homicidio, es necesario que el bien jurídico de la vida haya sido afectado.

- b) Delitos de peligro al bien jurídico: En algunos casos, para evitar la afectación a bienes jurídicos, el derecho penal adelanta la “barrera de protección” y prohíbe conductas que los ponen en peligro. No se espera para intervenir que el bien jurídico sea afectado, sino que se anticipa penalizando conductas que generalmente suelen darse antes que la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, el tráfico de armas no lesiona directamente la vida o la seguridad de las personas, pero implica el peligro para estos bienes porque posteriormente con las armas se cometen delitos.

Dentro de los delitos de peligro se distinguen:

- Delitos de peligro concreto: Son aquellos donde se exigen que haya existido un peligro real de lesión del bien jurídico. Por ejemplo, delito de responsabilidad de conductores, artículo 157 Código Penal establece que se sanciona a quien “conduzca un vehículo de motor con temeridad impericia manifiesta...poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas su integridad física o sus bienes”. En este ejemplo, para existir condena, tendrá que haberse probado que en el caso concreto existió peligro.

- Delitos de peligro abstracto: Es necesario comprobar la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, por entenderse que dichas conductas son en si mismas peligrosas.

Sujeto activo: Es la o las personas que realizan la acción descrita en el tipo y a quien o quienes se sanciona con una pena. Por ejemplo, en el homicidio el que mata, en el robo el que roba, u otros.

En función de los requisitos exigidos al sujeto activo, los delitos pueden ser calificados como comunes y especiales: Comunes: Son aquellos que no requieren ninguna cualidad especial en el autor. Ejemplo: Las lesiones, según artículo 144 Código Penal. Especiales: El tipo exige cualidades especiales en el sujeto activo del delito. Dentro de estos delitos se distinguen: *En sentido propio:* No tiene correspondencia con un delito común la acción descrita solo puede realizarla la persona que tenga cierta cualidad ejemplo: Prevaricato, según artículo 462 y 463 Código Penal.

Sujeto pasivo: Es el titular del bien jurídico protegido. Es importante, no obstante distinguir el sujeto pasivo de otras figuras afines.

- *El objeto de la acción:* Es la persona o cosa sobre la que recae la acción, que no necesariamente coincide con el sujeto pasivo. Si A mata a B, A es a la vez el objeto de la acción y la titular del bien jurídico vida (sujeto pasivo). En un supuesto de robo de carro, objeto de la acción serán tanto el carro como la persona que lo manejaba al producirse el hecho. Sin embargo, el sujeto pasivo será el titular del bien jurídico, que es la propiedad, es decir, el dueño del carro, que puede no ser la persona que lo manejaba.
- *El agraviado:* Es un concepto más amplio, por que incluye además del sujeto pasivo otras personas afectadas por el delito. Artículo 117 Código Procesal Penal.

1.4 DOLO⁷

Por dolo se entiende como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y puede ser definido como “el conocer y querer la conducta y el resultado típico”. El tipo no se reduce a elementos objetivos (indicados anteriormente) en los que se incluyen los elementos de la naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica. Este también tiene el elemento subjetivo, el cual contiene la voluntad que rige la acción.

Dentro del aspecto subjetivo podemos distinguir los supuestos en los que el autor quiso el resultado de aquellos otros en los que el autor no lo quiso, pero su actuar imprudente lo produjo. Los primeros originaran tipos dolosos y los segundos tipos culposos. Esta manera de analizar la conducta surge del sistema finalista, siendo aceptada hoy en día por la mayoría de la doctrina.

Estructura del tipo doloso:

Los delitos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre la realización del tipo y la voluntad del autor. El tipo objetivo comprende todos aquellos elementos perceptibles del mundo exterior que fundamentan lo ilícito. El tipo subjetivo comprende aquellos factores intrínsecos al autor, es decir, está referida a su conciencia. El elemento fundamental es el dolo, si bien en algunos delitos existen otros elementos subjetivos en su tipo distintos del dolo a estos se les denominan elementos especiales. El artículo 11 del Código Penal establece que “habrá delito doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”.

Dentro del dolo se distinguen dos elementos:

Elemento cognoscitivo: Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, tener un conocimiento de los elementos del tipo

⁷Muñoz, Conde. Op. cit. Pág. 53.

objetivo. El que roba, debe saber que está robando. Este conocimiento deberá tener las siguientes características:

- El conocimiento ha de ser actual, debe darse en el momento en que el sujeto realiza la acción. No es un conocimiento potencial de lo que debería saber.
- El conocimiento debe ser extensivo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, es decir agravantes y atenuantes.
- No es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto de todos los elementos del tipo objetivo. Es suficiente que tenga un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos. *Elemento volitivo*: Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo; es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no debe confundirse con los móviles o deseos del sujeto.

Clases de dolo: A partir del elemento volitivo, es decir de la voluntad del autor, la doctrina distingue distintos tipos de dolo⁸:

- *Dolo directo o directo de primer grado*: Se da cuando el autor ha querido la realización del tipo objetivo y ha actuado con voluntad; el resultado o la actividad es querida directamente como fin.
- *Dolo indirecto, directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*: En él, el resultado es la consecuencia necesaria del medio empleado. Con otras palabras, habrá dolo cuando en la realización del hecho aparezcan otros resultado concomitantes, aunque estos no hayan sido la meta del autor, porque de todos modos están ligados a la conciencia de este de una manera necesaria o posible.
- *Dolo eventual*: El sujeto se representa el resultado (efecto concomitante) como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual producción. Por

⁸ Escobar Cárdenas, Fredy. Op. Cit. Página. 156.

ejemplo, Juan para robar a Irene visiblemente embarazada, le da golpes fuertes en el vientre produciéndole la muerte del feto. En este caso, Juan sabía que golpear a una mujer embarazada podía provocar el aborto y actuó aunque no buscara ese objetivo. Por ello Juan responde por aborto cometido con dolo eventual.

1.5 AUSENCIA DE DOLO POR ERROR DE TIPO

Para poder actuar con dolo, el autor ha de conocer los elementos objetivos integrantes del tipo y querer realizar la acción. Pero puede suceder que el autor cometa un error de percepción y no aprecie un elemento del tipo, realizando objetivamente una conducta típica. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo, en los supuestos de error sobre los elementos objetivos del tipo (o error de tipo), desaparece esa voluntad.

Error burdo: Cuando las condiciones objetivas del hecho sean evidentes a los ojos de cualquier espectador colocando en la misma situación y circunstancias del autor

Error vencible: Cuando por las circunstancias en las que se dio el hecho, si el autor hubiese puesto la diligencia necesaria y posible, no se hubiese equivocado.

Error invencible: Cuando este se mantenga a pesar de tomar todas las precauciones necesarias para evitarlo

El Código Penal no hace ninguna referencia al error de tipo. Sin embargo, ello no es necesario para su aplicación, por cuanto este se deduce de la definición de dolo del artículo 11 Código Penal. No podrá existir dolo, si el resultado no ha sido previsto o el autor no se lo ha representado como posible. Si falta el elemento cognoscitivo, no podrá darse el elemento volitivo. Antonio, no quiso matar a Juan, ni había previsto la posibilidad de que la figura fuese Juan. Por lo tanto, al no existir dolo, no puede haber cometido un delito doloso del artículo 123 Código Penal.

Finalmente, hay que distinguir el error sobre los elementos del tipo (error de tipo) del error sobre la prohibición de la conducta (error de prohibición). Este último se da cuando el autor quiere realizar la conducta típica pero ignora que es prohibida. Así por ejemplo, ante un delito de posesión para el consumo, cometerá error de tipo cuando alguien tenga marihuana para fumar creyendo que esas hierbas son un tabaco especial y cometerá error de prohibición el que tenga marihuana para fumar, pero ignore que la tenencia para el consumo es ilegal. El error de prohibición no excluye la tipicidad, por cuanto el autor quería y conocía el resultado, pero es relevante al estudiar la culpabilidad.

Supuestos especiales del error: En el punto anterior se analizó el error de tipo, que tiene como consecuencia principal la eliminación del dolo. Sin embargo, existen algunos supuestos de error que recaen sobre distintos elementos típicos y que no excluyen el dolo:

- *Error sobre el objeto de la acción:* En principio es irrelevante. Da igual que Juan le robe el carro a Ricardo creyendo que era de Francisco, o que Luis dispare de noche sobre Lucas creyendo que era Romeo. Se plantean problemas cuando la cualidad de la persona determina un tipo distinto: Lucas era padre de Luis o al revés, Romeo era el padre de Lucas. El código señala la irrelevancia del error sobre el objeto de la acción en el artículo 21 del Código Penal.
- *Error sobre el nexo de causalidad:* Las desviaciones que no son esenciales o que no afectan la producción del resultado querido son irrelevantes: Juan le quema la casa a Luis con la intención de que muera abrasado y Luis muere al saltar desde su casa para escapar del fuego.
- *Error en el golpe (aberratio iuctis)* Se da en los delitos contra la vida y la integridad de la persona. El autor dispara sobre A pero falla y alcanza a B, que estaba a su lado. La solución y los problemas son los mismos que en los supuestos de error en el objeto.
- *Dolus Generalis:* El autor cree haber consumado el delito cuando en realidad este se consuma por un hecho posterior. Error sobre los

elementos accidentales: En estos supuestos lo que se genera es la apreciación de las circunstancias agravantes o atenuantes, o en su caso, del tipo cualificado o agravado. Por ejemplo, quien hurte una cosa sin tener la posibilidad de saber que era de valor artístico no incurrirá en hurto agravado del artículo 247 del Código Penal, aunque si en hurto simple del artículo 246 Código Penal. Quien mata a una persona, ignorando que era su padre, no responderá por parricidio pero si por homicidio o asesinato.

Elementos subjetivos especiales del tipo: Normalmente, los delitos dolosos solo requieren en su ámbito subjetivo la existencia de dolo. Sin embargo algunos tipos penales exigen la presencia de elementos especiales de carácter subjetivo distintos al dolo. Por ejemplo para que exista la suposición de parto del artículo 238 Código Penal, la mujer ha de fingir la situación para obtener para si o para su supuesto hijo derechos que no le corresponden.

En estos casos, el mismo tipo penal describe un elemento subjetivo, cosa que no suele ocurrir con el dolo que esta implícito en la descripción típica. La inexistencia de ese elemento subjetivo especial excluye la tipicidad. Sin embargo se podría aplicar otro tipo penal. En resumen, en estos supuestos, el elemento subjetivo del tipo tiene doble vertiente. Por una parte debe existir el dolo y además el autor debe haber realizado la acción con una especial intención o finalidad.

1.6 CULPA

En algunos casos el delito no es directamente querido por el autor, sino que es fruto de una actuación imprudente. En estos delitos, el elemento fundamental es la falta del deber de cuidado que origina el resultado dañoso para un bien jurídico. El tipo culposo es aquel en el que, debido a una acción infractora de un deber de cuidado, el autor produce un resultado lesivo para un bien jurídico y no querido por él. Sin embargo, no toda acción que falte a deberes de cuidado será delito, sino solo las más graves que afecten a bienes jurídicos de importancia.

Prueba de ello es la estructuración de la culpa en el Código Penal, en primer lugar, es necesario que el resultado se haya producido, es decir, no existe la tentativa de delito culposo. En segundo lugar, la ley guatemalteca limita el número de delitos culposos mediante el sistema de “*numerus clausus*” apreciable en su artículo 12 que señala “que los hechos culposos son punibles en los casos expresamente indicados en la ley”. El sistema antiguo era “*numerus apertus*” mediante el cual, a través de una clausula en la parte general, cualquier delito podía ser doloso o culposo. Hasta 1995 el código penal español seguía este sistema y durante muchos años, los tribunales penaron como parricida culposo al que mataba a su padre en forma imprudente (es decir sin querer el resultado). Lo esencial del tipo culposo no es la simple causación del resultado, sino como se realiza la acción.

El tipo objetivo de la culpa:

- *La acción infractora del deber de cuidado:* El núcleo del tipo imprudente consiste en la divergencia entre la acción realizada y la esperada en virtud del deber de cuidado objetivo que era necesario observar. En estos casos, lo prohibido por el derecho penal no es el fin propuesto, sino la forma de realización de la acción. Se sanciona a la persona por no haber puesto el deber de cuidado debido. Se vulnera el deber de cuidado cuando se actúe con imprudencia, negligencia o impericia (artículo 12 del Código Penal).
- *Imprudencia:* Hace referencia a un actuar vulnerando las normas de cuidado *Negligencia:* Se refiere a un comportamiento omisivo.
- *Impericia:* Se relaciona con la vulneración de la “*lex artis*” de las distintas profesiones.

La doctrina usa el término imprudencia para referirse a todas. La doctrina señala que el deber de cuidado que cada persona debe observar, tiene una manifestación interna y una externa. El deber de cuidado interno, o deber de previsión, requiere que las personas adviertan la presencia o creación de un peligro. La persona tiene la obligación de advertir que la conducta que esta

realizando implica un incremento de posibilidades de producción de un resultado dañoso. El deber de cuidado externo, según Berdugo⁹ se entiende “como el deber de comportarse conforme a la norma de cuidado que el peligro, previamente advertido, requiere”. Este deber se concreta en tres ámbitos:

Deber de omitir acciones peligrosas no permitidas:

Las personas deben evitar realizar acciones peligrosas que no estén permitidas, por ejemplo, fumar en una gasolinera. Asimismo, deberán evitar conductas que exijan una cualificación técnica que el autor no posee, ejemplo, operar sin tener los conocimientos necesarios en medicina, o manejar sin tener licencia.

Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas permitidas:

Existen algunas conductas peligrosas que son socialmente aceptadas, como el manejo en carretera, la utilización de explosivos en construcción o el uso de armas defensivas. En esos supuestos, la persona debe extremar las medidas de precaución. Por ejemplo, quien use una pistola deberá evitar dejarla al alcance de los niños.

Deber de preparación e información previa:

Cuando se va a realizar alguna acción peligrosa, la persona debe tomar precauciones especiales.

El deber de cuidado exigido no se encuentra plasmado en el Código Penal sino que hay que buscarlo en otras fuentes. Los criterios principales son:

⁹ Berdugo Gómez, Ignacio. Op. Cit. Pág. 123.

- Las leyes y reglamentos: Numerosas leyes y reglamentos administrativos definen los procedimientos a seguir en la realización de actividades peligrosas. Así por ejemplo, la Ley de tránsito y su reglamento indican como se debe manejar. La infracción a dichas normas vulnera el deber de cuidado exigido.
- La llamada “lex artis”, es el conjunto de normas, a veces no escritas, de actuación de distintas profesiones. Por ejemplo, los médicos deben actuar en cada caso tomando una serie de precauciones para evitar lesiones o muerte del paciente para operar.
- La común experiencia social: Ni las leyes ni los reglamentos pueden abarcar todos los supuestos de la vida cotidiana. En muchos casos, se recurrirá a criterios generales como la diligencia del hombre medio para determinar si una conducta es prudente.

1.7 ANTIJURICIDAD

Habiéndose comprobado que la acción realizada se encuadra en lo descrito en el tipo penal, es necesario revisar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Tras el estudio de la acción y de la tipicidad, el siguiente estrato en la Teoría del Delito es la antijuridicidad.

Por antijuridicidad se entiende la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad es un juicio negativo del valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

El concepto de antijurídico es un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, lo que es antijurídico para el derecho penal lo es también para el derecho civil. Sin embargo, no todo lo antijurídico es penalmente relevante. Tan solo los comportamientos antijurídicos descritos en el tipo penal serán relevantes. Un incumplimiento contractual es antijurídico, pero no es típico,

por lo tanto no será delito. De entre todos los comportamientos antijurídicos, la ley penal selecciona a través de la tipicidad aquellos que considera mas graves. A la hora de analizar si una conducta es penalmente antijurídica, en primer lugar habrá que determinar si se enmarca dentro de alguno de los tipos penales de la parte especial del Código Penal o de otras leyes. En un segundo momento, se afirmara la antijuricidad, al no concurrir ninguna causa de justificación. Por ello se dice que la determinación de la antijuricidad es negativa: una conducta será antijurídica si no concurren causas de justificación, es decir, no hay una definición positiva de la antijuricidad. Para englobar la tipicidad y la antijuricidad se utiliza la expresión “tipo de injusto”. El tipo de injusto es la acción típica y antijurídica. Sin embargo, existe división en la doctrina respecto a la relación entre en tipo y la antijuricidad. Las dos principales corrientes son conocidas como “función indiciaria del tipo” y la “teoría de los elementos negativos del tipo”

- **Función indiciaria del tipo:** La tipicidad es un indicio de la antijuricidad. Actúa de igual manera que el humo y el fuego. Si vemos humo, posiblemente exista el fuego; si se determina que una acción es típica, posiblemente se antijurídica, aunque no siempre sea así. Por ejemplo, si alguien mata en legítima defensa estará actuando típicamente pero no antijurídicamente.
- **Teoría de los elementos negativos del tipo:** La teoría de los elementos negativos del tipo entiende que la antijuricidad es parte de la tipicidad. El Código Penal ha de ser interpretado en su conjunto. Si existen en la parte general causas de justificación es por simple económica legislativa. En realidad, cuando el artículo 123 del Código Penal indica que “comete homicidio quien diere muerte a una persona”, debe leerse: “comete homicidio quien diere muerte a una persona sin que concorra causa alguna de justificación”. De esta manera, para determinar la tipicidad hay que analizar en primer lugar sus elementos positivos (q exista tipo objetivo y subjetivo) y posteriormente sus elementos negativos (q no exista tipo ninguna causa de justificación).

Por todo ello, los autores afines a esta teoría definen el delito como “la acción típicamente antijurídica y culpable”. Si alguien mata en legítima defensa no comete ninguna acción típica; no comete homicidio. En este caso, tal y como señalan los detractores de esta teoría, matar a una persona es irrelevante, penalmente hablando, como matar a una mosca.

El desvalor de la acción y el desvalor del resultado: Como ya se ha indicado, el injusto es la acción típica y antijurídica, es el hecho que el derecho considera reprochable. Se plantea entonces el problema de determinar cual es el fundamento de ese reproche. En la búsqueda de una respuesta, surgen dos posiciones básicas. El fundamento de lo injusto debe buscarse en el resultado producido, en la afectación al bien jurídico, lo que la doctrina denomina desvalor del resultado y para otros, lo reprochable es la acción en si, la conducta antijurídica o desvalor del acto (el término desvalor equivale a valor negativo, es el que usa la doctrina).

Causas de Justificación: Las causas de justificación son una serie de normas permisivas, que dentro de ciertas limitaciones, autorizan que alguien viole una prohibición o mandato. Cuando concurren se dice que el acto típico esta justificado y por lo tanto no es contrario a la ley.

La protección del bien jurídico descrito en el tipo debe ceder frente a un interés prevalente. Por ejemplo, cuando una persona es detenida por la policía por orden judicial. El bien jurídico, libertad, cede frente al bien jurídico funcionamiento de la justicia. En la legítima defensa, la vida o la integridad física del agresor decae frente al derecho del agredido de no ceder ante la agresión.

Las principales Causas de Justificación están establecidas en el artículo 24 del Código Penal, siendo estas:

- 1) *legítima defensa;*
- 2) *estado de necesidad justificante;*
- 3) *legítimo ejercicio de un derecho y un deber.*

Legítima defensa¹⁰: El fundamento de la legítima defensa es el respeto a los bienes jurídicos y al derecho en general: cuando el particular actúa en legítima defensa, lo hace en la forma en que el estado lo haría, es decir, defendiendo los bienes y derechos del agredido. La base de su conducta es que el derecho no debe ceder ante lo ilícito. Por esta razón, el agredido no está obligado, en un principio, a huir. El derecho no solo permite, sino que aprueba el uso de la legítima defensa, siempre dentro de una serie de parámetros establecidos legalmente, frente a una agresión injusta.

Elementos objetivos de la Legítima Defensa: El artículo 24 inciso 1 del Código Penal¹¹ regula la legítima defensa y detalla sus elementos objetivos.

Para que exista Legítima Defensa, es necesario que el autor obre en defensa de su propia persona, bienes o derechos o en defensa de la persona, bienes o derechos de un tercero. Sin embargo, el simple hecho de actuar en defensa propia o de terceros no es suficiente. La ley exige además otros requisitos:

1. *Existencia de agresión ilegítima:*
 - a) La agresión ilegítima debe partir de un ser humano; la agresión de un animal debe entenderse como estado de necesidad
 - b) La agresión ha de ser, por lo menos, acción típica y antijurídica. Por ello, no podrá invocar legítima defensa el que agrede a unos policías que, actuando conforme a ley, procedían a detenerlo. Por el contrario, si cabría legítima defensa frente al actuar de un loco o de un menor (acción típica, antijurídica, pero no culpable).
 - c) Finalmente, la agresión ha de ser real, actual o inminente. Si la agresión no era real estaremos ante un supuesto de legítima defensa putativa o aparente, que se resolverá al analizar la culpabilidad. No será necesario que la agresión se haya materializado, sino que basta que exista decisión del agresor de iniciarla. *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*

¹⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. México.

¹¹ Idem. Artículo 24, Inciso 1

2. Falta de provocación suficiente

Este requisito es el que más dificultades genera en su puesta en práctica. Con él se pretende justificar situaciones como la clásica de las películas del Oeste, en las que el pistolero experimentado provocaba al joven vaquero para que este desenfundase su arma y de esta manera poder matarlo teóricamente en Legítima Defensa.

Estado de necesidad:

Sucede en la vida diaria que las personas pueden encontrarse frente al dilema de tener que afectar un bien jurídico protegido, para evitar que se dañe otro también protegido. Por ejemplo, un conductor tiene que elegir entre atropellar a un ciclista o dañar un poste de la luz. Esta situación es definida como estado de necesidad.

Estado de necesidad Justificante y Disculpante

- *En justificante:* Habrá en justificante cuando el mal causado es de *menor entidad* que el mal que se pretendía evitar. Por ejemplo, el que para salvar la vida de una persona, rompe una puerta. En estos casos, el derecho entiende que si bien la acción es típica, la misma no es antijurídica, de igual manera se podría decir que en esos casos el derecho aprueba la acción.
- *En disculpante:* Cuando el mal causado es de igual entidad que el que se pretendía evitar. La doctrina recurre al ejemplo conocido de la tabla de carneadres, dos personas en un naufragio se aferran a una tabla de madera. La misma no puede soportar el peso de los dos, por lo que uno de ellos golpea al otro, apartándolo de la tabla, lo que provoca su ahogamiento. En estos casos, la mayoría de la doctrina entiende que la acción es típica y antijurídica pero no culpable, por cuanto la ley no puede exigir comportamientos heroicos. La diferencia con el estado de necesidad justificante es que, en este caso, el derecho no aprueba la acción, sino que simplemente la tolera.

1.8 CULPABILIDAD¹²

El estudio de la antijuricidad y la tipicidad determina si la conducta realizada por el imputado es contraria a la norma. El estudio del injusto (acción típica y antijurídica) es un juicio sobre la conducta. Una vez afirmada la antijuricidad de la conducta, el estudio pasa a centrarse en el autor.

En este momento se determinara si sus circunstancias personales pueden eximirlo de responsabilidad penal por faltar en su actuar un elemento del delito: la culpabilidad.

La culpabilidad puede definirse como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades, que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta. La culpabilidad se confirmara cuando no existan causas que la excluyan.

Existen distintas teorías que tratan de explicar cual es el fundamento de ese juicio de reproche que se realiza a la persona, o visto bajo el ángulo opuesto, por que ciertas personas que realizan un injusto no son culpables.

Estas pueden agruparse en dos grandes grupos:

- a) *El fundamento de la culpabilidad es la libertad del individuo:*** El autor es culpable porque siendo libre de elegir, opto por cometer una acción típica y antijurídica. El autor pudo actuar de otra manera pero escogió la conducta prohibida. Así, el incapaz no será culpable porque no tiene capacidad para elegir. La principal crítica que se le hace a esta tesis es que es imposible demostrar que una persona es totalmente libre en su elección. Sin llegar a posturas deterministas, es indudable que existen

¹² De León ,Velasco. *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala. Edición 2001. Pág. 18.

condicionamientos sociales, culturales, económicos o de educación que limitan esa capacidad de elección.

- b) *El fundamento de la culpabilidad es la motivación de la norma:* Deben considerarse no culpables a aquellas personas que no pueden ser motivados o compelidos por las normas penales. Lo fundamental no será la libertad de la persona al escoger una opción, por cuanto no podremos demostrar si pudo o no actuar de otra manera. En realidad la norma penal busca motivar a la persona mediante sus mandatos normativos.

Elementos de la culpabilidad¹³

Para que exista culpabilidad es necesario que se den una serie de elementos, sin los cuales desaparece la situación de culpabilidad del sujeto:

- a) *La imputabilidad o capacidad de culpabilidad:* Para poder elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquica, así como capacidad para entender lo que se está haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño o un loco.
- b) *El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido:* Solo tiene sentido reprochar a una persona por un comportamiento antijurídico, si conocía a grandes rasgos que era prohibido. No se podrá decir que alguien eligió libremente cometer un delito cuando ignoraba que dicha conducta era prohibida.
- c) *La exigibilidad de comportamiento distinto:* El derecho puede exigir comportamientos incómodos pero nunca heroicos o imposibles. Por ello no se hará un juicio de reproche al sujeto que eligió una conducta

¹³ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, España. 3ª. Edición. Editorial PUU, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. 1990. Pág. 76.

antijurídica, cuando cualquier otra opción hubiese supuesto un grave perjuicio para su persona.

La ausencia de cualquiera de estos elementos, elimina la culpabilidad. Estos elementos son graduables, por lo que si existe alguna causa que los desdibuja pero sin eliminarlos, se atenuara la culpabilidad.

Culpabilidad y Antijuricidad

El Código Penal guatemalteco y la doctrina distinguen entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exclusión de la antijuricidad. A continuación se desarrollan los motivos para realizar tal distinción.

En primer lugar señalar que la acción típica justificada será legítima y aceptada por el derecho. El ordenamiento, entendido en su conjunto, ve como correcto el que una persona mate para que no lo maten. Frente a este hecho, el derecho penal tolerara la situación de injusto inculpable. La ley penal no considera positiva la acción de matar bajo trastorno mental transitorio pero entiende que no procede contra el autor de la sanción penal.

Ahora bien, el resto del ordenamiento no es tan “generoso” con la acción injusta inculpable y por ello si mantendrá sus sanciones respectivas, básicamente la reparación civil o indemnización. Es por ello que en caso de legítima defensa los familiares del agresor muerto no podrán pedir reparación civil, pero si los del que ha sido matado por un demente.

En segundo lugar, la diferencia entre causas justificantes y causas excluyentes de la culpabilidad tiene importancia para determinar el carácter ilegítimo de la agresión en la legítima defensa.

En tercer lugar hay que destacar que el partícipe en acción ilegítima responderá penalmente, cosa que no sucede en los casos en que la acción sea justificada. Si yo le doy una pistola a un loco y este mata, se me imputara el delito, incluso

como autor. Sin embargo, si el arma se la doy a una persona que actúa en legítima defensa mi conducta no será delictiva.

Finalmente al autor de una acción típica antijurídica no culpable se le podrá imponer una medida de seguridad, cosa que no ocurre con el autor de acción típica y justificada, por muy loco que este.

Existe, no obstante, una excepción a estos principios que se dan en el estado de necesidad justificante que esta sometido a un régimen particular, tanto en lo relativo a la responsabilidad civil, artículo 117 del Código Penal, como frente a la legítima defensa.

Causas que excluyen la culpabilidad

La culpabilidad se confirma cuando no concurren causas que la excluyen, la doctrina enumera como causas de inculpabilidad, aquellas que excluyen la imputabilidad, las que excluyen el conocimiento de la antijuricidad y las que se deben a la no exigibilidad de otra conducta

Causas que excluyen la imputabilidad: Se entiende que es inimputable aquel que no puede comprender la antijuricidad de la conducta o aquel que no puede adecuar su comportamiento para no infringir una norma que él sabe antijurídica.

Nuestro Código Penal contempla 3 grupos de casos en los que desaparece la imputabilidad: la minoría de edad, las situaciones de enfermedad o retraso psíquico y el trastorno mental transitorio.

- 1. La minoría de edad:*** El Código Penal declara inimputable al menor de edad. Esta disposición supone seguridad jurídica frente a la dificultad que supondría analizar a cada menor, caso por caso, para determinar su capacidad. El menor que realice una acción típica y antijurídica, no podrá ser castigado con una de las penas del código, pero se vera

sometido al derecho penal de menores. Este tiene como fin primordial el buscar la readaptación del menor infractor.

Sin embargo, es criticable el salto cualitativo que supone cometer un delito con diecisiete años y 354 días a cometerlo con 18 años y 1 día.

Por ello muchos autores aconsejan el desarrollo de un Derecho Penal juvenil para infractores de entre 18 y 21 años. Parece lógico que a partir de una cierta edad se tenga que responder por los hechos cometidos pero no tal vez igual que una persona de 40 años con formación y criterio.

2. *Enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto:*

Para apreciar esta eximente, es necesario que se cumplan dos requisitos:

- a. *Requisito biológico:* La persona debe padecer alguna enfermedad mental o sufrir un desarrollo físico incompleto o retardado.
- b. *Requisito psicológico:* La enfermedad o el retraso tienen como consecuencia la falta de comprensión de la ilicitud del hecho o de determinar su conducta conforme a esa ilicitud.

Es importante indicar que la ley no define expresamente que enfermedades o qué nivel de retraso genera la inimputabilidad. Ello se debe a que el número de enfermedades es demasiado amplio y no existe unanimidad en el mundo de la psiquiatría a la hora de determinar sus consecuencias. Por ello al derecho penal tan solo le interesa su reflejo en el actuar en el caso concreto. Es decir, determinar si la enfermedad o el retraso existente impiden al sujeto la comprensión de la ilicitud o la determinación conforme dicha ilicitud. Por ello, la prueba pericial será determinante en estos casos.

Las personas que encontrándose en estos supuestos cometan hechos antijurídicos serán sometidas a medidas de seguridad, si ello fuere conveniente. Sin embargo, estas medidas no deberían ser más gravosas que si señala la indeterminación del tiempo de la medida de seguridad

3. Trastorno mental transitorio

El trastorno mental transitorio supone una pérdida de la imputabilidad de forma temporal. Su origen no tiene por qué ser patológico. Un estado emocional fuerte o la ingestión de drogas o alcohol en gran cantidad pueden originar situaciones de ese tipo. Estos supuestos no deben confundirse con aquellos casos que eliminan la acción por encontrarse el sujeto en un estado de inconsciencia. Un caso dudoso es el sonambulismo que para algunos excluye la acción, mientras que para otros supone un trastorno mental transitorio excluyente de la culpabilidad. La imputabilidad se tomara en cuenta en el momento de comisión de los hechos. Sin embargo, existe una excepción a esta regla general que son los supuestos denominados como “*actio liberate in causa*”. Se considera imputable al sujeto que al cometer la acción no lo era pero si en el momento de idear los hechos o de iniciar el curso causal de los mismos.

Dentro de estos supuestos se distinguen dos situaciones

- Cuando la inimputabilidad o la ausencia de acción es buscada directamente por el autor para así cometer el delito de forma impune. Por ejemplo, el que se embriaga para matar impunemente. El CP la contempla en el artículo 23.2 al señalar “.....salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”. En estos casos el sujeto es considerado plenamente imputable. Incluso en algunos supuestos se incrementa su culpabilidad, Artículo 27.17 del Código Penal.
- Aquellos casos en los que la puesta en situación de inimputabilidad o ausencia de acción no buscan un resultado delictivo. En estos casos responderá por el delito en su forma culposa. Por ejemplo, la persona que se embriaga y posteriormente maneja y choca.

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD¹⁴:

Para que una persona pueda elegir realizar una conducta antijurídica, es necesario que conozca la prohibición. No tiene sentido realizar un juicio de reproche por haber optado por un comportamiento ilícito, cuando el autor ignoraba la ilicitud. Las causas de inculpabilidad por ignorancia de la antijuricidad son el error de prohibición y la obediencia debida. *Error de prohibición*: Solo tiene sentido hablar de culpabilidad frente a quien conoce que el hecho es prohibido. Es decir, que no este inmerso en un error sobre la prohibición del hecho, o de forma abreviada, en un error de prohibición. El conocimiento exigido de la prohibición no ha de ser exhaustivo. No se tiene que conocer el precepto penal y su pena sino que basta que se suponga que el hecho es jurídicamente prohibido o se le haya presentado como posible tal situación.

Obediencia debida: Esta eximente ha ganado popularidad por haberse invocado en los procesos contra crímenes cometidos por militares o funcionarios policiales durante periodos dictatoriales. Posiblemente la aceptación de la misma por jueces y legisladores ha sido demasiado generosa y ha obedecido a criterios políticos antes que jurídicos. La ubicación de esta eximente es discutida en la doctrina. Una parte la encuadra como causa de justificación por cuando entiende que no podemos exponer al que actúa bajo obediencia debida a una agresión por legítima defensa. Sin embargo, parece más convincente situarla como causa de exclusión de culpabilidad. En primer lugar, si el hecho ordenado es antijurídico, no se tiene por que dejara de serlo si lo realiza un subordinado.

En segundo lugar, tampoco parece admisible privar de la legítima defensa al que sufre la orden injustamente emitida (recordemos que la legítima defensa solo existe frente a una agresión ilegítima a la que se refiere el artículo 24.1 del Código Penal, es decir típica y antijurídica). El Código Penal así lo ha entendido y como

¹⁴ Carbonell Matéu, Juan Carlos. *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales*..Valencia, España. Editorial Tiran lo blanch alternativa. 1999. Pág.42.

tal la sitúa en el artículo 25.4. Ante todo es requisito inicial el que la orden emitida sea antijurídica En base a ello han de darse las siguientes condiciones

1. Existencia de subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta. Esto solo existirá en el derecho público y sobre todo en el ámbito castrense o policial.
2. Que esté en el ámbito de las atribuciones de quien la emite y se revista de las formalidades legales. El que la emita debe tener competencia para ordenar dicha orden y el que la recibe para ejecutarla. Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. No se podrá amparar el soldado que obedezca la orden de ejecutar o torturar a un detenido. Si se analiza la obediencia debida bajo los parámetros anteriores, se llega a la conclusión de que esta es una forma especial de error de prohibición. En efecto, la inculpabilidad del funcionario obediente existe por cuanto ignoraba la ilicitud de la orden. El fundamento de la exculpación es el mismo que en el caso de error de prohibición.

Causas basadas en la no exigibilidad de otra conducta¹⁵

El derecho exige a todos los ciudadanos el cumplimiento de mandatos normativos. Generalmente lo exigido es un mínimo que toda persona ha de cumplir. Se habla entonces de exigencia objetiva, normativa o general. Por ejemplo, la exigencia del artículo 123 del Código Penal, de no matar. En otros casos, a determinadas personas en determinadas situaciones, se les somete a una obligación de sacrificio. Por ejemplo, el vigilante de playa tendrá mayor obligación de arriesgarse que un veraneante cualquiera. Pero lo que el derecho no puede pedir es que las personas actúen heroicamente; no se le puede pedir a nadie, por ejemplo, que sacrifique su vida. Por ello el derecho tolerara, aunque no aprobara, determinadas situaciones inspiradas en esta idea.

¹⁵ Orellana Wiarco, Octavio. Curso de Derecho Penal. México. 2008.

1. Estado de necesidad disculpante: Este se da cuando el bien en peligro sea de igual entidad al bien dañado. Está contenido en el artículo 23.2 Código Penal¹⁶. Sin embargo, nuestra ley no lo admite cuando el mal dañado sea de tipo patrimonial circunstancia que no se entiende muy bien pues en ningún caso se elimina la responsabilidad civil. A esta eximente le son aplicables todos los requisitos del estado de necesidad justificante. Tan solo en cuanto a la ponderación de bienes, en un estado democrático, la vida humana ha de considerarse siempre como bien supremo y nunca inferior a otras vidas aunque sean superiores en número. De esta manera si para salvar una vida, se sacrifican diez se estará en un estado de necesidad disculpante.

Asimismo, si para salvar diez vidas se sacrificara una no habrá estado de necesidad justificante sino disculpante. En su análisis se aplicara, cuando proceda, lo señalado al estudiar el estado de necesidad justificante.

2. Miedo invencible: Se da en aquellos supuestos en que se comete un injusto impulsado por un miedo invencible. Se incluyen en este apartado los supuestos de “vis compulsiva”. No obstante, algunos supuestos no serán fácilmente distinguibles de casos de estado de necesidad. No debe confundirse con la “vis física” que recordemos excluía de la acción. La invencibilidad del miedo ha de ser analizada de forma objetiva. No procederá si el sujeto actuó cobardemente según la apreciación del hombre medio. Por otro lado el mal ha de ser serio, real, inminente y de igual o mayor grado al causado. Sin embargo, este último criterio no puede interpretarse de forma absoluta. Supongamos que se amenaza a una persona con cortar sus brazos si no para a alguien. No parece tan claro que no pueda aplicarse esta eximente aun cuando el mal sea de menor entidad.

¹⁶ Artículo 23.2 del Código Penal Guatemalteco.

3. Omisión justificada:

Código Penal, artículo 25.5 ¹⁷No se entiende muy bien el sentido de este precepto ya que los supuestos que contempla serían perfectamente encuadrables en el resto de las circunstancias eximentes. Además, su mismo nombre se presta a confusión por cuanto utiliza la expresión justificado, para una causa de exclusión de culpabilidad y no de la antijuricidad.

1.9 PUNIBILIDAD

Para que exista delito, algunos autores consideran que la acción típica, antijurídica y culpable debe ser además punible.

La acción típica, antijurídica y culpable constituye el presupuesto principal de la pena, en otras palabras el delito es condición de la pena. Sin embargo, existe una serie de supuestos que no son incluibles ni en la tipicidad, ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad. Al no saber muy bien qué hacer con estos supuestos, la doctrina europea los ha agrupado en un último requisito del delito que es la punibilidad o penalidad. Delito será la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

La punibilidad es una categoría del delito que existe excepcionalmente, por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción. Consiste en la amenaza estatal de imponer las sanciones al cumplirse con los presupuestos legales descritos en el tipo penal y el merecimiento de la sanción penal propiamente dicha. Su elemento negativo son las excusas absolutorias, es decir, aquellas causas que por razones de política criminal han dejado subsistente el carácter delictivo de conducta e impiden la aplicación de la pena

¹⁷ Artículo 25.5 del Código Penal Guatemalteco.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina latinoamericana no incluye la punibilidad como elemento del delito. Ello por entender que el hecho de que efectivamente se sancione o no el delito no supone que deje de serlo. Si un delito es perdonado no por ello deja de serlo. Por lo tanto se entiende que delito será solo la acción típica, antijurídica y culpable.

Son circunstancias que excluyen la punibilidad las condiciones objetivas de penalidad y excusas absolutorias.

1. Condiciones objetivas de penalidad

Son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Ejemplo de este supuesto es la necesidad de declaración de quiebra en el artículo 348 Código Penal¹⁸, o la previa calificación de calumniosa de la acusación o denuncia en el delito de acusación y denuncia falsa (artículo 453 Código Penal¹⁹).

2. Excusas absolutorias

La penalidad puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente, por razones de política criminal, no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica antijurídica y culpable. Se trata de causas ligadas a la persona del autor y por lo tanto solo le afectan a él y no a los demás partícipes.

Ejemplo de ello era el matrimonio de la ofendida con el ofensor el delitos sexuales, la exención de pena en delitos patrimoniales, artículo 280 del Código Penal²⁰.

¹⁸ Artículo 348 del Código Penal Guatemalteco.

¹⁹ Idem. Artículo 453.

²⁰ Idem. Artículo 280.

CAPITULO II

2. LA VIOLENCIA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS

Se tiene la convicción de que el Estado de Guatemala reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal, prohíbe todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral;

Es su obligación garantizarles a las personas la vigencia de los derechos humanos, su libertad fundamental y la seguridad jurídica, buscando prevenir, eliminar y sancionar cualquier tipo de violencia contra los niños, niñas, adolescentes, mujeres, de todo tipo, incluyendo a las personas discapacitadas así como al adulto mayor. Y teniendo presente que el código Penal ya no se adecua a la realidad nacional, el cual en su momento respondió a las exigencias del siglo XVIII, pues influyeron para su creación el Código Penal de España, vigente en aquellos días²¹.

La modernidad social obliga a las autoridades de Estado actualizar el contenido de la legislación penal. Y se ha calificado de desactualizado el contenido en el código el tema de la violencia sexual. Se ha dicho que no es compatible la felonía del siglo XVIII a la del siglo XXI, por tanto su cambio es urgente, pero se lamenta que no sea en su totalidad. Es así como se llega a crear el decreto 9-2009 del Congreso de la República. En él se actualiza el concepto de violencia sexual, explotación a los humanos en ese campo y la trata de personas, que es una forma moderna de Esclavitud, tal como sucede con el turismo sexual. Así como el negocio de adopción de menores, la venta de órganos y el alquiler de vientres. Son formas muy sutiles de la delincuencia organizada, que manejan cantidades económicas de dinero en grandes volúmenes, que la sociedad moderna no lo ha criminalizado sino hasta ahora.

²¹ Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales. Unidad de Comunicación Alternativa de la Mujer. 2012

Guatemala ha ratificado los documentos internacionales relacionados con este tema, tales como el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la “prohibición de las peores formas de trabajo de menores y la acción inmediata para su eliminación; Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 29 y 105 relacionados con El trabajo forzoso y obligatorio y la abolición del trabajo forzoso²²; El protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²³, los cuales son compromisos que deben cumplirse e implementarse.

Otro tema es la trata de personas en sus diversas modalidades, entre otras: Explotación sexual comercial, laboral, servidumbre, esclavitud, matrimonio forzado, tráfico de órganos, mendicidad o cualquier otra modalidad de explotación, considerandos actualmente, ya con la nueva legislación delitos transnacionales; Estos merecen un tratamiento prioritario y para ello requieren de la implementación de mecanismos efectivos en los ámbitos judiciales policiales y sociales, con la participación de las instancias gubernamentales e instituciones públicas y privadas vinculadas con esta temática.

Por otra parte, la convención sobre los derechos del niño establece la necesidad de que el Estado adopte las medidas legislativas que sean necesarias para asegurar el derecho a la protección de la niñez y adolescencia contra la explotación y violencia.-Por ese motivo, la nueva ley se ha desarrollado con el objetivo de prevenir, reprimir sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y la búsqueda de que el Estado llegue a resarcir a las víctimas por el daño y perjuicio ocasionados por el despliegue de la acción delictiva²⁴.

²² Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la “prohibición de las peores formas de trabajo de menores y la acción inmediata para su eliminación; Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 29 y 105 relacionados con El trabajo forzoso y obligatorio y la abolición del trabajo forzoso

²³ El protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General – Resolución A/RES/54/263 de mayo del 2000.

²⁴ Manual de Convención de Derechos del Niño. Madrid, Tecnos. UNICEF. 1998

Entre los principios rectores de la ley contra la violencia sexual, explotación y la trata de personas se encuentran²⁵:

- a) Confidencialidad: Protege la privacidad y la identidad de las personas víctimas, previéndose la confidencialidad de la información inherente recopilada.
- b) Protección especial: A todas las personas víctimas se les debe proveer protección individual y diferenciada a fin de garantizar su seguridad y el restablecimiento de sus derechos.
- c) No Revictimización: En los procesos que regula la ley comentada, debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la persona víctima de los delitos de esta material.-
- d) Interés superior del niño o la niña: En todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndole en las decisiones que se tomen para ello²⁶.
- e) No discriminación: Toda persona víctima se considerará, en cualquier fase del procedimiento, sea penal o de protección especial, como víctima, sin diferencia de sexo, edad, género, religión, etnia o cualquier otra condición.
- f) Derecho de participación: Las opiniones y los deseos de las personas víctimas, deberán ser consultados y tenidos en consideración para tomar cualquier decisión que les afecte. Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.
- g) Respeto a la identidad cultural: Se reconoce el derecho de las personas víctimas a conservar los vínculos con su cultura y religión en todas las

²⁵ Decreto No. 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala. Publicado en el Diario de Centroamérica el 20 de marzo del 2009.

²⁶ Convención sobre los Derechos del Niño aprobada y ratificada por el Estado Guatemalteco, 25 de febrero de 1991.

- entrevistas, al tener acceso a servicios de atención o procedimientos legales;
- h) Información: Las personas víctimas deben tener acceso a la información sobre sus derechos, servicios que se encuentren a su alcance y debe brindárseles información sobre el procedimiento de asilo, la búsqueda de su familia y la situación en su país de origen.
 - i) Proyecto de vida: A las personas víctimas se les brindará medios de forma proporcional a sus necesidades para poder sustentar su proyecto de vida, buscando la erradicación de las causas de su victimización y el desarrollo de sus expectativas.
 - j) Celeridad: Los procedimientos que establece la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas deben realizarse con especial atención y prioridad.
 - k) Presunción de minoría de edad: En el caso en que no se pueda establecer la minoría de edad de la persona víctima o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal, se presumirá la minoría de edad.
 - l) Restitución del ejercicio de derechos: Consiste en la efectiva restitución del ejercicio de los derechos que han sido amenazados o violados y en la recuperación de las personas por las secuelas físicas y emocionales producidas en ella por la acción en su contra.

Con respecto a la interpretación, aplicación y leyes supletorias, el artículo 3 de la **Ley contra la Violencia sexual, explotación y trata de personas** establece que “la misma se debe interpretar y aplicar en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho, otras leyes y convenios internacionales ratificados por Guatemala, cuya naturaleza se relacione con el objeto de ésta materia. Y todo aquello no regulado por la nueva ley, deberá aplicarse la legislación penal y procesal penal vigente a la fecha”.

2.1 BASE LEGAL DE LOS DELITOS SEXUALES Y SUS PENAS RESPECTIVAS.

2.1.1 EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LA PENA.

Una norma jurídica positiva es una regla que, en Derecho, rige imperativamente la conducta de los hombres en sus relaciones sociales y cuya observancia garantiza el estado mediante sanciones. CAUSAS: Racionalidad: adaptación del contenido como medio de acto para el fin de la norma. Bilateralidad: que afecta a los demás. Coercitividad: exigibilidad de la norma (sin coacción).

El derecho humano es un conjunto de normas jurídicas, cuyo fin es ordenar la convivencia de la comunidad, en los distintos tiempos y lugares, basándose en el derecho natural. Se distinguen los siguientes tipos de derechos: Positivismos, no existe el Derecho natural. Positivismos moderados, el derecho natural son principios prácticos o valores morales que reflejan el ideal de justicia.

2.1.2 ELEMENTOS DE LA NORMA JURÍDICA.

Toda norma jurídica contiene una serie de elementos.

Supuesto de hecho: actividad humana que da origen a que la norma se cumpla.

Contenido: mandato o prohibición en que la norma consiste.

Sanción o efectos de la norma: toda medida desfavorable para la persona a la que se aplique.

Ordinarias: cumplimiento de la norma.

Extraordinarias: no se cumple la norma, por lo que existirá una sanción desfavorable para la persona a la que se aplica.

2.1.2 CLASIFICACIÓN DE LA NORMA:

Por su origen:

- Legales: norma elaborada y promulgada por el estado conforme a la constitución
- Consuetudinarias (): norma de conducta constante y observada por la generalidad con la convicción de que obliga jurídicamente

Por su dependencia:

- Autónomas: integran por sí misma un mandato o prohibición jurídica sin que para ella necesite ninguna otra norma
- Heterónomas incompletas: no tienen sentido si no es en conexión con otras normas

Por su eficacia:

- Imperativas: en su cumplimiento se excluyen a la voluntad de las partes
- Permisiva: las partes han de ponerse de acuerdo, si no la ley actúa

2.1.3 CODIGO PENAL - DECRETO 17-93²⁷

REGULACIÓN: Se encuentra regulado desde el Título III De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, este se encuentra integrado por 7 capítulos y del artículo 173 al artículo 200 del Código Penal.

DE LOS DELITOS SEXUALES: Capítulo I De la violencia sexual, el artículo 173 de violación, el artículo 173 bis Agresión sexual, el artículo 174 Agravación de la pena, el capítulo V de los delitos contra la indemnidad sexual de las personas, el artículo 188 Exhibicionismo Sexual, el artículo 189 Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad, el artículo 190 Violación a la intimidad Sexual.

²⁷ Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73

DE LOS DELITOS DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL: Artículo 191 promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución, Artículo 192 promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada, Artículo 193 actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, Artículo 193 Bis remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución, Artículo 193 Ter Producción de pornografía de personas menores de edad, Artículo 195 Exhibiciones Obscenas, Artículo 195 bis Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad, Artículo 195 Ter Posesión de material Pornográfico de personas menores de Edad, Artículo 195 Quater. Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad, Artículo 195 Quinquies Circunstancias especiales de la agravación.

TIPOS DE DELITO:

Capítulo I De la violencia sexual artículo 173 de la violación que el tipo de delito es un delito doloso, está integrado por artículo 173 de la violación que el tipo de delito es un delito Doloso, acción típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad. La cual será sancionada con pena de prisión de ocho a doce años siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica la pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos

Artículo 173 Bis Agresión Sexual

Que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones Objetivas de punibilidad siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con prisión de Cinco a ocho años, siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.

Artículo 174 Agravación de la pena

Que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad se aumentara en dos terceras partes en los siguientes casos:

Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas.
Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padecer de enfermedad, estar en situación de discapacidad física o mental, o por encontrarse privada de libertad.

Cuando el autor actuare con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva.
Cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de ley. Cuando a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima. Cuando el autor fuere un funcionario o empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones

- Capítulo V de los delitos contra la indemnidad sexual de las personas.

Se reforma el artículo 188 por el artículo 32, del decreto número 9-2009 el cual queda as: Artículo 188 Exhibicionismo sexual: Que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción Denominada pena con condiciones Objetivas de punibilidad será sancionado con pena de tres a cinco años de prisión. Se reforma el artículo 189 por el artículo 33, del decreto número 9-2009 el cual

queda así: Artículo 189 Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores edad.

Que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones Objetivas de punibilidad será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien:

- a) permita presenciar espectáculos de naturaleza sexual reservados para adultos, a personas menores de edad con incapacidad volitiva o cognitiva.
- b) Permita menores de edad el ingreso a espectáculos públicos de naturaleza sexual, reservados para adultos.
- c) De cualquier forma distribuya a personas menores de edad material pornográfica.
- d) De cualquier forma permita adquirir material pornográfico a personas menores de edad.

Se reforma el artículo 190 por el artículo 34, del decreto número 9-2009 el cual queda así:

Artículo 190 violación a la intimidad sexual: Que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad. Será sancionado con prisión de uno a tres años. A quien por cualquier medio sin consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo para afectar su dignidad.

Las mismas penas se impondrán al que sin con estar autorizado se apodere, acceda, utilice o modifique en perjuicio de tercero, comunicaciones efectuadas por cualquier medio físico o electrónico o datos reservados con contenido sexual de carácter personal, familiar o de otro, que se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de

archivo o registro público o privado, en perjuicio de la persona titular de los datos o de una tercera persona y a quien difunda, revele o ceda, a cualquier título, o a terceros, los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere este artículo se impondrá prisión de dos a cuatro años.

Se reforma el capítulo VI por el artículo 35 del decreto 9-2009 el cual queda así: Capítulo VI de los delitos de explotación sexual se reforma el artículo 191 por el artículo 36 del decreto número 9-2009 el cual queda así : Artículo 191. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad será sancionada con prisión de cinco a diez años, y con una multa de cincuenta mil a cien mil quetzales.

Se reforma el artículo 192 por el artículo 37, del decreto número 9-2009 el cual queda así: Artículo 192. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada.

- A) si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada
- B) cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima, o de uno de sus padres.
- C) Cuando mediare violencia o abuso de autoridad que es un delito doloso acción típica (descrita por la ley), antijurídica (Contraria derecho) y Culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad.

2.1.5 LEY CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS - DECRETO 9-2009.

2.1.5.1 Figuras delictivas. Creación de figuras delictivas para la protección legal de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual a

convivencia de la sociedad en armonía es la suma de un cúmulo de circunstancias económicas, culturales y jurídicas, es por ello que la ley en sí misma no puede garantizar que no se cometan actos delictivos, pero es un instrumento útil para advertir e intimidar a los potenciales delincuentes sobre las consecuencias del delito; además la legislación debe ser dinámica, adecuarse lo más rápidamente a nuevas conductas surgidas de la práctica social, pues sólo de esta manera el derecho será útil para la sociedad, pues de lo contrario se convierte en un obstáculo para el desarrollo social.

A partir de la ratificación de una serie de Convenciones, Pactos, Convenios y Protocolos, el Estado de Guatemala ha asumido y aceptado los compromisos y obligaciones que, en materia de derechos humanos están contenidos en tales instrumentos. Sin embargo, existe una brecha muy grande entre los compromisos adquiridos y las medidas adoptadas para cumplirlos, sobre todo, en el que atañe a los derechos que asisten a la población infantil y adolescente. A pesar de que en materia de derechos humanos la Constitución le da preeminencia al derecho internacional, tal disposición suele pasar desapercibida, ya que los operadores de justicia hacen caso omiso de esta disposición y prefieren la Ley al Tratado o Convención.

La persona humana es un ser dotado de dignidad propia²⁸, lo que le otorga un valor que la hace un sujeto único e irrepetible, colocándola en un orden superior al resto de los seres del universo. El ser humano posee dignidad por el mero hecho de ser tal; ningún ordenamiento jurídico se la otorga, es algo inherente a su ser. Sin embargo, a lo largo de la historia de la humanidad ha sido víctima de hechos que no solo han transgredido su integridad física y en muchos casos incluso su vida, sino que a la vez han atentado contra su dignidad.

Entre tales hechos se encuentran la violación sexual, la explotación y la

²⁸ Velásquez, S. *Violencias Cotidianas, violencias de género*. Argentina. Editorial Paidós. 2003. Pág.59

trata de personas, que no solo afectan a la víctima en particular, sino a la sociedad en general. Es papel fundamental del Estado reconocer los derechos de la persona, y combatir cualquier hecho que constituya una violación de los mismos. El 19 de agosto del año 2008 las diputadas Zury Ríos de Weller y Sonia Segura presentaron al Congreso de la República una iniciativa de ley dirigida a regular todo lo relativo a los delitos de violencia sexual, explotación y trata de personas.

El objeto de la misma es crear un marco legal que prevenga, reprima, sancione y erradique aquellos delitos, y establecer mecanismos de protección y atención de la víctima así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la misma. En lo que se considera un paso positivo para la sociedad guatemalteca, en un contexto de creciente violencia, el pasado 18 de febrero el Congreso de la República aprobó la referida ley, emitiendo para el efecto el decreto del Congreso número 09-2009. Desde su presentación hasta su aprobación, esta ley ha recibido comentarios favorables, tanto a nivel nacional como internacional.

2.1.6 ANTECEDENTES Y PRESENTACIÓN DE HECHOS DELITOS COMO LA VIOLENCIA SEXUAL, LA EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS

Han sido realidades vividas en la mayor parte de países del mundo entero. La comunidad internacional se ha esforzado en luchar contra los mismos, pues no sólo afectan a la persona como víctima de los mismos, sino a la sociedad en general. Guatemala no es la excepción. La incidencia de los delitos sexuales en el país cada vez es mayor. En su Primer Informe al Congreso de la República, presentado el 14 de enero de 2009, la Presidencia de Guatemala menciona el tema de la trata de personas. En el año 2008 se llevó a cabo el I Congreso Nacional Guatemalteco con el objeto de informar, reflexionar y proponer soluciones en torno al tráfico, la explotación y la desaparición de personas. Del estudio se llegó a determinar que de 776 personas atendidas en hogares de

protección, aproximadamente el 10.0% eran víctimas de explotación sexual comercial, entre las que se encuentran adolescentes y jóvenes, y en algunos casos niños y niñas. Como resultado de dicho Congreso, el gobierno desarrolló y emitió el Acuerdo Gubernativo 184-2008, el cual aprueba la Política Pública contra la Trata de Personas y de Protección Integral, y su Plan Nacional de Acción Estratégico 2007-2017²⁹, con el objeto de avanzar en las acciones preventivas y paliativas de los efectos que producen en la niñez y juventud del país y de la sociedad misma.

Por su parte, en el Informe Anual Circunstanciado del año 2008 del Procurador de los Derechos Humanos también se aborda la temática de los delitos sexuales, estableciendo la frecuencia en que ocurrieron este tipo de hechos delictivos en los meses de enero a diciembre. Asimismo, se precisa el porcentaje de niños y niñas víctimas de tales crímenes.

Como se presenta la trata:

- Se obliga o se engaña a la víctima
- Se abusa, se golpea, se viola
- Desplazamientos legales o ilegales
- Uso de documentos falsos
- Restricción de movimiento
- Utilizar a la persona como mercancía

Características de los tratantes

Buscan víctimas de escasos recursos: Muchas víctimas acceden a viajar en búsqueda de empleos mejor pagados ya que en su país o lugar de origen su trabajo no es bien remunerado.

²⁹ Acuerdo Gubernativo 184-2008, el cual aprueba la Política Pública contra la Trata de Personas y de Protección Integral, y su Plan Nacional de Acción Estratégico 2007-2017

Se anuncian en periódicos ofreciendo buenos empleos y salarios en lugares atractivos.

Utilizan agencias fraudulentas de empleo, viajes y concertación de matrimonios para atraer a hombres y mujeres jóvenes a las redes de la trata.

Despojan a las víctimas de sus documentos de identidad.

Les mantienen cautivas (os) y les prohíben toda comunicación con familiares y amigos aprovechan de la falta de legislación: En muchos países la trata de personas no está tipificada como delito.

CAPÍTULO III

3. LA TRATA DE PERSONAS EN GUATEMALA

El tema de la Trata de Personas es posible a partir de los esquemas, regulaciones y estructuras establecidas por el sistema patriarcal. Por lo tanto, en este apartado se dan evidencias de cómo el problema social y jurídico de la Trata/Tráfico de Personas se desarrolla en Guatemala.

El Diccionario de Real Academia Española³⁰ define: “trata. (De trata, comerciar). Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos. de blancas. Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas”.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas,

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española, Vol. 9. Colombia. Editorial Printer Colombiana S.A., 2001.

Especialmente Mujeres y Niños, define: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente Artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente Artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.”

En el Estudio Trata de Personas -Aspectos Básicos, publicado en México encontramos la siguiente definición: “Una vez analizada la definición de trata de personas resulta más fácil comprender que ésta y el tráfico de migrantes son fenómenos que pueden estar relacionados pero son fundamentalmente distintos.”³¹

Es importante tener bien claras las definiciones y por ende las diferencias entre ambos conceptos pues no todo tráfico de migrantes implica necesariamente trata de personas ni todos los casos de trata de personas significan tráfico de

³¹ Zepeda, R. Las Violencias en Guatemala, algunas perspectivas. Proyecto de Cultura de Paz/UNESCO. Guatemala, 2005. Págs. 12-32.

migrantes. Aunque hay muchos casos que se inician con tráfico y terminan en trata de personas. Por tráfico de migrantes se entiende la facilitación de un cruce de fronteras sin cumplir los requisitos legales o administrativos con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro de orden material. Existen similitudes y diferencias entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas que es necesario tener presentes.

En ambos casos, hay un aprovechamiento de la necesidad de mejorar condiciones de vida a través de la migración (exceptuando obviamente, aquellos casos de trata en los que hubo secuestro, raptó o sometimiento); hay un abuso a los derechos fundamentales y lógicamente una operación comercial con seres humanos.” Por la importancia que reviste para los Derechos Humanos de las Niñas y Niños en este estudio, y porque una de las principales finalidades de la Trata/Tráfico de ellas/os es la prostitución infantil, a continuación ³²la definición que presenta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía³³, a saber: “a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.” Desde mediados de los años ochenta y debido a las magnitudes y formas que había tomado este problema, el término trata de blancas resultó ser incompleto pues las sociedades ya no sólo se estaban enfrentando al comercio de mujeres, ya fueran negras, blancas o de otra denominación; y se verificó que el fin no era solamente la explotación sexual. Sino también se trataba de niñas, niños y jóvenes, utilizados como mercancías, en un completo y complejo sistema de intercambio comercial, para distintos fines que van desde la explotación

³² Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.

³³ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. 2000. Artículo 2.

laboral, hasta la pedofilia, la prostitución, la servidumbre, la prostitución, el tráfico de órganos y otros. Fue entonces que se dio por utilizar el término tráfico de personas o tráfico humano que correspondía a la traducción textual del concepto “trafficking” en inglés, pero el mismo se prestaba a confusión; ya que se asociaba más con la facilitación del cruce irregular o ilegal de fronteras, con el propósito de acceder a mejores condiciones de vida y la obtención de bienes económicos o materiales.

Por lo tanto, en esa época e incluso hasta hace algunos años, no existió claridad ni consenso sobre la definición de Trata de Personas, la cual se utilizó más sistemáticamente a nivel mundial, tanto por las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la erradicación de este flagelo, como por los organismos internacionales que se encontraban preocupados por el problema.

Con la definición que actualmente se tiene a partir de la suscripción del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, ya se cuenta con una definición que de forma integral viene a proteger los Derechos Humanos específicos de estos grupos de la población del mundo, quienes son los más vulnerados en sus derechos debido a los niveles de discriminación que viven, derivados de la opresión con que cotidianamente se les educa. La práctica de Trata con las personas, es tan antigua como la vida misma, pero no por ello podemos seguir permitiéndola y dejar que se practique.

No es posible que ya en el Siglo XXI se siga haciendo caso omiso y se deje pasar por alto e invisibilidad un flagelo que por demás está decirlo, oprime, destruye y mata a mujeres, niñas, niños y jóvenes del mundo. Pero aparte del problema social que representa y las causas que lo originan, encontramos que esta invisibilización se da desde todos los ámbitos del Estado mismo: se permite desde todos los estratos sociales, no se evidencia realmente dentro del ámbito profesional y la ley es aplicada de forma permisiva sin que al momento se hayan emitido sentencias condenatorias a favor de las víctimas de este delito, especialmente en Guatemala. Entonces debemos reconocer que al ser un

problema mundial nos hallamos en un mundo discordante, que por un lado cada vez abroga más por Derechos Humanos como los de libertad e igualdad, mientras que por otro niega esos valores a miles de personas por medio de practicar la trata/tráfico de seres humanos, -y de forma particular de mujeres- lo cual es por desgracia, un flagelo que está alcanzando proporciones alarmantes, pues es un comercio enormemente lucrativo y con reducidos riesgos para sus organizadores, convirtiéndose en una plaga que se extiende y generaliza, sobre todo en la última década, en el que operan grandes redes multinacionales bien articuladas con conexiones en todo el mundo; e irónicamente es en este mundo en el que nos encontramos mujeres, niñas, niños y jóvenes, luchando por el derecho a una vida libre de violencia y opresión sexual para alcanzar un desarrollo integral y disfrutar de una vida plena.

La Trata/Tráfico de Personas constituye un negocio que se desarrolla en todo el mundo con una impunidad casi absoluta y en muchos casos con sanciones incluso mucho menos severas que las estipuladas para el tráfico de drogas. La total ausencia de medidas contra la prostitución en la mayor parte de los países, ha permitido que la trata/tráfico de personas crezca sin control alguno. Las mujeres tratadas/traficadas llegan todos los días a un país que no es el suyo, engañadas, desde el llamado Tercer Mundo. Mujeres jóvenes, con frecuencia menores de edad, que huyen de la guerra, miseria o cualquier situación de pobreza, -casos que van acompañados de la violencia que se ejerce en contra de las mujeres, derivada de la discriminación de que son objeto por la opresión en la que se ven confinadas a vivir las mujeres del mundo-, para poblar las calles y los burdeles de los llamados países desarrollados.

La Trata/Tráfico de Personas, desde hace más de medio siglo sirve esencialmente para el lavado de dinero, pues en todos los países del mundo está permitida la prostitución, exigiéndose normalmente el cumplimiento de requisitos de tipo sanitario y fiscal de funcionamiento de los establecimientos. Pero en ningún momento se revisa, reglamenta o legisla la forma en la que las mujeres brutalmente prestan este servicio, son oprimidas a través de forzarlas a trabajar en horarios y formas extenuantes, o las condiciones de miseria en las que se

les mantiene; ni tampoco en ningún momento se regulan los salarios que deben percibir por estar vendiendo su cuerpo. Desde la perspectiva de género³⁴, velando por los Derechos Humanos Específicos, las legislaciones del mundo deben asumir el compromiso de revisar las condiciones laborales de las mujeres prestando este servicio, que deberían ser las mejor pagadas del mundo, porque al vender su cuerpo están prestando un servicio con su vida misma, su cuerpo. Ello a expensas de poner en riesgo su propia vida. Las mujeres que viven en estas situaciones, lo hacen con niveles de riesgo constante en todo sentido: mental, físico y de salud.

Cuando se habla de este flagelo debemos distinguir entre prostitución, como fenómeno social y actividad, prostituta que hace referencia a la persona que cae en la red por una razón u otra y prostituida con referencia a la persona que es obligada e inducida a prostituirse y es a quien nos vamos a referir principalmente. Entonces llegamos a las niñas, los niños y las/los jóvenes que con esta visión androcéntrica son explotadas/os y forzadas/os -en otras palabras discriminados por los sistemas educativos de opresión que rigen la estructura de los estados- a vender sus cuerpos, para que otras y otros vivan ostentosamente, mientras quienes prestan el servicio lo hacen en condiciones de miseria completa, vulnerándoles sus Derechos Humanos en la máxima expresión.

El análisis necesario sobre quién percibe el pago por el servicio prestado, ya sea éste de carácter sexual o de otra índole que lleva implícita la explotación, generalmente se invisibiliza porque no conviene a las grandes redes que manejan la Trata de Personas. Y es en realidad éste el análisis que la perspectiva de género, nos permite realizar para buscar cómo se desmontan tales estructuras, estableciendo por qué este flagelo no recibe la atención de mujeres y hombres en el poder dentro del Estado. La Trata de Personas es considerada una forma contemporánea de esclavitud, un auténtico drama que

en la mayoría de casos llega a adquirir tintes casi inhumanos.

La Trata de Personas con fines de explotación sexual ha alcanzado magnitudes alarmantes en todo el mundo. Las cifras que a continuación se incluyen nos dan una visión de la importancia del flagelo que ello representa. Haciendo la aclaración que las cifras exactas sobre lo que realmente sucede nunca es posible obtenerla debido a que en la mayoría de los países no se tienen registros estadísticos verídicos y confiables que presenten lo horrendo del problema, pero principalmente estas estadísticas son casi inexistentes debido a las siguientes razones: La naturaleza clandestina e ilegal del tráfico que se practica; La ausencia en muchos países de una legislación específica contra la trata de personas; la renuncia de las víctimas a revelar sus experiencias a las autoridades derivado del miedo que se les ha infundido; y La escasa prioridad que los gobiernos conceden al acopio de datos y la investigación.

En el Informe de Septiembre del año 2000 de la Organización de Naciones Unidas –Organización de las Naciones Unidas³⁵- se delimitan las siguientes cifras: 4 millones de mujeres son vendidas cada año con uno de los siguientes tres fines: prostitución, esclavitud o matrimonio. De estos cuatro millones, alrededor de medio millón son introducidas en Europa Occidental anualmente; 2 millones de niñas entre 5 y 15 años son introducidas en el comercio sexual.

3.1 SECRETARÍA DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL, EXPLOTACIÓN Y TRATA DE PERSONAS

Esta secretaría se encontrará adscrita administrativamente a la Vicepresidencia de la República, la cual funcionará de acuerdo a lo establecido en su propio reglamento. Estará dirigido por un Secretario Ejecutivo, nombrado por el

³⁵ Informe de Septiembre del año 2000 de la Organización de Naciones Unidas –ONU.

Vicepresidente de la República. Y serán las atribuciones del Secretario Ejecutivo las siguientes:

- a) Servir de órgano asesor y recomendar la realización de acciones a las distintas dependencias o entidades del Estado en la lucha contra la violencia sexual, explotación y trata de personas.
- b) Recomendar la aprobación de normas y procedimientos a las distintas entidades del Estado en materia de su competencia.
- c) Realizar seguimiento y estudiar los efectos de las normas, programas y acciones en materia de su competencia y recomendar su reorientación.
- d) Diseñar e implementar medidas, planes, programas e iniciativas de información y sensibilización eficaces, estratégicas, constantes y sistemáticas a nivel nacional y local, tomando en cuenta el género, la diversidad cultural y étnica y los factores de vulnerabilidad de cada región del país, la edad, la cultura, el idioma de los destinatarios de la información y la comunidad en que ella se brinde.
- e) Trasladar los planes, programas proyectos e iniciativas que apruebe a la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia.
- f) Promover el desarrollo de estudios para descubrir, medir y evaluar los factores que facilitan la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, entre ellos, las políticas y procedimientos migratorios.
- g) Promover la suscripción e implementación de acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección internacional.
- h) Impulsar la creación y funcionamiento de los registros necesarios para actualizar la información sobre trata de personas.
- i) Denunciar los hechos constitutivos de delito o falta que tenga conocimiento, a consecuencia del ejercicio de sus funciones.
- j) Impulsar, en donde corresponda, procesos de capacitación, actualización y especialización relacionados con la prevención, protección, atención y sanción de las disposiciones contenidas en la ley.
- k) Coordinar actividades y proyectos con las entidades y dependencias del Estado, quienes podrán coadyuvar con la Secretaría, en lo que les fuere solicitado.

- l) Crear comités departamentales en el marco de las estrategias, políticas y objetivos de la secretaría.

La secretaría que por ley se ha de crear, es la responsable de velar y dar cumplimiento al Decreto 9-09 del Congreso. Así como a las políticas y planes que en la ley se menciona. Con ello se está garantizando que la ley se cumpla. Así mismo se le ordena a la Secretaría la creación y reconocimiento de las comisiones que sean necesarias las que deben ser integradas por instituciones del Estado y la sociedad civil cuyos objetivos tengan relación con la materia del Decreto 9-09.

3.2 LA VICTIMOLOGÍA³⁶

El Decreto 9-09 desarrolla los conceptos de la corriente victimológica. La ley inicia la mención de la prevención a la violencia: Se entiende por prevención a la preparación y disposición de medios para evitar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, antes de su manifestación, mediante la intervención directa sobre sus causas y los riesgos de incurrir en ellos³⁷.

Protección: Es la pronta, integral y efectiva intervención de la autoridad competente para garantizar a la víctima el acceso a medidas administrativas o judiciales que eviten la continuidad de la amenaza, restricción y violación de sus derechos, así como la restitución y reparación de los mismos. Las autoridades competentes, bajo su propia responsabilidad, deben iniciar de oficio los procedimientos administrativos y judiciales para garantizar la protección de la víctima.

- Víctima: Para los efectos del Decreto 9-09 se entenderá por víctima a la

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Op. Cit. Pág.

³⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 9-2009. Título III. Prevención , Protección y Atención de las Víctimas. Artículo 7-8.

persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal. También se considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3.3 DERECHOS DE LA VÍCTIMA

Como algo novedoso, en el Decreto 9-09 se reconocen los derechos de la víctima, que podría ser cualquier persona que ha sido afectada por la acción de particulares o entidades en los que encuadre su conducta en la violencia sexual, explotación y trata de personas. Se da en la sociedad guatemalteca el inicio a la reflexión al tema del sujeto pasivo del delito y si el Estado, en el Decreto 9-09 reconoce su existencia, es de esperarse que se haga realidad la compensación económica a este personaje por haber salido afectado por la incompetencia estatal a brindarle protección y seguridad. Son calificados como derechos de la personas víctimas de algún delito que se cometa contra su persona los siguientes:

- a) Privacidad de identidad de la víctima y de su familia;
- b) La recuperación física, psicológica y social;
- c) La convivencia familiar;
- d) Asesoría legal y técnica y a un intérprete durante la atención y protección, para tener acceso a la información en el idioma que efectivamente comprenda;
- e) Asesoría legal y técnica y a un intérprete para el adecuado tratamiento dentro del hogar de protección o abrigo. Para las personas menores de edad, la procuraduría general de la nación asignará los abogados procuradores correspondientes.

- f) Permanencia en el país de acogida durante el proceso de atención para la persona víctima de trata;
- g) Reparación integral del agravio;
- h) La protección y restitución de los derechos que han sido amenazados, restringidos o violados, e
- i) Otros que tengan por objeto salvaguardar el adecuado desarrollo de su personalidad, integridad y sus derechos humanos;

3.4 RESTITUCIÓN DE DERECHOS:

Los derechos a restituir, proteger o garantizar, entre otros son: la vida, la integridad, la salud, la educación, condición de vida adecuada, la convivencia familiar, la recuperación emocional, la capacitación técnica, la recreación y todos aquellos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes, tratados y convenios internacionales vigentes en el país.

3.5 DENUNCIA BAJO RESERVA DE CONFIDENCIALIDAD

Protección al denunciante: En los casos de sospecha o confirmación de la amenaza, restricción o violación de cualquier derecho establecido en el Decreto 9-09 debe ser comunicado o denunciado inmediatamente ante las autoridades administrativas y judiciales competentes. La denuncia podrá ser presentada bajo reserva de confidencialidad. Controles migratorios: Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, las autoridades de migración deberán, por lo menos:

- a) Reforzar los controles fronterizos necesarios para prevenir y detectar la trata de personas;
- b) Verificar que los documentos de identidad, de viaje y del medio de

transporte no sean falsos;

c) Verificar la naturaleza de la relación entre la persona menor de edad y el adulto acompañante;

d) Intercambiar información para determinar los medios utilizados por los autores del delito de trata de personas, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.

Víctima menor y extranjera

Información a las instituciones encargadas: Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un caso de los que refiere el Decreto 9-09 deberá informar a la víctima sobre el sistema de protección y atención que se le pueda brindar. Si la persona víctima es menor de edad, el Ministerio Público lo comunicará de inmediato al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia para el inicio del proceso de protección. Si la persona víctima es extranjera, la autoridad competente debe dar aviso inmediato a la agencia consular que corresponda.

Intervención del Canciller

Proceso de repatriación para personas víctimas de trata: Procedimientos previos: Las víctimas de trata deberán ser repatriadas únicamente hasta que se haya establecido comunicación oficial con los representantes de su país de origen, a quienes se les entregará bajo su protección.

El Estado de Guatemala coordinará el proceso de repatriación con el país de origen, solicitándole a este último, apoyo para sufragar los gastos relacionados, sin perjuicio del derecho de asilo o residencia. La procuraduría General de la Nación, en calidad de representante legal de la niñez y adolescencia, se encargará del proceso de repatriación para las personas menores de edad. En todo caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de sus consulados, facilitará asistencia legal a los guatemaltecos víctimas de trata de personas en el extranjero, con el propósito de asegurar su protección por parte del Estado de

Guatemala en el país donde se encuentren. Proceso de Repatriación: El Ministerio de Relaciones Exteriores deberá trabajar con sus contrapartes en los países de origen de las víctimas de trata de personas, con el objeto de lograr repatriaciones ordenadas y seguras, en el marco de los derechos humanos, tomando en cuenta la seguridad de la víctima y el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho que le generó su condición de víctima.

Sin perjuicio del proceso de repatriación, se deben prestar los servicios de salud y psicológicos que garanticen el bienestar a la víctima, además del derecho de asilo o la permanencia temporal o permanentemente en el territorio del Estado.

En el caso que sea seguro para la víctima volver a su país de origen, la repatriación se realizará sin demora indebida o injustificada. Para dicho efectos y en el caso que la víctima carezca de la debida documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores promoverá, en coordinación con el país de origen, los documentos de viaje o autorización que sean necesarios para su retorno. Derechos de las personas en proceso de repatriación: El Ministerio de Relaciones Exteriores deberá garantizar, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) Acompañamiento y asesoría migratoria, refiriendo a los entes competentes.
- b) La aplicación de medidas destinadas al resguardo de su integridad, privacidad y prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata, coordinando con los Centros de Atención Integral.
- c) Facilitar la comunicación con parientes o referentes afectivos en el país de origen a efecto de facilitar su reintegración.
- d) Promover la coordinación con entidades migratorias y cuerpos consulares e instancias de protección del país de origen de la víctima, con el propósito de garantizar su protección y atención durante y después de la repatriación.

Protocolos interinstitucionales de protección, atención y repatriación.

La secretaría de Bienestar Social y el Ministerio de Relaciones Exteriores, deberán impulsar la discusión, formulación, implementación, monitoreo y evaluación del:

- a) Protocolo Interinstitucional para la Protección y atención a víctimas de trata de personas;
- b) Protocolo interinstitucional para la Repatriación de víctimas de trata de tomando en cuenta las opiniones y los deseos de la víctima de no se repatriada.

3.6 ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO 9-2009 EN CONTRAPOSICIÓN CON EL CÓDIGO PENAL 17-73

DEFINICIONES³⁸

- a. **Confidencialidad:** Protege la privacidad y la identidad de las personas víctimas, previéndose la confidencialidad de la información inherente recopilada.
- b. **Protección especial:** A todas las personas víctimas se les debe proveer protección individual y diferenciada a fin de garantizar su seguridad y el restablecimiento de sus derechos.
- c. **No Revictimización:** En los procesos que regula esta Ley, debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la persona víctima.
- d. **Interés superior del niño o la niña:** En todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados,

³⁸ Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Op. cit. Artículo 2.

reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen para ella.

e. **No discriminación:** Toda persona víctima se considerará, en cualquier fase del procedimiento, sea penal o de protección especial, como víctima, sin diferencia de sexo, edad, género, religión, etnia o cualquier otra condición.

f. **Derecho de participación:** Las opiniones y los deseos, de las personas víctimas, deberán ser consultados y tenidos en consideración para tomar cualquier decisión que les afecte. Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.

g. **Respeto a la identidad cultural:** Se reconoce el derecho de las personas víctimas a conservar los vínculos con su cultura y religión en todas las entrevistas, al tener acceso a servicios de atención o procedimientos legales.

h. **Información:** Las personas víctimas deben tener acceso a la información sobre sus derechos, servicios que se encuentren a su alcance y debe brindárseles información sobre el procedimiento de asilo, la búsqueda de sus familia y la situación en su país de origen.

i. **Proyecto de vida:** A las personas víctimas se les brindará medios de forma proporcional a sus necesidades para poder sustentar su proyecto de vida, buscando la erradicación de las causas de su victimización y el desarrollo de sus expectativas.

j. **Celeridad:** Los procedimientos que establece esta Ley, deben realizarse con especial atención y prioridad.

k. **Presunción de minoría de edad:** En el caso en que no se pueda establecer la minoría de edad de la persona víctima o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal o de viaje, se presumirá la minoría de edad.

I. Restitución del ejercicio de derechos: La efectiva restitución del ejercicio de los derechos que han sido amenazados o violados y la recuperación de las secuelas físicas y emocionales producidas en la víctima.

Artículo 7. Prevención³⁹. Se entiende por prevención la preparación y la disposición de medios para evitar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, antes de su manifestación, mediante la intervención directa sobre sus causas y los riesgos de incurrir en ellas.

Artículo 8. Protección⁴⁰. Es la pronta, integral y efectiva intervención de la autoridad competente para garantizar a la víctima el acceso a medidas administrativas o judiciales que eviten la continuidad de la amenaza, restricción o violación de sus derechos, así como la restitución y reparación de los mismos. Las autoridades competentes, bajo su propia responsabilidad, deben iniciar de oficio los procedimientos administrativos y judiciales para garantizar la protección de la víctima.

Artículo 9. Atención⁴¹. Es la pronta, integral y efectiva intervención de la autoridad competente que garantiza a la víctima su recuperación física y psicológica, así como la reinserción social y familiar, con particular cuidado a su edad, género e identidad cultural.

En los programas de atención se debe consultar y considerar las opiniones de las víctimas. Se deberán establecer mecanismos para facilitar la participación de conformidad con su edad y madurez en casos de personas menores de edad.

Víctima⁴².

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por víctima a la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus

³⁹ Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Op. cit. Artículo 7

⁴⁰ Idem. Artículo 8

⁴¹ Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Op. cit. Artículo. 9

⁴² Idem. Artículo 10

derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal. También se considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Delito Código Penal	Sanción	Delito Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas	Sanción
X	X	Maltrato contra personas menores de edad	Prisión de dos a cinco años
Contagio Venéreo	Multa de Q50 a Q300 si es exposición y si se da el contagio prisión de dos meses a un año	Contagio de infecciones de transmisión sexual	Prisión de dos a cuatro años y si la víctima es menor de edad la pena se aumentará en dos terceras partes
X	X	Empleo de personas menores de edad en actividades laborales lesivas a su integridad y dignidad	Prisión de 2 a 4 años y multa de Q20,000 a Q100,000

Violación	Prisión de 6 a 12 años	Violación	Prisión de 8 a 12 años
X	X	Agresión Sexual	Prisión de 5 a 8 años
Agravación de la Pena	Prisión de 8 a 2 años	Agravación de la Pena	Se aumentará en dos terceras partes la pena para el delito de agresión sexual
Corrupción de Menores de Edad	Prisión de 2 a 6 años	Exhibicionismo sexual	Prisión de 3 a 5 años
Corrupción Agraviada	Se aumentará en dos terceras partes para el delito de corrupción de menores	Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a menores de edad	Prisión de 3 a 5 años
Inducción mediante promesa o pacto	Prisión de 1 a 3 años	Violación a la intimidad sexual	Prisión de 1 a 3 años y quien transfiera la información a terceros prisión de 2 a 4 años
Proxenetismo	Multa de Q300 a Q1,000	Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución	Prisión de 5 a 10 años y multa de Q50,000 a Q100,000

Proxenetismo Agraviado	Se aumentará en una tercera parte la pena para el delito de proxenetismo	Promoción facilitación o favorecimiento de prostitución agravada	Se aumentará en una tercera parte la pena para el delito de promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución
Rufianería	Multa de Q500 a Q3,000	Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad	Prisión de 5 a 8 años
X	X	Remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución	Prisión de 3 a 5 años
X	X	Producción de pornografía de personas menores de edad	Prisión de 6 a 10 años y multa de Q50,000 a Q500,000
Exhibiciones obscenas	Multa de Q200 a Q2,000	X	X
X	X	Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad	Prisión de 6 a 8 años y multa de Q50,000 a Q500,00

X	X	Posesión de material pornográfico de personas menores de edad	Prisión de 2 a 4 años
X	X	Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad	Prisión de 6 a 10 años y multa de Q100,000 a Q500,000
Acción Penal	Los delitos del título tres libro dos del Código Penal eran a instancia del agraviado	Acción Penal	Se modifica en los delitos del título tres del libro dos el ejercicio de la acción penal
Trata de Personas	Prisión de 6 a 12 años	Trata de Personas	Prisión de 8 a 18 años y multa de Q300,000 a Q500,000
X	X	Remuneración por la Trata de Personas	Prisión de 6 a 8 años y la pena se incrementa dependiendo de la edad del menor

El cuadro anterior muestra una comparación entre los delitos que se encuentran tipificados actualmente en el Código Penal y cómo los modifica la ley contra la

violencia sexual, explotación y trata de personas, también se pueden observar las nuevas figuras delictivas que sancionan delitos de explotación sexual comercial, trata de personas, adopciones ilegales y tráfico de órganos. Con estos cambios la legislación guatemalteca avanza, ya que a partir de la entrada en vigencia de ésta ley se encuentran reguladas penalmente conductas delictivas que actualmente se cometen en total impunidad en nuestro país. Los operadores de justicia cuentan ahora con el reto de aplicar la nueva normativa con eficacia y eficiencia para lograr resultados que conlleven a la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes⁴³.

3.7 MARCO LEGAL INTERNACIONAL

Desde mediados del siglo pasado, la Organización de Naciones Unidas⁴⁴ ha manifestado su compromiso por que todos los seres humanos gocemos de la plena vigencia de los derechos humanos, y lo pretende lograr a través de la aprobación de importantes instrumentos jurídicos vinculados con esta materia. La jerarquía de los instrumentos internacionales dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco ha generado controversia en el sentido que si son o no superiores a la Constitución Política de la República de Guatemala. Para la resolución de este conflicto existen dos corrientes la doctrina dualista y la doctrina monista. Ésta última indica que el derecho internacional es directamente aplicable al quedar incorporado en el sistema nacional sin que exista necesidad de un acto del legislativo, por el contrario la teoría dualista es la que indica que para que la norma se incorpore sea a través del proceso legislativo existente en cada país.

En lo referente a esta contrariedad se puede afirmar que el derecho internacional tiene igual jerarquía que el resto de normativa legal con excepción en lo concerniente a derechos humanos, lo cual se encuentra regulado en la

⁴³ Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. Convenios y Tratados Internacional en Materia de Derechos Humanos. Guatemala. Serviprensa. 2012. Pág. 6-9.

Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 46⁴⁵ que regula que son superiores al derecho interno los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

La Gaceta jurisprudencial 18⁴⁶ contiene la sentencia del expediente 280-90 de fecha 19 de octubre de 1990, que establece: "...el hecho de que la constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entraren contradicción con normas de la propia Constitución y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46 sino por la del primer párrafo del 44 constitucional⁴⁷ que dice: "Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana...". La jurisprudencia les otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos rango constitucional para el mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico para poder interpretarlo de manera integral. La propia constitución con el artículo 46 incorpora con superioridad jerárquica al derecho interno los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La legislación guatemalteca protege adecuadamente los derechos humanos al brindarles rango constitucional a través del mencionado Artículo 46 y también regulado en el Artículo 114 de la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad.

Los operadores de justicia no aplican los convenios internacionales en materia de derechos humanos como normas constitucionales inclusive no les dan ni siquiera aplicación como derecho interno. Deben llegar a comprender que mientras los derechos humanos regulados en los tratados y convenios internacionales no restrinjan, tergiversen o disminuyan los derechos

⁴⁵ Artículo 46. Constitución Política de la República de Guatemala

⁴⁶ Corte de Constitucionalidad contiene la sentencia del expediente 280-90 de fecha 19 de octubre de 1990

⁴⁷ Artículo 44. Constitución Política de la República de Guatemala

constitucionales sino que brinden mayor protección a la persona humana se deben aplicar sin limitación alguna. El problema de la explotación sexual infantil tiene repercusiones mundiales, razón por la cual ha sido reiterada en instrumentos internacionales la represión a la explotación sexual infantil, y fenómenos asociados a ésta conducta anormal, como lo es la esclavitud y discriminación contra las mujeres.

A continuación se realiza un análisis a convenciones, pactos, convenios y protocolos del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano ratificados por el Estado de Guatemala, que tienen como objetivo afrontar y combatir la explotación sexual de la población infantil.

La Convención para la represión de la circulación y el tráfico de las publicaciones obscenas⁴⁸, los estados partes asumieron el compromiso de tomar todas las medidas necesarias, a fin de descubrir, perseguir y castigar a las personas que sean culpables de las siguientes acciones: a) Fabricar o conservar escritos, dibujos, grabados, pinturas, impresos, imágenes, emblemas, carteles, fotografías, películas cinematográficas u otros objetos obscenos, con el objeto de exponerlos al comercio o distribución, o colocación en lugares públicos; b) Importar, transportar, exportar o hacer importar, para los fines indicados, escritos, dibujos, grabados, pinturas, impresos, imágenes, emblemas, carteles, fotografías, películas cinematográficas u otros objetos obscenos, o hacerlos circular de otra manera y c) Hacer comercio con ellos, aunque no públicamente, o efectuar operaciones de cualquier índole, distribuyéndolos, exponiéndolos al público o facilitándolos en calidad de préstamo.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴⁹, regula que los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. En el Pacto internacional de derechos

⁴⁸ Convención para la represión de la circulación y el tráfico de las publicaciones obscenas

⁴⁹ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

económicos, sociales y culturales, establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. La Convención sobre los derechos del niño⁵⁰, regula que los estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero, así como medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.

En el Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵¹, el Estado de Guatemala se comprometió del artículo tres al diez a tomar todas las medidas legislativas necesarias para reprimir estos delitos, venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil, así como brindar protección a las víctimas menores de edad.

La Convención 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, considera entre las peores formas de trabajo infantil, las siguientes: a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud como la venta, el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados y b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia

⁵⁰ Convención sobre los derechos del niño aprobada y ratificada por el Estado de Guatemala. 25 de febrero de 1991.

⁵¹ <http://www.ispm.org.ar/violencia/images/hechos/v-sexual.html> Cazes, Daniel. fecha de consulta 06 de mayo 2014.

organizada transnacional o conocido como protocolo de Palermo, tiene como finalidades las siguientes: a) Prevenir y combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Partes.

Se entiende por trata de personas la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la coerción o recepción de pago o beneficio para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

CAPÍTULO IV

4. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El presente capítulo tiene como finalidad presentar los resultados y discusión, mismas que forman parte de la investigación de campo realizada a profesionales que tienen como principal función combatir la violencia sexual, explotación y trata de personas, así mismo la presentación de encuestas realizadas a diez profesionales que desenvuelven su actividad en la en la Unidad de Prevención de Trata de Personas de la Procuraduría de los Derechos Humanos, este capítulo va dirigido a reforzar los temas desarrollados a lo largo del trabajo de investigación, y de esa manera afianzar los objetivos planteados dentro del mismo.

ENCUESTAS ELABORADAS A PROFESIONALES DE LA UNIDAD DE PREVENCIÓN DE TRATA DE PERSONAS DE LA PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

PREGUNTA #1

¿Conoce usted la ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas respondieron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

El 100% de los encuestados manifestaron el conocimiento de la ley, ya que son una unidad especializada y tienen como fundamento legal de su ejercicio y actuar profesional a la propia ley.

PREGUNTA #2

¿Cree usted que es necesario ampliar las facultades de la Unidad de Prevención de Trata de Personas en relación a los acontecimientos suscitados en Guatemala posterior al surgimiento del Decreto 9-2009?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

La totalidad de encuestados manifiestan la importancia de la ampliación de facultades para los personeros de la Unidad de Prevención de Trata de Personas, ya que actualmente no existe un sistema de prevención, investigación y sobre todo control posterior para las víctimas de abusos, especialmente en el ámbito infantil y juvenil.

La necesidad de crear mecanismos de investigación propios es aspecto que deben establecerse, ya que depende específicamente del Ministerio Público para poder actuar y tener un acercamiento hacia las víctimas de violencia sexual, explotación y trata de personas.

PREGUNTA #3

¿Piensa usted que la Constitución Política de la República de Guatemala debe ser interpretada en forma evolutiva y con la constante incorporación de otros derechos a través de la ratificación y aceptación de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos y Tratados Internacionales de la niñez y adolescencia?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

De los resultados obtenidos se demuestra que todas las personas encuestas concuerdan que la ratificación y aceptación de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos y en materia de niñez y adolescencia debe ser interpretada en una forma evolutiva por lo que la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en diversas sentencias a favor de la consideración en esta materia y en especial el derecho de la opinión del niño en todos los asuntos que les afecten. Se ha manifestado que la voluntad de los niños tiene un valor preponderante para decidir cuestiones que les afectan y les conciernan, tal y como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, ha dictaminado la Corte de Constitucionalidad, que cuando no consta la opinión del niño que exige la Convención, se genera una violación a los Derechos Humanos de la niñez, En síntesis, tal y como sucede con el interés superior del niño la no valoración de su opinión, puede cuestionar la validez constitucional de cualquier decisión, y la carta magna otorga una interpretación a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad

y a su interés y bienestar supremo, un valor preponderante para decidir asuntos que le afecten. Tal Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos humanos es ley para el estado.

PREGUNTA #4

¿Cree usted que el interés superior de la persona menor de edad víctima de los delitos de la violencia sexual, explotación y trata de personas se encuentra protegida y garantizada por la ley guatemalteca?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados que sí se encuentran protegidas y garantizadas en la legislación guatemalteca.

DISCUSIÓN:

El porcentaje total de encuestados manifiestan que sí se encuentran protegidos y garantizados por la legislación nacional vigente, pero que es de suma importancia crear mecanismos, instituciones y unidades especializadas que le den el cumplimiento necesario a la legislación; si bien se encuentra nutrida de legislación es importante ejecutar y hacer cumplir la legislación vigente.

Por el momento es indispensable fortalecer las relaciones entre el Ministerio Público y la Procuraduría de Derechos Humanos hasta concluir cual debe ser la injerencia directa con la que debe participar la Unidad de Prevención de Trata de Personas.

PREGUNTA # 5

¿Considera usted que la legislación guatemalteca dará un avance a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas?

RESULTADO: De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas contestaron Si, ya que manifiestan que anteriormente no existía nada parecido en el país.

DISCUSIÓN:

Los encuestados manifestaron que con estos cambios la legislación guatemalteca dará un avance, ya que a partir de la entrada en vigencia de ésta ley se encontrarán reguladas penalmente conductas delictivas que actualmente se cometen en total impunidad en nuestro país por no contar siquiera una norma jurídica que sancionen dichas acciones. Los operadores de justicia cuentan ahora con el reto de aplicar la nueva normativa con eficacia y eficiencia para lograr resultados que conlleven a la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Lastimosamente no existía una norma jurídica que amparara a los menores de edad ante este flagelo que actualmente se vive a nivel mundial y principalmente en los países latinoamericanos.

PREGUNTA #6

¿Considera usted que se cumple con lo establecido por la convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que el niño debe ser escuchado cada vez que se toman decisiones que lo afecten directamente tal como lo regula el artículo 12 de dicho cuerpo legal?

RESULTADO: De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

De los resultados obtenidos se concluye, que todos los profesionales encuestados consideran que a pesar de la ratificación y aceptación de tratados internacionales en Materia de Derechos Humanos sobre todo la Convención

sobre Derechos al Niño, no se ha logrado tomar en cuenta la opinión del menor en asuntos que le afectan, como todo proceso de transición, cambio y la constante actualización de los derechos va más allá del simple acto formal de incorporación de otros derechos al ordenamiento jurídico, puesto que al adquirirlos obtienen el rango de normas constitucionales, y automáticamente pasan a cuestionar la vigencia y validez de toda la normativa ordinaria guatemalteca, dentro del fracaso del formalismo jurídico para regular la realidad social que se le presenta en casos concretos. Hoy por hoy, se puede afirmar que la certeza del derecho y el formalismo jurídico parecen descansar, más bien, en razones ideológicas que en exigencias funcionales, derivadas de procesos reales de aplicación del derecho. Un porcentaje reducido de encuestados se abstuvo en responder, basándose en que la pregunta formulada era demasiado amplia, por lo que no podían emitir una respuesta concreta.

PREGUNTA # 7

¿Cree usted que en la actualidad se pueden resolver los casos de violencia sexual, explotación y trata de personas en menores de edad?

RESULTADO: De un total de 10 personas encuestadas: 8 personas contestaron Si, representando el 80% de encuestados; y 2 personas contestaron que No, representando el 20% de encuestados.

DISCUSIÓN:

En su mayoría los encuestados manifiestan que sí se puede resolver los casos pero sobre todo creen en la posibilidad de detener desde sus inicios este tipo de delitos. La prevención es de suma importancia ya que se debe erradicar desde el crecimiento de las estructuras criminales o personas aisladas que se aprovechan de un sistema con muchas carencias.

Los encuestados que manifestaron que no se puede erradicar, hacen saber que son estructuras criminales pero también se da por particulares, lastimosamente se incluyen a las propias familias de los menores de edad. De tal suerte hacen saber que es un problema que también involucra la educación y falta de empleo en el país y por esta razón los menores se ven afectados directa o indirectamente.

PREGUNTA # 8

¿Cree usted que los derechos de la víctima se ven vulnerados por no existir prevención o es el resultado directo de la sociedad y sus necesidades?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

Los profesionales manifestaron que se trata de un todo, es la cosmovisión que se tiene del mundo en general y son consecuencias directas de las necesidades sociales, pero también hacen saber que lo principal es impedir la expansión de este tipo de actividades, actividades que son sumamente lucrativas para las personas que administran este tipo de actividades, pero sumamente dañinas y denigrantes para las víctimas que se encuentran a merced de grupos inescrupulosos.

PREGUNTA #9

¿Considera usted que la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas fortalece la legislación penal, tipificando figuras delictivas y sanciones

inexistentes en el Código Penal?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

De los resultados obtenidos se demuestra que el total de los encuestados, manifestaron que en el sentido de que todas y cada una de las instituciones del Estado y del sector privado, involucradas en la atención de las víctimas de los delitos de abuso sexual y trata de personas, regulados en dicha ley, les presten una atención especializada. El objetivo principal es establecer acciones de coordinación sobre la atención integral de toda persona víctima de los delitos regulados en la mencionada ley, con el objeto de que encuentren en la administración de justicia una respuesta justa al resarcimiento de sus derechos vulnerados y evitar que las mismas sean revictimizadas.

PREGUNTA #10

¿A su juicio considera que existe la posibilidad de que la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Persona adquiera relevancia en la desarticulación de bandas dedicadas a estos delitos?

RESULTADO:

De un total de 10 personas encuestadas: 10 personas encuestadas contestaron Si, representando el 100% de encuestados.

DISCUSIÓN:

De los resultados obtenidos se demuestra que el total de los encuestados manifestó que es importante que para que este protocolo tenga vida, no es suficiente la buena voluntad de los actores, sino también que cada una de las instituciones partes, cuenten con los recursos económicos suficientes, para que puedan contar con la infraestructura necesaria y contratar personal idóneo y suficiente para la atención, y que como el caso de la Secretaria Contra la

Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas adscrita a la Vicepresidencia de la República, pueda descentralizarse y funcione en cada uno de los departamentos de la república, para poder acompañar a la víctima, la cual no se ha dado dentro de los procesos penales.

La relevancia se encuentra radicada en las posibilidades de inversión, apoyo económico nacional e internacional ya que dentro de las estructuras criminales que desarrollan estas actividades ilícitas se encuentra la cooperación del crimen organizado a nivel internacional y por tanto se deben realizar acuerdos multilaterales entre las naciones para erradicar este flagelo.

CONCLUSIONES

1. Se reconoce que la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas es un instrumento jurídico que viene a contrarrestar dichos flagelos que acechan a nuestro país, llegando a ser considerada como un principio rector guía de la libertad de las personas respetando la dignidad propia de los seres humanos.
2. La determinación del el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.
3. Se tiene la convicción de que el Estado de Guatemala reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal, prohíbe todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral.
4. El reconocimiento del Estado de Guatemala que el código Penal ya no se adecua a la realidad nacional, el cual en su momento respondió a las exigencias del siglo XVIII, por ello, la importancia de la incorporación al ordenamiento jurídico de la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas.
5. En la legislación guatemalteca la nueva Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas se ha desarrollado con el objetivo de prevenir, reprimir sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y la búsqueda de que el Estado llegue a resarcir a las víctimas por el daño y perjuicio ocasionados por el despliegue de la acción delictiva.

6. Las garantías reguladas en la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas establecen acciones de coordinación sobre la atención integral de toda persona víctima de los delitos regulados con el objeto de que encuentren en la administración de justicia una respuesta justa al resarcimiento de sus derechos vulnerados y evitar que las mismas sean revictimizadas.
7. Los profesionales cuentan ahora con el reto de aplicar la nueva normativa con eficacia y eficiencia para lograr resultados que conlleven a la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores.
8. La trata de personas, es un delito que se encuentra vinculado con otros, tales como: El secuestro, desapariciones, falsificación de documentos públicos y privados, violencia física, psicológica y sexual, corrupción, tráfico y abuso de drogas, aspectos a los cuales son más vulnerables las mujeres, niños y niñas.
9. En diversas sentencias de la Corte de Constitucionalidad ha reiterado que la libertad, la integridad física y la vida de las personas son derechos fundamentales de todo ser humano.
10. La Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde el año 1985, la apertura del ordenamiento jurídico guatemalteco al derecho internacional en materia de Derechos Humanos, esto permite una constante dinámica, actualización de los derechos superiores de todo ser humano que es la vida, la libertad y la integridad física.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado de Guatemala profundice y fortalezca el Estado de Derecho, como requisito esencial para el efectivo combate a la violencia sexual, la explotación y trata de personas, aplicando las herramientas jurídicas específicamente todas las garantías constitucionales como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física.
2. Deberá aplicarse el tema del delito de trata de personas por parte de toda la población guatemalteca, para luchar conjuntamente con las instituciones encargadas de la administración de justicia en contra de las redes del crimen organizado, .transnacional y nacional favorecedoras de dicho delito.
3. El presente trabajo de tesis propone, para que la Ley de Violación Sexual, Explotación y Trata de Personas se incorpore al ordenamiento jurídico guatemalteco, se necesita la buena voluntad de los actores, asimismo, que cada una de las instituciones partes, cuenten con los recursos económicos suficientes, para que puedan contar con la infraestructura necesaria y contratar personal idóneo para la atención.
4. Es necesario que la Vicepresidencia de la República brinde todo el apoyo que sea necesario a la Secretaría Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (SVET), para dar cumplimiento a los procesos de capacitación, actualización y especialización, relacionados con la protección y atención a las víctimas del delito de violación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Referencias Bibliográficas

- Amuchategui, Griselda. *Derecho Penal*. 3ª. Edición. Editorial Oxford. México. 2005. Pág. 65
- Berdugo Gómez, Ignacio. *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*. Madrid, España. Tomo I. Primera Edición. IUSTEL. 2008. Pág. 86
- Carbonell Matéu, Juan Carlos. *Derecho Penal Concepto y Principios Constitucionales*. Valencia, España. Editorial Tiran lo blanch alternativa. 1999. Pág. 42.
- Castellanos, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Parte General. México. Editorial Porrúa. 2008. Pág. 11
- Creus, Carlos. *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1998.
- De León Velasco, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala. Edición 2001. Pág. 18.
- Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. *Compilaciones de Derecho Penal*. Guatemala. Magna Terra Editores. 2012. Pág.22
- González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, los delitos*. México. Editorial Porrúa. 2006. Pág. 106

- Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales. Unidad de Comunicación Alternativa de la Mujer. 2012
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. México.
- López Betancourt, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*, Parte General. México. Editorial Porrúa. 2003. Pág. 4
- López Betancourt, Eduardo. *Delitos en Particular*. México. Editorial Porrúa. 2008. Pág. 54
- Luzón Cuetas, José María. *Compendio de Derecho Penal*. Madrid, España. Editorial Dykinson. 2009. Pág. 34 .
- Madrazo, Mazariegos. *Constelaciones de Ciencias Penales*. Tomo I. Guatemala. Primera Edición. Magna Terra Editores. 2006. Pág. 18.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, España. 3ª. Edición. Editorial PUU Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. 1990. Pág. 76
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A. 2010. Págs. 1-5
- Orellana Wiarco, Octavio. *Curso de Derecho Penal*. México. 2008.
- Velásquez, S. *Violencias Cotidianas, violencias de género*. Argentina. Editorial Paidós. 2003. Pág.59
- Von Lizst, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. España. Valleta Ediciones SRL. 2007.

- Zepeda, R. *Las Violencias en Guatemala, algunas perspectivas*. Proyecto de Cultura de Paz/UNESCO. Guatemala, 2005. Págs. 12-32.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica. Artículo 8, Numeral 2º. 1969.
- Convención para la represión de la circulación y el tráfico de las publicaciones obscenas
- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- Convención sobre los Derechos del Niño aprobada y ratificada por el Estado Guatemalteco, 25 de febrero de 1991.
- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la “prohibición de las peores formas de trabajo de menores y la acción inmediata para su eliminación; Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 29 y 105 relacionados con El trabajo forzoso y obligatorio y la abolición del trabajo forzoso.
- Convenios y Tratados Internacional en Materia de Derechos Humanos. Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. Guatemala. Serviprensa. 2012. Pág. 6-9.

- Corte de Constitucionalidad la sentencia del expediente 280-90 de fecha 19 de octubre de 1990
- Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Manual de Convención de Derechos del Niño. Madrid, Tecnos. UNICEF. 1998
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en resolución 220 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General – Resolución A/RES/54/263 de mayo del 2000.
- Código Penal Guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República.
- Código Procesal Penal Guatemalteco, Decreto número 51-92 del Congreso de la República.
- Ley Orgánica del Ministerio Publico. Decreto 40-94 del Ministerio Público.

- Ley de Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Decreto NO. 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala. Publicado en el Diario de Centroamérica el 20 de marzo del 2009.
- Acuerdo Gubernativo 184-2008, el cual aprueba la Política Pública contra la Trata de Personas y de Protección Integral, y su Plan Nacional de Acción Estratégico 2007-2017
- Informe de Septiembre del año 2000 de la Organización de Naciones Unidas –ONU

REFERENCIA ELECTRONICAS

- <http://www.ispm.org.ar/violencia/images/hechos/v-sexual.html> Cazes, Daniel. fecha de consulta seis de Enero 2013.

OTRAS REFERENCIAS

- Asociación de Salud Integral –ASI- Trata de Personas en Guatemala. s/f
- Trata: Diccionario de la Real Academia Española. Volumen 8. Colombia. Editorial Printer Colombia S.A. 2001
- Victimología: Diccionario de la Real Academia Española. Volumen 9. Colombia. Editorial Printer Colombia S.A. 2001