

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION PENAL PUBLICA
DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR, EN LOS DELITOS DE
ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.**

TESIS

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

POR

FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES

Al conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Marzo de 1999.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION PENAL PUBLICA
DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR, EN LOS DELITOS DE
ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.**

TESIS

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

POR

FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES

Al conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Marzo de 1999.

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

DECANO: Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I: Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II: Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III: Lic. William René Méndez
VOCAL IV: Br. José Francisco Peláez Córdón
VOCAL V: Lic. Héctor Anibal De León Velasco.

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL:

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE: Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios.
VOCAL: Lic. Vladimiro Guilielmo Rivera Montealegre.
SECRETARIO: Lic. Mynor Custodio Franco Flores.

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE: Lic. Juan Francisco Flores Juárez.
VOCAL: Lic. Diana Carolina Ruiz Moreno.
SECRETARIO: Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós.

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis. (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

3772-98



Guatemala, 28 de Octubre de 1998.

JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
DE LA FACULTAD DE
CIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ENTE.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

28 OCT. 1998

RECIBIDO
Horas: 15 Minutos: 45
Oficial: _____

SEÑOR DECANO:

Atenta y respetuosamente me dirijo a usted, en cumplimiento a la resolución emanada de ese Decanato, de fecha 25 de Septiembre de 1998, en la cual se me nombró ASESOR tesis del Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES con el título "LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION PENAL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, VIOLACION, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION"; con el objeto de darle informe del trabajo realizado y para el efecto expongo: El trabajo desarrollado es de actualidad y el autor busca fundamentar en el tema propuesto, siendo congruente con el Código Penal en cuanto a la adición en el artículo 24 Ter.

Con el propósito de darle respuesta al problema definido y formular el enunciado hipotético, se orientó al Bachiller EL MACBANAI GARCIA MORALES, en el proceso metodológico y técnico del trabajo de investigación realizado.

Se elaboró el fundamento teórico, doctrinario y jurídico, de la problemática objeto de estudio, lo cual se encuentra descrita y analizada en base a la realidad guatemalteca en el que hacer de Abogado Litigante, en donde se concluye por parte del estudiante en la necesidad de recomendar que algunos delitos se califiquen como ACCION PRIVADA y no como ACCION MIXTA.

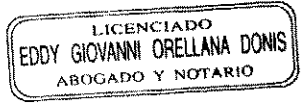


El presente trabajo de tesis contribuye en gran escala al desarrollo del Derecho Procesal, específicamente en lo que se refiere al análisis de LA ACCION PRIVADA, LA ACCION PUBLICA Y ACCION MIXTA en materia Penal y dentro de ello los principios que se involucran en el Proceso, que hacen que se cumpla la finalidad de garantizar los Derechos Humanos de las personas acusadas de la comisión de un hecho delictivo.

- Habiéndose utilizado por parte del investigador Metodología técnicas modernas en el presente trabajo, se concluye que es un aporte bastante valioso para abordar con mayor propiedad la abogacía, el cual puede contribuir como un aporte y apoyo en el estudio de los cursos de Procesal Penal I y II en nuestra facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por lo tanto, se emite DICTAMEN FAVORABLE al trabajo de tesis realizado por el Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES se devuelve el expediente para que continúe su trámite, se meta a consideración y se designe Revisor de Tesis.

Esperando haber cumplido con la designación efectuada por el señor decano, atenta y respetuosamente;

Lic. EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS.
ASESOR.





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES: Guatemala, once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.-----

Atentamente, pase al LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ BARRIOS para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES y en oportunidad emita el dictamen correspondiente.

Alhj.





70-99

Guatemala, 20 de noviembre de 1,998.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

13 ENE. 1999

RECIBIDO
Horas: 15 Minutos: 00
Oficial:

SEÑOR DECANO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
D. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA.
PRESENTE.

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, procedí a Revisar el
trabajo de tesis denominado LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION
CIVIL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR EN LOS DELITOS
DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION, el cual fue
revisado por el Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES.

La investigación realizada por el Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES
cumple con todos los requisitos establecidos en nuestra facultad para
este tipo de trabajo, en virtud de lo cual estimo que el Señor Decano
debe ser aprobado y ordenarse la impresión del trabajo antes
referido y que el mismo sirva de base para el examen
Profesional correspondiente.

Atentamente,

"DID Y ENSEÑAR A TODOS"

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
REVISOR.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, veintisiete de enero mil novecientos noventa y
nueve.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del Bachiller FANUEL MACBANAI GARCIA MORALES
intitulado " LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION PENAL
PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR EN LOS
DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y
VIOLACION". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico
Profesional y Público de Tesis.-----



ACTO QUE DEDICO:

DIOS:

Porque al haber depositado mi confianza en Él, me concedió el deseo de mi corazón.

Todo aquel que en Él creyere, no será avergonzado." Ro. 10:11

Porque Jehová da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia. El provee de sana sabiduría a los rectos; Es escudo a los que caminan rectamente".

Prov. 2: 6 y 7.

MIS PADRES:

MARIO GARCIA LOPEZ:

Por tu incondicional apoyo y esfuerzo que has tenido que realizar para ayudarme a salir adelante.

JANA MORALES VIVAS:

Porque cada momento que has compartido conmigo, ha representado una experiencia de adquisición de fe y esperanza. No hay duda que, tus palabras inyectan ánimo.

MIS HERMANOS:

MAGDIEL, JOSUE, FEBE, MARIO, SHEILA Y ABY:

Espero que con la confianza puesta en Dios, busquemos siempre juntos la superación.

MI NOVIA:

RESLY GAITAN:

Porque en todo momento me apoyaste y animaste; y fuiste inspiración para el esfuerzo que me permite hoy realizar este sueño.

A QUIENES COLABORARON SIN NINGUN INTERES:

Especialmente a:

ROBERTO LOPEZ Y MAYNOR RODRIGUEZ.

A GUATEMALA, A MI QUERIDA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Y A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Porque me brindaron la oportunidad de comer el pan del saber y alcanzar este sueño de mi vida.

INDICE.

LO I. GENERALIDADES DE LAS INSTITUCIONES PENALES BASICAS.

Página.

Acción Penal.	
1.1 Definición.	1
1.2 Clasificación legal.	3
1.3 Diferencia entre la acción penal pública y la acción penal pública dependiente de instancia de instancia particular.	5
1.4 Criterios para clasificar la acción penal.	6
Acción de parte o instancia particular.	
2.1 Definición.	8
2.2 Alcances y efectos de la instancia particular.	9
2.3 Legitimación para otorgar la instancia particular.	10
2.4 Revocación y renuncia de la instancia particular.	11
Órgano de la persecución penal.	
3.1 Análisis doctrinario de la institución.	15
3.2 Regulación legal de la institución en Guatemala.	17
3.3 Organización del Ministerio Público en Guatemala.	20
3.4 Funciones del Ministerio Público en el proceso penal guatemalteco.	22

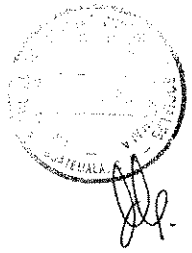
LO II. GENERALIDADES DE LAS INSTITUCIONES PENALES SUSTANTIVAS BASICAS.

Delito.	
1.1 Definición.	24
2.2 Sujetos del delito.	25
3.3 Clasificación doctrinaria de delitos.	26
4.4 Tutela de los valores jurídicos en la clasificación legal de los delitos.	28
Penal.	
1.1 Definición.	30
2.2 Justificación de la pena.	30
3.3 Fines de la pena.	31
4.4 Clasificación legal de las penas.	31

LO III. ANALISIS JURIDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE INCESTO, ESTUPRO, ABUSOS DOMESTICOS Y VIOLACION.

Delito de Incesto.	
1.1 Definición.	32
1.2 Clasificación.	32
1.3 Elementos.	33
1.4 Valor jurídico tutelado.	33
Delito de estupro.	
2.1 Definición.	33
2.2 Clasificación.	34
2.3 Elementos.	34
2.4 Valor jurídico tutelado.	35
Delito de Abusos deshonestos.	
3.1 Definición.	35
3.2 Clasificación.	36

3.3 Elementos.	36
3.4 Valor jurídico tutelado.	37
4. El delito de violación.	
4.1 Definición.	37
4.2 Clasificación.	37
4.3 Elementos.	38
4.4 Valor jurídico tutelado.	39
CAPITULO IV. LA ACCION PENAL PUBLICA EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.	
1. Situaciones que obligan a perseguirse por acción pública los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y violación.	
1.1 Razones de interés público.	41
1.2 La minoría de edad de la víctima.	42
1.3 Cuando el delito es cometido por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión del cargo.	45
1.4 Cuando el delito es cometido contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador.	48
1.5 Cuando el delito es cometido contra un incapaz por uno de sus parientes, por tutor o guardador.	51
1.6 Cuando la persona agraviada es mayor de edad y es incapaz por su edad u otras circunstancias.	53
CAPITULO V. LA ACCION PENAL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.	
1. Situaciones en las que los delitos de estupro, incesto, abusos deshonestos y violación se persiguen mediante Acción Mixta.	
1.1 Persecución penal del delito de estupro.	55
1.2 Persecución penal del delito de incesto.	56
1.3 Persecución penal del delito de abusos deshonestos y violación.	57
2. Legitimación activa para otorgar la instancia particular.	
2.1 Legitimación activa para otorgar la instancia particular en el delito de incesto.	58
2.2 Legitimación activa para otorgar la instancia particular en los delitos de estupro, abusos deshonestos y violación.	59
3. Formas de otorgar la instancia particular.	
a) Por la persona que lo otorga.	61
b) Por la manera de expresarla.	61
4. Funciones permitidas al Ministerio Público y a la Policía Nacional Civil cuando aún no se ha otorgado la instancia particular.	62
CAPITULO VI. CONVENIENCIA E INCONVENIENCIA DE LAS MODALIDADES DE ACCION EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.	
1. Análisis en cuanto al estupro.	67
2. Análisis en cuanto al Incesto.	68
3. Análisis en cuanto a los delitos de abusos deshonestos y violación.	69
Conclusiones.	71
Recomendaciones.	81
Bibliografía.	83



INTRODUCCION.

El proceso penal está integrado por un conjunto de actos que se desarrollan dentro del marco legal para lograr establecer o comprobar la comisión de un hecho que es considerado en nuestra ley penal como delito o falta, así mismo quién es el responsable en su caso imponer una pena o medida de seguridad, culminando el mismo con la ejecución de la pena o medida impuesta.

Dentro de la gama de delitos que nuestra ley penal tipifica, encontramos los delitos de Estupro, Abusos deshonestos y Violación, los cuales atentan contra la libertad y seguridad sexual de las personas; Así mismo encontramos tipificado en nuestra Ley Penal el delito de Incesto, el cual no atenta contra la libertad y seguridad personal sino contra el orden jurídico familiar.

La corrección de estos delitos que rompen el orden jurídico penal, se debe llevar a cabo mediante una persecución penal que se enmarque dentro del marco legal previamente establecido, como la persecución penal de cualquier clase de delito, sin embargo, por el carácter y naturaleza de los elementos que componen estos delitos, la acción para perseguir los mismos varía de acuerdo a ciertas circunstancias que nuestro ordenamiento jurídico prevé, pudiendo ser en ocasiones la acción penal pública y en otras ocasiones la acción penal Mixta.

Aún y cuando nuestro Código Procesal Penal, por medio del Decreto 79-97 del Congreso de la República que le introdujo reformas al decreto 51-92, menciona que dichos delitos han de ser perseguidos mediante una acción penal Mixta, indica también que el mismo cuerpo legal algunas circunstancias en las que los delitos señalados serán perseguidos mediante acción Pública de oficio, lo cual se complementa con el Código Penal que también señala algunas de esas circunstancias; Por lo anterior se hace necesario hacer un estudio consciente y detenido acerca de la acción penal que ha de ejercitarse en cada uno de los casos que pueden presentarse en la realidad, pues del correcto ejercicio de la acción penal depende la eficacia de un proceso penal que establezca el orden jurídico quebrantado por la comisión del delito.

Al investigar sobre el tema indicado, pretendo reunir en un solo trabajo las formas y maneras de acción penal que se han de ejercitar para perseguir los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, así como también proponer algunas medidas que se consideren necesarias para la mejor persecución penal de dichos delitos en cuanto a la acción penal se refiere.

CAPITULO I.

ACTIVIDADES DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES PENALES



mejor comprensión acerca del tema del presente trabajo, es importante por afirmar el conocimiento de ciertas instituciones penales tanto procesales sustantivas que sin duda son componentes de nuestro objeto de estudio. Es por lo tanto en el presente capítulo analizaremos algunas de estas instituciones, teniendo presente las instituciones procesales que debemos tener presente al momento del estudio del tema principal.

Como se sabe: La acción, la persecución penal, la instancia de parte, instancia de revocación, renuncia, órgano de la persecución penal, proceso penal, entre otros, van a ser analizados para entender posteriormente el alcance de cada uno de ellos, así como establecer el sentido en el que nuestra legislación regula cada una de estas instituciones; Por lo anterior, presento un análisis de las mismas, aclarando que el objetivo de este trabajo agotar el tema al respecto sino presentar de una manera exhaustiva el contenido de los mismos.

ACCION PENAL.

DEFINICION.

En los textos jurídicos, especialmente en el Derecho Penal, el término acción puede entenderse tanto en el estudio del Derecho sustantivo, como elemento positivo del delito; también podemos utilizarlo como una figura del Derecho adjetivo Penal. Es importante el sentido que analizo el término de la acción.

Caballero, escribe indicando al respecto, que el origen del término acción, lo encontramos en la voz latina: agere, que significa hacer u obrar; y que equivale en su significado como el ejercicio de una potencia o facultad.¹

Al intentar definir lo que significa acción, encontramos diferentes definiciones, tal como la que nos presenta Cabanellas, refiriéndose a la concepción de dicha acción en el derecho Romano; indica el tratadista que dicha institución se resumía en la frase: "aliud est actio, quam jus quod sibi debentur iudicio persequendi", que significa "la acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe", lo que los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen la acción como "el derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, y que el Estado la composición del litigio".²

El tratadista guatemalteco Alberto Herrarte, indica que la acción ha sido considerada en la historia por diferentes teorías que tratan no sólo de definirla sino de explicar su naturaleza jurídica; así encontramos que las teorías más importantes son: la teoría del derecho subjetivo, indicando que quienes postulaban dicha teoría consideraban a la acción como el derecho subjetivo en movimiento, es decir que el derecho que pretendía hacer valer era la misma acción, lo cual era inconcebible pues la acción es el movimiento del resultado de la declaración del juzgador a cerca del derecho que se

1. S. GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Pág. 71.

2.

pretendía hacer valer. Por lo que surgió la teoría del derecho subjetivo autónomo, quienes tal teoría apoyaban afirmaban que la acción es un derecho subjetivo pero que es independiente del derecho subjetivo que se pretende hacer valer en juicio, y que dicho derecho subjetivo no es contra el obligado sino contra el Estado, pues consiste en la facultad que tiene el individuo de exigir la coacción del Estado para obtener el cumplimiento de una obligación.³

Las anteriores definiciones las entendemos desde un punto de vista procesal; pero más apegadas al Derecho Civil, pues como lo dice Alberto Herrarte, definir la acción desde un punto de vista del Derecho Procesal Penal, es un poco más complicado; Pero nos ofrece la definición de Massari, que aunque sencilla, nos permite aclarar un poco el panorama el respecto: "Es el poder jurídico de activar el proceso para obtener el pronunciamiento jurisdiccional sobre determinada relación de Derecho Penal".⁴

Por su parte Florián, define la acción como "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación de Derecho Penal".⁵

Se puede encontrar también opiniones como los que identifican la acción como un trámite, como el derecho de querrelarse, el derecho de acusación, etc.

Capitán, citado por Manuel Osorio, define la acción penal, como "el remedio jurídico por el cual una persona o el Ministerio público pide a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado".⁶

Por último presento la definición de acción penal que nos presenta Alcalá Zamora, citado por Cabanellas, "es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa como constitutivos de delito". Dicho autor añade que debe diferenciarse la misma de la acción preparatoria o accesoria, es decir de aquella que con carácter preliminar de la acción principal remueve obstáculos o bien procura la adopción de medidas encaminadas a su eficacia.⁷

Cómo podemos darnos cuenta, el asunto no es tan simple como algunos piensan, pues de la correcta definición de acción penal, podemos entender las demás instituciones que más adelante analizamos. Es muy difícil delimitar lo que significa la acción penal, pues si seguimos lo que la doctrina aconseja, no podemos olvidar que la mayoría de autores coinciden en señalar que se le llama acción al derecho o facultad que tiene un individuo para solicitar del órgano jurisdiccional la declaración respecto a un derecho que se pretende hacer valer; Ese derecho sería el de justicia mediante la imposición de una pena si hablamos de la acción penal; Por lo que debemos decir que cuando se solicita la intervención de un tribunal para que declare sobre el problema principal es decir sobre la culpabilidad o inocencia de un individuo, estamos refiriéndonos a la acción penal, mientras que cuando nos referimos a las peticiones que realiza el órgano encargado de la persecución penal ante un órgano jurisdiccional, pero no para que se pronuncie sobre la discusión principal sino sobre cuestiones de trámite que han de servir para que el primero haga la solicitud principal, estamos hablando de una acción accesoria, según lo mencionamos al referirnos a la definición de Alcalá Zamora.

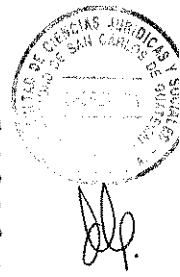
³ HERRARTE, ALBERTO. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Pag. 59.

⁴ Ob. Cit. Pag.64.

⁵ FLORIAN, EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal. Pag. 179

⁶ OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Político-social. Pag. 16.

⁷ CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Pag. 84.



De lo analizado, podemos decir que de acuerdo con la doctrina, “la acción penal es la facultad que compete al órgano de persecución penal estatal, o a los particulares en los casos en que la ley lo permite, para solicitar del órgano jurisdiccional la resolución o declaración de culpabilidad o inocencia de un individuo por la comisión de un hecho delictivo; y en su caso la imposición de una pena o medida de seguridad”. Es necesario recordar que nuestro Código Procesal Penal vigente, en el libro segundo regula “El procedimiento común”, el cual comprende la etapa o procedimiento preparatorio, también denominada fase de instrucción; El procedimiento intermedio o fase intermedia; la Fase del juicio (propriadamente dicha). Luego el libro tercero, regula la fase de las impugnaciones; Y, el libro quinto regula la fase de la ejecución. Es importante también, recordar que en la primera fase se llevan a cabo actos que conforman lo que técnicamente el código Procesal Penal denomina en el título I del libro segundo como Preparación de la acción Pública”, lo que nos lleva a afirmar que aunque en esta fase interviene un órgano jurisdiccional controlando la actividad o depurando el proceso, no se ha ejercido esa facultad que denominamos “acción penal”, pues no se solicita en esos momentos la declaración de culpabilidad o inocencia de una persona como se infiere de la definición que apuntamos, pues si existen solicitudes a algún órgano jurisdiccional estas comprenderían lo que llamamos una acción accesoria o secundaria pero no la acción penal en sí. Además nuestro código claramente hace la diferencia cuando se refiere a estos actos como preparación de la acción penal, es decir que éstos no son parte de la acción penal, pues depende de ellos que en adelante se ejercite o no la acción penal.

Todo este enfoque puede ser tildado si se quiere de minucioso, pero para efecto de análisis de nuestro tema general es muy importante, pues no debe confundirse la acción penal con la persecución penal, y además nos permitirá entender la institución de la instancia de parte, el momento en el que ésta se presta y los efectos que pueden uscitarse de ella.

Si bien es cierto que la acción penal, como lo apunta Alberto Herrarte, se considera como el motor del proceso penal,⁸ también es cierto que no lo es de todo el proceso penal, sino efectivamente a partir de la solicitud que realiza el órgano de la persecución penal (Acusación y petición de apertura a juicio, de conformidad con el artículo 332 del código Procesal Penal); O bien una persona particular en los casos en que la ley lo permite (Querrela, de conformidad con el artículo 474 del código Procesal Penal); Pues es necesario recordar que el proceso penal se inicia desde el momento en que se realice cualquier indicación que señale a un apersona como posible autor de un hecho punible o le participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal, según el artículo 71 del Código Procesal Penal, lo que incluye claramente la etapa de Instrucción, en la cual ya afirmó que no se ejercita la acción penal.

2.- CLASIFICACION LEGAL.

Al respecto tenemos que indicar que la acción penal, doctrinariamente ha sido clasificada generalmente en acción pública, acción privada y acción mixta. Así lo expresa Guillermo Monzón, al indicar que “En la acción pública, el Estado es el que persigue, investiga y procesa. Es el que tiene la personalidad para iniciar el proceso penal. En la acción privada, se ve limitada a la voluntad del sujeto pasivo del delito,



én es el único que posee la personalidad jurídica suficiente para la investigación, secución y acusación, personalidad que se hace efectiva dentro del campo procesal, a és de un acto de iniciación llamado querrela. En la acción Mixta, encontramos la araleza jurídica de la acción privada y de la acción pública; pues el ejercicio procesal úblico, bastando la simple denuncia del ofendido y/o de su representante legal para se inicie el proceso respectivo, sin que sea necesario formular acusación e incluso actible seguirlo de oficio.⁹

Nuestro Código Procesal Penal, clasifica también la acción penal siguiendo dicha riente; aunque es necesario indicar que en un principio el Decreto 51-92 del greso de la República, regulaba la acción penal en una forma muy confusa, pues icaba en su artículo 24, que “la acción penal corresponde al Ministerio Público. Sin juicio de la participación que este código concede al agraviado, deberán ser seguidos de oficio todos los delitos, con excepción de los siguientes: 1) Los seguibles sólo por instancia de parte. 2) Aquellos cuya persecución esté idicionada a instancia particular o autorización estatal.” Como puede notarse, el islador cayó en un error al señalar en el inciso 1) que estaban excluidos de la secución de oficio, los delitos perseguibles sólo por instancia de parte, y teriormente se refiere a los delitos condicionados a instancia particular, en el inciso es decir que al mencionar la instancia de parte se refería más bien a los delitos de ón privada pues en el inciso 2) mencionaba los delitos sujetos a acción pública idicionados a la instancia particular o autorización estatal. Lo anterior queda ramente plasmado al establecer en el artículo 32 del Decreto 51-92, Código Procesal ial, que la persecución penal se extingue: 6) Por la revocación de la instancia ticular, en los delitos privados que dependen de ella. 7) Por la renuncia o por el ndono de la querrela, respecto de los delitos privados a instancia de parte. Al lizar dichos incisos encontramos el error nuevamente en el inciso 7) que en realidad refiere a los delitos de acción privada, pues son éstos los que se extinguen de esa nera por el abandono de la querrela. Demás está también el comentario de que el islador se refiere en ambos incisos a delitos privados, los cuales no existen, sino los existen son los delitos de acción privada; añadiendo a este comentario que aunque rror señalado fue corregido por el decreto 79-97 del Congreso de la República y que órmó el decreto 51-92; el artículo 32 no fue modificado y contiene en la actualidad ho error como producto de la mala calificación que se hizo en el decreto 51-92 de la ión penal.

En la actualidad, al haberse reformado el Código Procesal Penal, por el decreto 79- del Congreso de la República, encontramos una clasificación legal de acuerdo con la trina, pues este decreto en sus artículos 1,2,3,y 4, reforma el artículo 24 del decreto -92 y le añade los artículos 24 Bis, 24 ter y 24 Quáter, en los cuales encontramos la uiente clasificación de la acción penal:

Acción pública. Es aquella que es ejercida de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, y comprende todos los delitos excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa. (Arto. 24 inciso 1.- Y arto. 24 Bis. Código Procesal Penal).

ONZON PAZ, GUILLERMO ALFONSO. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco, Parte Especial. Pág. 51.



cción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal. Es aquella que es ejercida pro el Ministerio Público como órgano acusador del Estado; Pero mediando instancia particular o una autorización del Estado. Especialmente éste último se refiere a las prerrogativas e inmunidades de ciertos funcionarios públicos. (Arto. 24 inciso 2.- Y arto. 24 Ter. Código Procesal Penal).

cción Privada. Es aquella que es ejercida por los particulares directamente, es decir se no se necesita la intervención del órgano acusador del Estado. (Arto 24 inciso - Y arto 24 Quáter. Código Procesal Penal).

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PENAL PUBLICA Y LA ACCION AL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR.

Estudiar doctrinariamente y jurídicamente estas instituciones, nos damos cuenta entre cada una de éstas, existen ciertas diferencias importantes. Al establecer las diferencias entre las tres clases de acciones penales, es muy fácil distinguir la acción pública entre todas ellas, pues no existe confusión al respecto. Es muy fácil determinar que la acción privada se diferencia claramente de las otras en el sentido que el titular de la misma es una persona particular mientras que en las otras dos si existen ciertas similitudes que pueden llegar a confundirse. En tal sentido trataré de hacer un análisis comparativo únicamente entre la acción penal pública y la acción penal pública dependiente de instancia particular o de autorización estatal.

Comenzaré diciendo que entre ambas existe un factor común que las hace ser afines, ese factor o elemento es la naturaleza pública. Cuando en términos jurídicos nos referimos a una institución diciendo que es de naturaleza pública tenemos que recordar los conocimientos generales del Derecho, y concluir diciendo que pese a haber varias acciones que tratan de explicar la esencia del Derecho Público y por ende de sus instituciones, los criterios más aceptados al respecto es el que en la práctica se ha establecido, diciéndose entonces que ser de naturaleza pública significa que el Estado o ente soberano y supremo interviene como tal en las relaciones de los individuos para asegurar el cumplimiento de los fines que le son asignados y que justifican su existencia. Cuando decimos que estas acciones penales son de naturaleza pública, lo estamos indicando que en ambas el Estado ha de intervenir en el ejercicio de esa soberanía que la población le ha delegado, es decir que prevalece el interés general ante el interés particular y ese interés general ha de ser defendido por el Estado por medio de un órgano especial al que me referiré más adelante de una manera específica.

Es por eso que tenemos que reconocer que en estas acciones, como lo apunta el Sr. Herme Monzón, quién posee la personalidad para ejercer la acción es el Estado.¹⁰ Él representa un aspecto que es la personalidad, un término más adecuado al Derecho civil que al Derecho Penal, por lo que en lo personal considero más apropiado mencionar que el Estado es el titular de la acción, es decir el legitimado para actuar, aunque debe tenerse muy en cuenta la diferencia esencial que señalo en seguida.

10. Cit. Pág. 51.



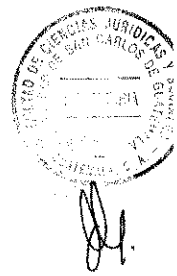
Aún y cuando ya dije que en ambas clases de acciones el Estado es el titular de la acción, se puede encontrar una diferencia muy importante entre las mismas; Y es que en la acción pública propiamente dicha, el Estado interviene como titular de la acción penal, proveniente directamente de la ley, sin que medie consentimiento de parte de alguna persona en particular, pues es su obligación perseguir y accionar en contra de los infractores de la ley que él ha impuesto para asegurar a la población la seguridad y el bien común; Por lo que al producirse un hecho delictivo es interés y obligación del Estado corregir dicho quebrantamiento del orden jurídico penal. Si bien es cierto que directamente el Estado no ha recibido un mal a través del hecho delictivo, si lo recibe indirectamente pues la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo de las personas que componen su población se ven afectados, y siendo deber del Estado de conformidad con el artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala garantizar estos derechos, el Estado debe proceder a ejercitar dicha acción para cumplir a través de la represión del delito con el fortalecimiento del sistema que ha establecido para garantizar los mismos.

En la acción pública dependiente de instancia particular, el Estado de igual forma debe proceder a perseguir y a accionar para conseguir los propósitos señalados; Pero dicha legitimación no proviene únicamente de la ley, pues si bien es cierto que el orden jurídico ha sido quebrantado, el Estado debe respetar la voluntad de las personas afectadas directamente por el hecho delictivo. Es decir que la legitimación proviene en primer lugar de la ley y en segundo lugar por parte de las personas afectadas por el delito. Este orden lógico lo indico de tal forma porque considero que la ley es quién en primer lugar le da la facultad al Estado para poder ejercer la acción penal, es decir que la ley otorga la legitimación de titularidad al Estado aún antes de que se haya producido el hecho concreto, y al producirse éste, la o las personas afectadas por el hecho otorgarán o no la legitimación al Estado para que pueda ejercer dicha acción. Esto no significa por supuesto que el orden dado signifique un orden de importancia, pues ambas son de igual importancia, es decir que no podría darse el ejercicio de dicha acción únicamente con la legitimación que otorga la ley al Estado si no ha recibido la legitimación de las personas afectadas por el delito.

Termino diciendo que de manera personal considero correcta y beneficiosa la reforma que el Decreto 79-97 del Congreso de la república hace al decreto 51-92, al adicionar el artículo 24 Ter. Pues reúne en una sola norma jurídica los delitos que han de ser perseguidos por medio de acción pública dependiente de instancia particular y de esa manera evitar muchas dudas con respecto a lo mencionado.

1.4.- CRITERIOS PARA CLASIFICAR LA ACCION PENAL.

La clasificación de la acción penal, parece ser simple al establecer las tres clases que ya mencionamos, sin embargo el problema de qué delitos han de ser perseguidos por acción pública, cuáles por acción pública dependiente de instancia particular y cuáles por acción privada no parece ser fácil. No puede hacerse dicha clasificación de acuerdo al capricho del legislador ni por medio del instinto, sino que debe existir un análisis profundo de cada uno de los delitos y para eso debe conocerse ya la naturaleza y características de cada una de las clases de acción penal. Lo más conveniente es



acer criterios a los que han de ser sometidos los delitos que han de pertenecer a una de las clases de acciones.

a la clasificación de los delitos que han de ser incluidos en la acción pública no es el mayor problema, pues en términos generales todos los delitos pertenecerían a una acción pública, pues al analizarlos cuáles son aquellos delitos que han de ser extraídos de dicha acción y que serán incluidos en las otras dos clasificaciones. Así lo entendió el legislador al regular en el artículo 24 Bis del Código Procesal Penal, que “serán acciones públicas de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública...” nótese la palabra “todos”, en la que por regla general quedan incluidos dentro de dicha clasificación; Además al continuar clasificando los delitos de acción penal, señala cuáles delitos han de ser perseguidos mediante acción pública de instancia particular o autorización estatal y cuáles por acción privada, lo que contiene ningún artículo que mencione cuáles serían perseguidos mediante acción pública, pues como ya dije por regla general todos los que no fueron extraídos de dicha clasificación se consideran perseguidos por acción pública.

Dentro de los criterios que se utilizan para hacer la clasificación de los delitos que pertenecen a las distintas clases de acciones penales, puedo anotar los siguientes:

1. Gravedad del delito. Este criterio hace referencia al daño que se provoca con el hecho delictivo a la persona en particular, es decir al sujeto pasivo del delito y/o a sus familiares; Sin embargo este criterio no debe analizarse en forma separada pues debe relacionarse con otros criterios para no caer en injusticias. Hay delitos cuya gravedad o daño a la persona afectada es grave, pero no para la sociedad, por ejemplo un señalamiento a través de los medios de comunicación masivos de que cierta persona es un secuestrador o un narcotraficante, sin tener los medios de identificación respectivos; el daño causado a esta persona puede ser de grave daño para ella, aunque para la sociedad no lo sea, de tal forma que si se analiza este criterio aisladamente diríamos que por existir gran daño al afectado debería ser de acción pública, pues este criterio propugna por que los delitos que causan gravedad deben de ser incluidos dentro de la acción pública.

2. Interés público. Para complementar el criterio anterior, surge también el criterio del interés público, el cual señala que además de la gravedad del delito debe tenerse en cuenta que el hecho delictivo trascienda el límite del daño o peligro a una sola persona o grupo de personas, sino que el interés general también se vea afectado para que sea perseguido por acción pública. Puede señalarse por ejemplo el delito de secuestro, en el cual el afectado no es sólo el sujeto pasivo y sus familiares sino toda la sociedad pues la seguridad y la paz social se ve vulnerada. Como dijo el Sr. Carlos Rubianes, para que sean incluidos dentro de la acción pública se requiere que los delitos vulneren únicamente derechos que le incumben al titular de la acción, pues de lo contrario no depende de su voluntad el ejercicio de la misma sino del Estado a quién se le delegó por parte de la sociedad el ejercicio de la misma para su protección eficaz.¹¹ Dentro de este criterio se incluye lo que se ha denominado también el impacto social o la trascendencia social.

ANES, CARLOS J. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 69.

C) La probabilidad de causar más daño a la víctima del delito. Este criterio es el que más se utiliza para seleccionar a los delitos que han de ser perseguidos por acción pública dependiente de instancia particular, pues como bien lo señala Cabanellas, hay delitos en los que al ser perseguidos, causan mayor daño a la víctima y a los suyos que la satisfacción o reparación que del fallo condenatorio resulte factible obtener.¹² Este daño debe ser medido por la víctima del delito o sus familiares o encargados, pues no puede el Estado medir ese daño posterior y decidir si hay probabilidad de que ese daño sea realmente mayor que el ya causado, pues éste es algo personal y el Estado se ve en la necesidad de no ejercitar la acción penal si la víctima o agraviados no lo autorizan. Puedo citar como ejemplo para este criterio a los delitos sexuales, en donde la víctima a demás del daño ya sufrido puede sufrir daños psicológicos mayores en el devenir de la persecución penal. Es lógico que la valoración que hace la víctima y/o agraviados en cada caso concreto tienden a variar por lo que el Estado no puede tomar un patrón general y decidir ejercer la acción penal libremente en esta clase de delitos.



2.- LA INSTANCIA DE PARTE O INSTANCIA PARTICULAR.

2.1- DEFINICION.

Cuando hablé de las clases de acción pública, indiqué que nuestro código Procesal Penal equivocaba los términos instancia de parte con delitos de acción privada. La frase Instancia de parte, la utiliza el Código Procesal Penal para referirse a la facultad de solicitud dentro de un proceso, como en el caso de la acción privada que se equipara en su naturaleza a la Instancia de parte conocida en el proceso civil, pues incluso encontramos también en el proceso penal la caducidad de instancia conocida como abandono de la querrela. Así también es utilizada dicha frase para referirse a la instancia particular, como en el caso del artículo 24 Ter. Inciso 4º. en el que menciona instancia de parte cuando claramente está hablando de la instancia particular.

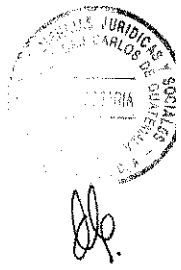
En el presente apartado quiero referirme a la instancia de parte como sinónimo de instancia particular y no como la facultad de solicitud dentro de un proceso formal para obtener de un órgano jurisdiccional el inicio, trámite y solución del conflicto. En lo personal considero más conveniente utilizar el término "instancia particular" para evitar confusiones en que la dualidad del término "instancia de parte" nos puede hacer caer.

Cabanellas, indica que, la palabra instancia significa súplica o iniciativa procesal. Añade que al utilizar el término "instancia de parte" ya significa: por petición expresa de uno de los litigantes. Es decir que señala la instancia de parte como acto formal de solicitudes en un proceso formal. Indica que, instar significa pedir o solicitar, rogar, suplicar o requerir.¹³

Para definir lo que es la Instancia particular, considero completa la definición que da Cabanellas, cuando define la Instancia de parte agraviada así: "Es la iniciativa procesal que a los particulares corresponde en determinados delitos, en que el poder público

¹² CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Pág. 442.

¹³ Ob. Cit. Pág. 443.



la resolución de los agraviados el emprender un juicio que, aún tramitado con las debidas puede originar, por inevitable trascendencia, mayor daño a la a los suyos, que la satisfacción o reparación que del fallo condenatorio resulte obtener".¹⁴

CONDICIONES Y EFECTOS DE LA INSTANCIA PARTICULAR.

haber definido ya lo que significa la instancia particular, es necesario que expliquemos también el alcance del otorgamiento de la instancia particular así como los efectos que de ella se desprenden.

Como he mencionado ya acerca del alcance de esta institución, debo indicar mi punto de vista en relación a la necesidad de la existencia o no de la instancia particular en los casos señalados en la ley bajo esta clasificación de acción penal. De manera personal considero que la instancia particular es un "supuesto indispensable" en el proceso penal, y que consideramos el proceso penal como lo define correctamente Florián, "el proceso penal es el conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos judiciales preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos,* proveen, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto"; Entonces debemos considerar que esa observancia de requisitos no sólo incluye las garantías procesales y el respeto general de los derechos humanos, sino también el cumplimiento de las disposiciones formales que exige la ley en materia penal y procesal. Haciendo claro mejor esta exposición, recuerdo que en materia penal la inobservancia de las normas puede concluir con la anulación incluso en casación, de un juicio que no ha cumplido con un acto formal; Por lo que considero que si no existió el cumplimiento de la instancia particular cuando la ley exigía tal formalidad, el proceso penal iniciado desde el momento en el que se debió haber otorgado la instancia particular es nulo.

En el presente tema en estudio, nos indica que los delitos de Estupro, Incesto, Abusos sexuales y Violación, pueden ser perseguidos mediante acción pública propiamente dicha en ciertas circunstancias por medio de acción pública dependiente de instancia particular o de autorización estatal, por lo que debe tenerse muy en cuenta que el criterio de valoración del daño posterior que puede causarse al perseguir y ejercer la acción pública para tales delitos, debe ser realizado por la víctima y/o sus familiares como lo establece la ley anteriormente y debe ser respetado por el Estado para evitar procesos que sean declarados nulos al finalizar con una sentencia condenatoria.

En cuanto a los efectos que produce el otorgamiento de la instancia particular debemos indicar que claramente señala nuestro Código Procesal Penal en su artículo 24 el párrafo cuarto, que la instancia de parte obligará a la acción pública, excepto en el caso de conciliación que amerite la aplicación de un criterio de oportunidad o la conversión de la conversión de la acción pública en privada. De lo anterior puedo concluir que los efectos del otorgamiento de la instancia particular son: a) La

LLAS, GUILLERMO. Ob. Cit. Pág. 443
caso es personal.

legitimación para la titularidad del órgano de persecución estatal para ejercer la acción penal pública. Esta legitimación como apunté anteriormente es en segundo término pues la legitimación directa y primaria es dada por la ley con anterioridad del acacimiento del hecho delictivo; b) La obligatoriedad del ejercicio de la acción pública por parte del órgano de persecución estatal; c) La no-suspensión del ejercicio de la acción penal pública por parte del órgano de persecución estatal mientras no exista causa legítima para suspenderla.



2.3.- LEGITIMACION PARA OTORGAR LA INSTANCIA PARTICULAR.

Carlos Mascareñas, indica que la legitimación "consiste en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso concreto y determinado".¹⁵

Por su parte, Landarra indica que "la legitimación aparece como uno de los presupuestos que además de la capacidad, pero independientemente de ella, deben concurrir para la plena producción de efectos de un acto". Establece además la diferencia entre la legitimación y la capacidad indicando que "la legitimación es de carácter objetivo mientras que la capacidad es de carácter subjetivo; que la legitimación es una posición de la persona respecto de su objeto y la capacidad es una cualidad de la persona; que la falta de legitimación produce ineficiencia del acto, y que la falta de capacidad produce la anulabilidad del acto."¹⁶ Lo que más me interesa resaltar de este comentario, es cuando el autor citado se refiere a que la legitimación es una posición de la persona respecto de su objeto, es decir que aplicado al campo procesal penal, en el tema general que tratamos, debemos entender que la legitimación es esa posición o situación en la que se encuentra la persona que le permite estar facultado para otorgar la instancia particular al haberse cometido los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación.

"La legitimación procesal equivale a la posibilidad de realizar actos procesales eficaces dentro de un proceso concreto y su determinación varía según los diversos procesos: a) En el proceso Civil, están legitimados procesalmente el demandante, por el simple hecho de formular la demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante. La demanda marca pues en principio cuáles son las partes legitimadas. Lo mismo ocurre en el proceso laboral. b) Diferente es la legitimación en el proceso penal, tanto por la intervención del Ministerio público, como por la existencia de partes públicas y privadas en igual posición activa. La legitimación activa proviene de la ley, por lo que su legitimación como titular de la acción penal pública en cada caso concreto se da con la presentación de la acusación; mientras que la legitimación de las partes privadas depende de que reúnan las condiciones previstas por la ley, fijando determinados presupuestos y límites a su actuación procesal."¹⁷ Como puede notarse la legitimación es esa posición en la que se encuentra la persona, consistente en la concurrencia de las condiciones o presupuestos previstos en la ley procesal para realizar determinados actos.

La legitimación para otorgar la instancia particular, entonces hace referencia a las condiciones que deben existir en las personas con relación a la comisión del hecho

¹⁵ MASCAREÑAS, CARLOS E. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIX. Pag. 14.

¹⁶ LANDARRA CALDENTY. Legitimación y apariencia jurídica. Pag. 17.

¹⁷ MASCAREÑAS, CARLOS E. Ob. Cit. Pag.16.



tivo, que la facultan para realizar un acto procesal denominado “instancia particular”.

En estas condiciones, aunque serán analizadas posteriormente de manera individual para uno de los delitos que son tema de nuestro estudio, podemos decir que de manera particular son dos: a) Ser víctima. Es decir ser el sujeto pasivo del delito. b) Ser agraviado. Es decir que aunque no haya sido sujeto pasivo del delito, la comisión del hecho delictivo le afecta directamente.

En el capítulo correspondiente analizaré cada una de esas condiciones que deben cumplirse para que exista la legitimación para otorgar la instancia particular en los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación.

REVOCACION Y RENUNCIA DE LA INSTANCIA PARTICULAR.

Cuando estudiamos nuestro Código Procesal Penal vigente, podemos darnos cuenta correctamente se incluye dentro de su estructura un capítulo que regula a la Persecución penal, conteniendo a su vez en la sección segunda, lo relativo a la Extinción de la persecución penal, nótese que habla de la forma en que se extingue la persecución penal y no la acción penal, que son conceptos totalmente diferentes. Recordé anteriormente que la acción penal es la facultad que le concede el Estado por virtud de la ley a determinadas personas para solicitar a un órgano jurisdiccional la aplicación de la ley penal a un caso concreto, es decir que se solicita que a través de un órgano jurisdiccional como lo es la sentencia se aplique la ley penal para castigar al responsable de la comisión de un delito; Por lo que la acción penal se ejerce en nuestro país a partir de la “Acusación” que presenta el órgano estatal encargado de la persecución penal, o bien a partir de la querrela que en los delitos “de acción privada” dependen de los particulares; pues es hasta ese momento en el que se solicita la aplicación de la ley penal al caso concreto, por lo menos es la acción principal, pues antes de los delitos mencionados puede solicitarse a un órgano jurisdiccional que en base a la ley procesal se ejecuten determinados actos considerados como preparatorios o secundarios, como la comparecencia, la diligenciamiento de anticipo de prueba, la aplicación de medidas de protección al imputado, y otros; Pero no se ha solicitado la aplicación de la ley penal al caso concreto de manera definitiva. La Persecución penal en cambio da inicio antes que se ejercite la acción penal e incluye el momento procesal en el que se ejercita la acción penal pues es con ésta que llega a su momento cumbre, pero ya se ha iniciado anteriormente. Es por eso que hago el comentario de que debe notarse que en el Código Procesal Penal el legislador correctamente incluye en el artículo 32 los motivos por los que se extingue la persecución penal y no así la acción penal, aunque como ya expliqué la persecución penal incluye la acción penal; Algunos de esos motivos están relacionados con la extinción de la acción penal.

Algunos de los motivos encontrados en el Código Procesal Penal como motivos de extinción de la persecución penal, son considerados en el Código Penal vigente como motivos de extinción de la responsabilidad penal, lo que al analizarse nos proporciona la conclusión de que no hay contradicción alguna pues al extinguirse la persecución penal, recíprocamente porque la responsabilidad penal queda extinguida.

Entre los motivos que señala el artículo 32 del Código Procesal Penal como medios para extinguir la persecución penal, encontramos:



Por muerte del imputado.

Por amnistía.

Por prescripción.

Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, si el imputado admitiere al mismo tiempo su culpabilidad, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena.

Por el vencimiento del plazo de prueba, sin que la suspensión sea revocada, cuando se suspenda la persecución penal.

Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos privados que dependen de ella.

Por la renuncia o por el abandono de la querrela, respecto de los delitos privados a instancia de parte.

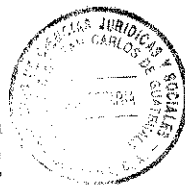
Por la muerte del agraviado, en los delitos de acción privada; sin embargo, la acción ya iniciada por el ofendido puede ser continuada por sus herederos o sucesores, salvo casos establecidos por el Código Penal.

De los motivos anteriores, por no ser todos importantes para el presente trabajo, lizaré especialmente el inciso 6) y lo relacionaré con algunos términos utilizados en inciso 7).

Los delitos a los que se refieren el inciso 6) del artículo citado, indiqué anteriormente están mal calificados por el legislador, aún y cuando el artículo 24 del Decreto 51- del Congreso fue corregido por el Decreto 79-97 del Congreso, en la calificación que rian de los delitos citados, no se corrigió el artículo 32 del decreto 51-92 y contiene el error de denominar y confundir de esa manera a los delitos de acción Mixta con itos Privados. No podemos denominarles delitos privados, no sólo porque por su uraleza dichos delitos afectan también a la sociedad sino porque dichos delitos son eguidos por el órgano estatal, y no por los particulares. De tal manera que cuando ley indica los motivos de extinción de la persecución penal en los delitos privados a tancia de parte, se refiere a los delitos de Acción Mixta, es decir los perseguidos por ión pública dependiente de instancia particular.

De los incisos mencionados del artículo 32 del Código Procesal Penal, los incisos 1), y 5), son también motivos por los que puede extinguirse la acción penal Mixta en los itos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, y no así el inciso 2) que nciona la amnistía, pues por la naturaleza de esta institución, es utilizada eralmente para perdonar ciertos delitos de carácter político o causados por un frentamiento entre grupos beligerantes durante un tiempo determinado, y no así los itos comunes que no tenían nada de relación con el problema vivido. Tampoco se inguen dichos delitos por el motivo del inciso 4) pues estos delitos no son ionados por la nuestra ley penal únicamente con pena de multa. Y por último n poco pueden extinguir estos delitos los motivos de los incisos 7) y 8) pues éstos son icamente para los delitos de acción privada.

Como indiqué anteriormente, para que los delitos señalados en la ley como delitos de ión Mixta sean perseguidos, se necesita que se cumpla un presupuesto que nominamos "instancia particular". Indiqué también que el principal efecto del rgamiento de la instancia particular, es que se produce la legitimación secundaria



[Handwritten signature]

el órgano estatal encargado de la persecución penal pueda ejercer la acción in embargo el otorgamiento de la instancia particular es un acto procesal que no considerarse como definitivo, pues la ley permite que dicha "instancia particular" sea revocada. Así lo señala el artículo 32 inciso 6) del Código Procesal Penal, y lo mismo por el artículo 35 del mismo cuerpo legal, que indica que "La autorización para perseguir es irrevocable. La instancia particular **podrá ser revocada*** por el acusado o su representante legal, con anuencia del acusado..."

La palabra Revocación, proviene del latín "revocatio" que significa "nuevo intento; O dejar sin efecto una medida, decisión o acuerdo."¹⁸

Según Cabanellas, indica que la revocación "consiste en la anulación de la posición adoptada o del acto otorgado. Es privar de efectos otro acto anterior."¹⁹

Esto nos sirve para entender correctamente que la instancia particular es un acto por medio del cual la persona legitimada procede a dar la autorización para que el órgano encargado de la persecución penal estatal, pueda ejercer la acción penal, por lo que ese acto denominado instancia particular puede ser revocado. Ahora surge una incógnita que debo analizar con respecto a la revocación de la instancia particular. Aunque de manera más detenida explicaré más adelante que la instancia particular faculta al Ministerio Público, órgano de persecución penal estatal, para ejercer no sólo la acción penal sino también para iniciar la persecución penal, aún cuando ésta última se inicia antes de la acción penal; Entonces ¿en qué momento puede darse la revocación de la instancia particular?

Debe confundirse la revocación con la renuncia, pues la renuncia es "el consentimiento o negativa de una propuesta".²⁰ Es decir que la renuncia consiste en dejar de ejercer y conscientemente una cosa, un derecho o un privilegio que se tiene otorgado a su favor. Claramente se comprende que la renuncia es un acto que se da cuando se ejerce el derecho o facultad reconocida por la ley, en este caso hablamos de la renuncia de parte como un derecho otorgado por la ley a ciertas personas, por lo que la revocación es un acto posterior al ejercicio de ese derecho, es decir posterior a haberse otorgado la instancia particular, mientras que la renuncia sería otorgar ese derecho. La renuncia de la instancia particular, no está regulada en el Código Procesal Penal como medio de extinguir la persecución penal; Pero aún cuando no se mencione, la renuncia tácita extingue la persecución penal, pues al producirse el delito cometido y no haberse ejercitado el derecho de otorgar la instancia particular, se entiende que se rechazó o se dejó voluntaria y conscientemente de ejercer el derecho que le otorgaba la ley.

Según el análisis anterior, afirmo que la instancia particular no puede revocarse sino antes de ser otorgada, por lo que el problema al que me refiero en este apartado es, no en qué momento puede revocarse la instancia particular, sino más bien hasta qué momento puede hacerse valer la facultad que le otorga la ley a los legitimados para iniciar la misma.

La revocación, tampoco debe confundirse con el desistimiento, pues ésta es una acción procesal distinta. Cabanellas define el desistimiento como "el abandono, la renuncia o apartamiento de acción, demanda o querrela, apelación o recurso." Y añade que "El desistimiento es abandonar una acción o un recurso".

ARCADO ES PERSONAL.

ELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII. Pág. 225.

ELLAS, GUILLERMO. Ob. Cit. Pág. 226.

ELLAS, GUILLERMO. Ob. Cit. Pág. 139.

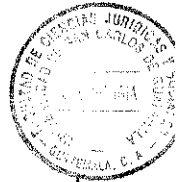


Al igual que hice el análisis de la diferencia entre la revocación y la renuncia, considero también las diferencias entre la revocación y el desistimiento. Indiqué que ambas son figuras diferentes, y la principal diferencia es que el desistimiento es una figura procesal que aparece o puede hacerse efectiva después de iniciada una acción, cualquiera que ésta sea, es por eso que cuando el Código Procesal Penal regula la forma de extinguirse la persecución penal en los delitos de acción privada, menciona en el artículo 481 y 483 el desistimiento tácito y expreso, pues los delitos mencionados son perseguidos mediante la presentación directa de la querrela del agraviado, por lo que la acción penal se ejercita desde el primer momento, contrario a los delitos de acción Mixta, en los que se inicia antes la persecución penal, pues ésta incluye desde la investigación como la acusación que es en donde se ejercita la acción penal.

Anteriormente indiqué que la razón que la mayoría de autores reconocen para la existencia de la instancia particular, es que por la naturaleza de ciertos delitos, el Estado debe respetar la valoración que hacen los agraviados del daño que puede provocarse a los mismos, en el transcurso de la persecución penal, el cual a veces puede ser mayor para la víctima que el sentimiento de justicia que se lograría si la sentencia fuera condenatoria. Por lo anterior, considero que esa razón fundamenta también la existencia de la revocación de la instancia particular, sin embargo ésta no puede ejercerse en cualquier estado del proceso, pues como ya indiqué una vez ejercida la acción, a través de la acusación, no existe la figura de la revocación sino del desistimiento, el cual no está regulado en el Código Procesal Penal como medio extintivo de la persecución penal para los delitos de acción Mixta. Sin embargo tengo que aceptar que el Código Procesal Penal, nos lleva a una confusión y una contradicción, pues en primer lugar no indica expresamente hasta qué momento puede ejercerse la facultad de revocar la instancia particular, laguna que considero debió haberse legislado para evitar confrontaciones, y en segundo lugar porque en el artículo 35 indica que la instancia particular podrá ser revocada por el agraviado o su representante legal, con anuencia del acusado.*

Técnicamente existen nombres con los que se le denomina a la persona a quién se le señala de haber cometido un delito; Pero cada uno de ellos debe indicarse de acuerdo al momento procesal en el que se utiliza, así encontramos que: **Sindicado**, debe ser la persona a quién se le atribuye la comisión de un delito; ésta atribución puede ser ante el órgano de la persecución estatal o bien ante un juez del ramo penal; **Imputado**, será la misma persona pero una vez se le haga comparecer ante el órgano de la persecución estatal y se le haga ver la imputación que se le hace, indicando el hecho que se supone cometió y su calificación legal como delito; **Procesado**, una vez se le vincula directamente al proceso, lo cual de conformidad con el artículo 322 inciso 1) del Código Procesal Penal se logra con el acto jurisdiccional de emitir el Auto de Procesamiento; y, **Acusado**, debe denominársele a partir del momento en el que el Ministerio Público presenta la acusación y solicita el auto de apertura a juicio. Repito que estos términos deben utilizarse si se quiere denominar en forma correcta de acuerdo a la técnica jurídica a la persona que se supone que es el sujeto activo de un delito. Atendiendo a lo anterior, el artículo 35 nos induce a un error al señalar que para la revocación de la instancia particular se necesita la anuencia del "acusado", lo cual significaría que la revocación puede hacerse aún después de presentada la acusación por el Ministerio

* EL REMARCADO ES PERSONAL.



momento en el cual se le denomina "acusado"; Pero ésto significa que ya se ha dado la acción penal, por lo que no puede darse la revocación sino únicamente el desistimiento, lo cual no está permitido para esta clase de delitos en el Código Procesal

personal, ante el problema señalado, sostengo que la revocación de la instancia no puede hacerse una vez presentada la acusación por el Ministerio Público, únicamente antes de que el órgano de la persecución penal estatal realice dicho acto. Lo anterior lo sostengo en virtud del análisis doctrinario que realicé de las acciones procesales citadas, así como del estudio que realicé del Código Procesal Penal el cual en el artículo 70 indica que se denominará sindicado, imputado, acusado o acusado a toda persona a quien se le señale de haber cometido un hecho punible, y condenado a aquél sobre quién haya recaído una sentencia condenatoria.

Claramente se observa que el legislador toma como sinónimos todos estos términos técnicos que son distintos; Lo cual queda comprobado al hacer un estudio del Código Procesal Penal en general, encontrándose que utiliza indistintamente los términos mencionados cuando por el momento procesal en el que se encuentra debe ser simplemente denominado de distinta manera. Por esas razones concluyo que en el artículo 35 cuando el Código Procesal Penal indica que se necesita anuencia del acusado para la revocación de la instancia particular, lo hace utilizando el término acusado como si se tratara de sindicado, imputado o procesado; y no relacionándolo con el momento procesal que permitiría revocar la instancia particular una vez presentada la acusación, lo cual no puede hacerse pues obligaría a desistir al órgano de la persecución penal estatal lo cual no está permitido para esta clase de delitos en nuestro Código Procesal

penal este apartado indicando que la única forma en la que puede extinguirse la acción penal después de presentada la acusación, (por extinguirse la responsabilidad penal) en los delitos de estupro, abusos deshonestos y violación, que en los delitos de acción Mixta que estudiamos, es a través del matrimonio de la víctima con el ofensor, lo cual es considerado en el Código Penal en el artículo 200, donde la extinción que también es diferente al desistimiento.

ORGANO DE LA PERSECUCION ESTATAL.

ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LA INSTITUCION.

En el tema que desarrollo considero también tener presente un conocimiento sino específico, por lo menos básico para comprender el desarrollo del ejercicio de la acción penal en Guatemala.

Como he referido anteriormente a que existe un órgano especial que se encarga de dirigir la acción penal en forma general, sin embargo el Estado permite que en ciertos casos la acción penal sea ejercida por particulares, y en otros casos que la acción penal recaiga siempre por el órgano estatal; Pero previo un presupuesto denominado instancia particular. Por lo anterior creo indispensable considerar este sub tema y hacer un análisis de una institución que tiene una gran participación en el ejercicio de la acción penal en los delitos que estudiamos, pues ya sea que se efectúe el ejercicio de la

acción penal sin instancia particular o con ella, es siempre el órgano estatal quién en todo caso ejercita la acción penal.

El Ministerio Público es una institución que nace a finales de la Edad Media en varios países europeos, sin embargo se ha considerado de origen francés, porque es en Francia en donde adquirió un mayor desarrollo. Surgió como una necesidad del poder real para defender los intereses del fisco, de donde deriva el nombre que se utiliza todavía en varios países europeos: Ministerio Fiscal; Pero también como una necesidad de llenar el vacío que se producía cuando por falta de interés, no había acusador particular para la persecución de los delitos.²¹ De ahí se deriva su doble naturaleza existente en algunos Estados: Como entidad encargada de defender los intereses fiscales y como entidad promotora de la justicia penal, como fue durante mucho tiempo en Guatemala.

El tratadista Herrarte, explica que de la primitiva función deriva su nombre de Ministerio Fiscal; Pero dada las más amplias atribuciones que se le conceden, especialmente en el campo de la justicia penal y como órgano tutelar de menores e incapaces, y así también como órgano dictaminador, un gran número de legislaciones modernas lo llaman Ministerio público, nombre que está más adecuado a sus actuales funciones.²²

En cuanto a la naturaleza del Ministerio Público, algunos lo ubican como un órgano del Poder Ejecutivo, por la forma como éste interviene en la administración de justicia y porque es nombrado generalmente por el Jefe del Ejecutivo. Para otros como Carnelutti, sostienen que es un órgano de la jurisdicción, considerando ésta en sentido amplio, que tanto es actividad de las partes como actividad del juez.²³ Otros únicamente se limitan a decir que el Ministerio Público representa a la sociedad, por lo que debería su personero ser elegido democráticamente, postura que gana mucho terreno en la actualidad pues de esa manera el pueblo quién es el representado en los procesos en los que el Ministerio Público actúa elegirían a la persona que consideren conveniente para ejercitar en su nombre la acción penal.

En cuanto a las características del órgano encargado de la persecución penal estatal, cito las características que señala Florián,²⁴ por considerarlas acordes a la institución en Guatemala:

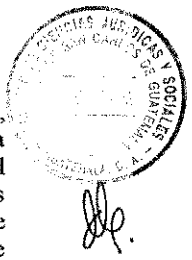
- a) La unidad. Esta característica es la que indica que aunque el Ministerio Público está formado por varias personas, todas ellas conforman un solo órgano y están sometidas a una misma dirección.
- b) La indivisibilidad. Como consecuencia de la característica anterior, las personas que representan al Ministerio Público ante los diferentes tribunales pueden ser sustituidas sin menoscabo alguno, pues al existir unidad el Ministerio Público continúa siendo representado sin importar qué persona de sus integrantes lo represente.
- c) La Independencia. Característica que además es un principio fundamental del Ministerio Público en los Estados democráticos, la independencia hace énfasis a que

²¹ HERRARTE, ALBERTO. Derecho Procesal Penal. Pág. 90.

²² HERRARTE, ALBERTO. Ob. Cit. Pág. 91.

²³ CARNELUTTI. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Pág. 139.

²⁴ FLORIAN, EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal. Pág. 198.



el Ministerio Público no está sujeto a otro organismo o Poder del Estado alguno, sino únicamente a la ley. Con respecto a la independencia, debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público no está sujeto a órdenes del Presidente del ejecutivo, ni del organismo judicial, pero sí a la ley, y en ese sentido es que en algunas de sus actividades tiene que obedecer a lo que un funcionario jurisdiccional competente le indique, verbigracia diligenciar determinado medio de prueba que las partes le hayan propuesto y su funcionario haya considerado innecesario; Pero que al acudir ante el juez competente le ordene al personero del Ministerio Público a diligenciarlo, (ver artículo 315 del Código Procesal Penal) sin que por ello se viole la independencia de la institución pues la ley lo permite en base al poder de judicatura que posee el funcionario judicial.

La jerarquía. Esta característica hace énfasis al orden interno que existe entre los funcionarios que integran al Ministerio Público, pues están adscritos en posición subordinada respecto al jefe.

- REGULACION LEGAL DE LA INSTITUCION EN GUATEMALA.

En Guatemala, encontramos los antecedentes del Ministerio Público, en el trámite de apelaciones de las sentencias penales en segunda instancia. Adscritos a dichas salas encontraban las llamadas "partes oficiales", constituidas por el Magistrado fiscal de respectiva sala de apelaciones y por el Procurador defensor, quienes obligatoriamente intervenían en los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia.²⁵ Como los procesos prácticamente estaban terminados y solamente quedaba de discutir el fallo de Primera Instancia, la intervención de estos funcionarios limitaba a presentar por escrito sus alegatos pidiendo la revocación o confirmación de sentencia de primer grado, según el caso. En ocasiones pedían la nulidad de lo dictado por vicios en el procedimiento y les correspondía también interponer el recurso de casación, obligatoriamente a los procuradores cuando había sentencia de muerte. Estas funciones eran opacas; Pero son el antecedente de lo que en la actualidad es el Ministerio Público y la institución de Defensa pública por su parte; Sin embargo su intervención considero que era muy simple no por la incapacidad de los funcionarios, sino por la etapa en la que intervenían y el problema se ahondaba más por el sistema procesal que predominaba en esa época.

El Ministerio Público se organiza en Guatemala en virtud del Decreto Legislativo No. 8, de fecha 31 de mayo de 1929. Con anterioridad solamente fungían los agentes fiscales como defensores de la Hacienda Pública.

Por virtud del Decreto citado, el Ministerio Público quedó constituido como dependencia del Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Estado en el Despacho de Gobernación y Justicia, que hacía los nombramientos, tanto del procurador general, como de los demás auxiliares. Según la ley mencionada y en lo que se refiere al ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público estaba constituido para representar el juicio los intereses de la Nación y del Estado y estaba encargado de velar por el debido cumplimiento de las resoluciones y sentencias de los tribunales; el procurador general velaría por la pronta y cumplida administración de justicia, con facultades de hacer ablar acusaciones y formular pedimentos, así como de recabar informes en los tribunales. Quedó expresamente consignado que, en los lugares en donde hubiese

ERRARTE, ALBERTO. Ob. Cit. Pag. 94.

agentes titulares del Ministerio Público, éstos tendrían la obligación de promover en todas las causas que se instruyesen por los delitos de asesinato, parricidio, homicidio, lesiones graves, robo, asalto en despoblado y cuando se tratase de otros delitos que por su gravedad hubiese conmovido a la opinión pública.²⁶

Como podemos observar, la principal función asignada al Ministerio Público era la de representar los intereses de la Nación y del Estado y ejercer una especie de vigilancia en la administración de justicia, pero no la de acusar criminalmente, aunque se le concedieron facultades de hacerlo, indudablemente cuando los intereses del Estado así lo requerían. En las causas por delitos graves tenía la obligación de intervenir o promover, pero no la de llevar la responsabilidad de la acusación, puesto que los procesos, por virtud del procedimiento predominantemente inquisitivo se seguía de oficio. Indica Herrarte que eso hizo desde el primer momento deslucida la intervención del Ministerio Público, pues por el corto número de agentes auxiliares, era materialmente imposible llenar ese cometido en debida forma. Por lo tanto, el Ministerio Público se concretó a intervenir efectivamente en los procesos en los cuales estaba interesado el Estado o la Hacienda pública, y en aquellos en que políticamente convenía a los intereses del momento; Pero no ejerció la actividad en forma responsable como institución acusadora; Más bien ejercía una función fiscalizadora, como indebida intromisión política en la administración de justicia, para provocar remociones en los encargados de ejercerla.²⁷

En la constitución de 1945, se declaró que una ley organizaría el Ministerio Público y señaló que no sería facultad de un funcionario del ejecutivo el que nombrara al Procurador General, sino que sería atribución del Congreso de la República nombrar al Procurador General y al suplente, así como la elección de los Magistrados fiscales, que ya existían anteriormente.

La Constitución de 1956 también expresó que una ley organizaría el Ministerio Público y determinaría sus funciones y atribuciones; pero no indicó nada con respecto al nombramiento de sus principales funcionarios.

La Constitución de 1965 fue un poco más explícita, pues señalaba que el Procurador General de la Nación nuevamente debía ser nombrado por el Presidente de la República; pero lo limitaba "aparentemente", pues debía escogerlo de una terna propuesta por el Consejo de Estado, así como señalaba las calidades que debía tener. Digo que lo limitaba aparentemente, pues no se le permitía escogerlo a su capricho sino de una terna que le proponían, sin embargo sabemos que las personas que componían el Consejo de Estado eran nombradas por el Jefe del Ejecutivo de turno, por lo que estaban comprometidos moralmente a él y además existió siempre el sentimiento de lealtad al Jefe del Ejecutivo, por lo que siempre resultaba nombrándose a personas convenientes al jefe de turno.

Otra de las cosas que señalaba esta constitución es que el Presidente de la república podía remover al Procurador General, previa audiencia al Consejo de Estado.

Con respecto a las principales funciones que se le asignaron, estaba la de promover las gestiones necesarias para la recta y pronta administración de justicia y la investigación de los delitos y contravenciones que alteraran el orden público o social, así como la de auxiliar a los tribunales.

²⁶ HERRARTE, ALBERTO. Ob. Cit. Pág. 95.

²⁷ HERRARTE, ALBERTO. Ob. Cit. Pág. 96.



decreto 512 del Congreso de la república, reguló durante mucho tiempo al erio Público, manteniendo siempre su carácter de doble funcionalidad, por lo que idía claramente en Sección de Procuraduría y la sección de Fiscalía. Estaba a del Procurador General de la Nación y le correspondía como jefe de la aduría, representar los intereses de la Nación, intervenir ante los tribunales de a en todos aquellos asuntos en que esté llamado a hacerlo de conformidad con la así mismo la de promover las gestiones necesarias para obtener la recta y pronta istribución de justicia. Como jefe de la Sección de Fiscalía le correspondía enir en las causas penales de acción pública cuando la pena que correspondía er no fuera menor de cinco años de prisión correccional, o cuando el delito ra al Estado o a la Hacienda pública, concurriendo si fuere necesario a la ción del sumario. Le correspondía presentar querellas y formalizar acusación en entación de los menores que, habiendo sido sujetos pasivos de delito de acción la, no recibieren la protección de la justicia por negligencia, o pobreza de sus ; o representantes legales. Como puede observarse, la función de acusar tamente la tenía el Ministerio Público únicamente en casos de menores como s pasivos de delitos desamparados y siempre que el delito hubiere sido de acción la, sin embargo esta función la ejercía de manera supletoria, pues lo hacía ente cuando los padres o representantes legales no lo hacían por cualquier motivo. ién es cierto que tenía la obligación de intervenir en las causas penales de acción a, cuando la pena correspondiente al delito no fuera menor de cinco años de n correccional; Pero, no llevando expresamente la carga de la acusación, ni la de la prueba, pues el proceso penal por ser inquisitivo no necesitaba la ipación directa y responsable del Ministerio Público. De esa cuenta menciona rte, la intervención del Ministerio Público resultaba muy deslucida, reduciéndose a entación de unos cuantos memoriales y a la interposición de recursos. Eso almente, en la capital y en los poquísimos lugares en donde existían agentes ares, pues en los lugares donde no los había, ejercían tal función de fiscalía los os municipales que, preocupados por otros asuntos de su incumbencia y rmente si no eran letrados, prestaban poca si no es que nada de atención a un al y eficiente desarrollo del proceso penal.²⁸

on la promulgación del Código Procesal Penal, contenido en el Decreto 52-73 del reso de la República, la cuestión parecía cambiar, pero sólo fue en apariencia, pues título 68 del citado Código expresaba que el ejercicio de la acción penal spondía esencialmente al Ministerio Público, pudiendo ejercerla además, los iados y cualquier guatemalteco. Se le daba intervención al Ministerio Público el sumario, proporcionándole copia de lo actuado; Sin embargo de conformidad el resto del Código se seguía regulando un proceso penal inquisitivo, pues era lsado de oficio y por lo tanto no había obligación de acusar, por lo que la vención del Ministerio Público seguía en la práctica rigiéndose con el principio de tunidad y no de Legalidad, pues no era necesario su participación como acusador que el proceso penal se desarrollara.

on las reformas realizadas a la Constitución Política de la República vigente, se niza el Ministerio Público y de acuerdo al nuevo Código Procesal Penal, Decreto 2 del congreso de la república, se consagra un avance importante para la evolución

RARTE, ALBERTO. Ob. Cít. Pág. 98.



le esta institución. En el artículo 251 de la Constitución, reformada por el artículo 33 de las reformas constitucionales de 1993, se legisla que el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración Pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. Se señala que el Jefe del Ministerio Público se denomina Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Señala los requisitos para ser Fiscal general e indica que será nombrado para cuatro años por el Presidente de la República, de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación; Por lo que se evita de esta manera el problema de que el nombramiento del funcionario de tan importante cargo fuera realizado por el Presidente de la República de manera arbitraria y por compadrazgos políticos. Además se regula en el artículo 252 del mismo cuerpo legal, reformado por el artículo 34 de las reformas constitucionales de 1993, a la Procuraduría General de la Nación, separando de esta forma las funciones de representación de los intereses generales del Estado que corresponden ejercerlos a la Procuraduría General de la Nación y concediéndole al Ministerio Público la función específica de ejercer la acción penal.

Lo contemplado por las normas Constitucionales, es correctamente complementado por la implementación del Código procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República, pues se cambia la estructura del proceso penal en Guatemala, cambiándose el sistema inquisitivo por un sistema Mixto, en el que predomina el sistema acusatorio, necesiándose de un órgano acusador distinto del juzgador, ése órgano acusador es el Ministerio Público. Así mismo se legisla el Decreto 40-94 del Congreso de la República, que contiene por primera vez en Guatemala la ley que regula al Ministerio Público, en forma independiente de la Procuraduría General de la Nación.

De esa manera, queda regulada la institución del Ministerio Público en Guatemala, y por tal motivo al ejercerse la acción penal pública por éste, surgen las figuras de la instancia particular en ciertos delitos que han de ser perseguidos por éste órgano especial de la persecución penal; pero en los que se reconoce un interés legítimo de los particulares afectados por el delito de querer o no que dicha acción penal se ejercite.

1.3.- ORGANIZACION DEL MINISTERIO PUBLICO EN GUATEMALA.

Aunque no pretendo hacer un estudio minucioso de la estructura y organización del Ministerio público en nuestro medio, por no ser esta institución el objeto de nuestro estudio, si considero indispensable hacer un estudio general de la organización de dicho órgano estatal, pues de esta manera podremos comprender la forma en que se desarrollan los actos procesales que forman parte de este tema de estudio, como la instancia particular, la revocación de la misma, las personas ante quienes debe hacerse, etc.

El decreto 40-94 del Congreso de la República que contiene la ley orgánica del Ministerio Público, regula en el Título II, la organización del Ministerio Público. En el artículo 9 de la ley citada, se establece que el Ministerio Público está integrado por los órganos siguientes:

-) El fiscal general de la República.
-) El consejo del Ministerio Público.



Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección.
Agentes Fiscales. Y
Auxiliares Fiscales.

El General de la República, es el Jefe del Ministerio Público y el responsable de su funcionamiento, tiene competencia para ejercer su cargo en todo el territorio. Señala la ley que él ejercerá la acción penal pública por sí mismo o por los órganos de la institución. Hay que hacer notar que generalmente el Fiscal únicamente dirige la política de la institución y rara vez, ejerce la acción penal directa, sino que lo hace a través de los órganos que integran el Ministerio

Por el consejo del Ministerio Público, se integra según lo señala el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, por el Fiscal General de la República, quien es, por tres fiscales electos en asamblea general de fiscales, de entre los fiscales de distrito, de sección y agentes fiscales; Así como por tres miembros electos por el Poder Judicial, de entre los postulados a Fiscal General de la República. Su función principal consiste en asesorar al Fiscal General de la República sobre la política de la institución para su mejor desarrollo y eficiente cumplimiento de sus obligaciones.

Los Fiscales de distrito son los personeros del Ministerio Público que son los Jefes en los distritos o regiones territoriales que les fueren encomendados, son así mismo responsables del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Los Fiscales de sección, son personeros del Ministerio Público y son los Jefes del Ministerio Público en las diferentes secciones que les fueren encomendados y los responsables de su funcionamiento en los asuntos de su competencia. La ley señala algunas funciones específicas que fueron creadas, menciono como ejemplo la sección de Fiscalía de Narcoactividad, la sección de Fiscalía de delitos contra el ambiente, la sección de Fiscalía de la Mujer, entre otras.

Los Agentes Fiscales son funcionarios del Ministerio Público que asisten a los fiscales de distrito o a los fiscales de sección, tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal. Así mismo son los encargados de dirigir la investigación de las causas penales, formular acusación o el requerimiento de sobreseimiento, clausura de expediente y archivo ante el órgano jurisdiccional competente; Así como actuar en el proceso ante los tribunales de sentencia, promover los recursos ante las salas de apelación penales y la Corte suprema de Justicia.

Los Auxiliares Fiscales son personas que integran el Ministerio Público y asisten a los Fiscales de Distrito, Fiscales de Sección y Agentes Fiscales, son los encargados de efectuar la investigación preparatoria en todos los delitos de acción penal y en los delitos que requieran instancia de parte al llenarse este requisito. Estas personas sólo pueden actuar en el procedimiento preparatorio.

Al analizar la forma en que está organizado el Ministerio Público, podemos darnos cuenta que las personas que generalmente están en contacto con los sujetos pasivos de los delitos, son los Auxiliares Fiscales, y de alguna manera los Agentes Fiscales, por lo

que al estar señalados en la ley orgánica como integrantes del Ministerio Público tienen la facultad de desarrollar actos como recibir la instancia particular, su revocación, y lógicamente serán las personas que intervengan en la persecución penal, como pueden hacerlo los Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección.

3.4.- FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO.

Referimos al Ministerio Público, estudiar su evolución histórica y su organización actual en nuestro medio, sería tan de poca importancia si no estudiamos la esencia de su existencia en nuestro medio, es decir el por qué de su importancia, y eso lo descubrimos cuando nos referimos a las funciones que desempeña en nuestro medio actualmente el Ministerio Público.

Como ya dije anteriormente, el problema de la poca participación del Ministerio público en la persecución penal en la antigüedad, ya fue superado, al implementarse en nuestra Constitución la separación entre el Ministerio público y la Procuraduría General de la Nación, así como con la implementación de un nuevo sistema de proceso penal, cambiando de un obsoleto sistema Inquisitivo a un sistema Mixto con tendencias al Acusatorio. En este sistema, se le quita la función de acusador al órgano jurisdiccional, y se traslada al Ministerio Público, pues era ilógico que la persona que iba a juzgar fuera la misma persona que acusaba; Por lo que fue necesario otorgar tal función a un órgano especializado, que es el Ministerio Público.

El papel que desempeña el Ministerio Público en la actualidad en Guatemala, es un papel activo, se encarga de ejercer en nombre del Estado la actividad acusadora para perseguir los hechos que rompen con el ordenamiento jurídico penal.

Las funciones del Ministerio Público, pueden personalmente dividirlas en dos grandes grupos:

A) Funciones de Investigación: Anteriormente indiqué que la persecución penal no se inicia con la acusación, sino que se inicia desde que comienza el procedimiento, el cual de conformidad con el artículo 71 del Código Procesal Penal, se entiende que da inicio con el primer acto consistente en cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que establece el Código referido. Esta función de investigación, la considero de vital importancia, pues es como el Código correctamente lo señala la preparación de la acción penal que será ejercida más adelante si de los hechos investigados resulta a criterio del investigador comprobada la participación de la persona en la comisión de un hecho delictivo. Durante esta etapa, el Ministerio Público debe tener un papel protagónico en investigar y reunir los elementos de prueba que han de servir para que el tribunal juzgador compruebe la participación de una persona en un hecho delictivo y que amerita la imposición de una pena o medida de seguridad; Así como también reunir los elementos de prueba que conlleven a afirmar que la persona sindicada no es responsable del hecho que se le imputa, pues de conformidad con la ley el Ministerio Público no solamente puede formular acusación al final de la etapa de investigación, sino que puede también si se comprobó la ausencia del hecho delictivo o la ausencia de la participación de la persona sindicada, solicitar el sobreseimiento de la causa pues debe recordarse que el artículo 290 del Código



el Código Penal indica que es obligación del Ministerio Público extender la investigación no solo a las circunstancias de cargo sino también a las que sirvan de descargo. El Ministerio Público, en la generalidad de los delitos cometidos, debe comenzar inmediatamente de su conocimiento a la fase de investigación; Sin embargo en otra clase de delitos debe abstenerse totalmente de iniciar la investigación de los mismos, pues la ley los señala como de acción privada, y solamente en circunstancias especiales podrá proceder a la investigación en esta clase de delitos; Mientras que en los delitos perseguidos por acción Mixta, la investigación de investigación debe tener también ciertas limitantes que analizaré posteriormente cuando me refiera al papel que debe desempeñar el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil en esa clase de delitos.

La siguiente función que desempeña el Ministerio Público dentro del proceso penal guatemalteco, es la función acusadora propiamente dicha, en la cual interviene con el juez en lo investigado, solicitando del órgano jurisdiccional la declaración respecto a la comisión de un hecho delictivo por una o más personas, solicitando que se aplique la ley penal al caso concreto, es decir que se condene a los acusados y que se imponga la o las penas y medidas de seguridad correspondientes. Precisamente esta función es la principal, Pero no podría ejercerse si no tiene fundamento o base, pues la ley le proporciona la actividad primaria que señalaba el inciso anterior, es decir la función de investigación. De esa manera, el Ministerio Público vino a llenar un vacío existente en el proceso penal guatemalteco, es decir la contradicción de partes, pues como se puede notar claramente en la actualidad en los juicios orales, en el debate propiamente dicho.



CAPITULO II

GENERALIDADES DE LAS INSTITUCIONES PENALES SUSTANTIVAS (CASOS)

Para poder comprender definitivamente el tema a tratar, es importante tener presente las cuestiones generales de las instituciones penales sustantivas relativas al caso, pretendiendo agotar en este apartado los tópicos que a continuación explico, por no ser el objeto principal del presente trabajo, doy una breve explicación general de lo que se entiende cuando estemos hablando de delito y de pena.

DELITO.

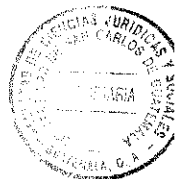
DEFINICION.

Cuando hablamos de este instituto penal sustantivo, debemos tener presente tanto la definición como la legislación penal.

Abanellas, refiriéndose al delito, lo define como " el acto típico, antijurídico, sancionado por una pena o en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad."¹ Esta definición, clara y sencilla expresa una idea de lo que en el Derecho Penal ha de entenderse como delito; Considero que los elementos que el referido autor incluye dentro de su definición es en un sentido amplio, incluyendo claramente los elementos de acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, pena o medida de seguridad, condiciones objetivas de punibilidad. Debo señalar, que dichos elementos fueron considerados durante mucho tiempo como elementos positivos del delito; pero que en la actualidad la mayoría de autores consideran como elementos positivos del delito la acción, la tipicidad, antijuricidad y la imputabilidad; indicando además que la imputabilidad es una parte integrante de la imputabilidad y que la pena es una consecuencia de ese acto considerado como delito y no un elemento positivo del mismo, lo cual comparto pues considero que los elementos positivos son aquellos que configuran o dan como resultado el surgimiento del delito, y que la pena claramente aparece en el orden lógico de esta institución después de que el delito es considerado ya como delito.

Con respecto a lo que nuestra legislación penal nos dice del delito, tenemos que decir que nuestro Código Penal vigente no define al delito, dicha omisión en el código penal es considerada por algunos estudiosos del Derecho como una medida adoptada por el legislador en virtud de que atendiendo a la regulación de los delitos de cada figura delictiva en la parte especial de nuestro cuerpo legal sustantivo suficiente para que cada persona entendiera lo que significaba el delito; por su parte los estudiosos del Derecho han llegado a encontrar la causa de dicha omisión en la confusión que hasta nuestros días ha tenido la decadencia en que cayó el estudio del Derecho Penal ante la Criminología, como resultado de la pugna entre la escuela clásica del Derecho Penal y la Escuela Positivista del Derecho Penal. Lo que sí es discutible es que en nuestro Código Penal vigente el legislador omitió definir qué es el delito y en la parte general del mismo no se encuentra un apartado especial en el que se defina cada elemento positivo del mismo, sino de una manera desordenada se pueden

ABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Pág. 525.



encontrar algunas teorías con respecto a algunos elementos positivos del delito, atribución de la acción.

El Código Penal abrogado por el decreto 17-73 del Congreso de la República, actual Código Penal, sí definía al delito, y en su artículo 11 decía que "Delito es la infracción voluntaria de la ley penal"; Aunque un poco vaga y sin incluir todos los elementos positivos del delito, contemplaba que el delito era una infracción, es decir una contravención a lo que estaba prescrito en la ley penal, incluía además que dicha infracción debía ser de manera voluntaria, lo que manifiesta una cierta inclinación a lo que la doctrina moderna denomina Teoría finalista de la acción, desechando la teoría causalista que atribuye el resultado a la conducta humana sin importar su intención configurándola como delito desde el momento en que se produce el mismo.

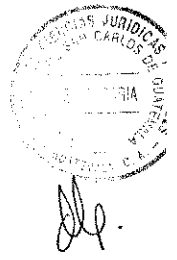
2.- SUJETOS DEL DELITO.

Cuando hablamos del delito, tenemos que hablar necesariamente de los sujetos del mismo, y esto es importante en nuestro tema investigado, en virtud de que sólo al conocer lo que en términos generales se debe entender por sujetos del delito podremos más adelante relacionar claramente a los sujetos de los delitos de Estupro Incesto, abusos deshonestos y Violación con las personas agraviadas y hacer un análisis de la relación que debe existir entre ambos para poder otorgar la instancia particular y proceder a la persecución penal pública.

En el estudio de los sujetos del delito, encontramos dos clases de sujetos: El sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo del delito, es la o las personas que intervienen contraviniendo la ley penal y violentando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal. El sujeto activo del delito es la persona que ofende, la persona que causa el mal jurídico, la persona que ejecuta una acción u omisión que es considerada previamente en la ley penal, atendiendo al principio de legalidad, como delito.

Por su parte, el sujeto pasivo del delito es la persona que recibe la ofensa, que recibe el mal causado de una manera directa, es la persona que sufre la violencia o el peligro de un bien jurídicamente protegido por el Estado a través de la ley penal. Al hablar de sujeto pasivo del delito, es muy fácil confundirse con lo que es la persona agraviada; según algunos estudiosos del campo, el sujeto pasivo del delito no siempre coincide con la persona agraviada, pues el sujeto pasivo es la persona que recibe directamente el mal causado y la persona agraviada es la persona o personas que han de sufrir las consecuencias de ese mal causado al sujeto pasivo; así encontramos que en el delito de homicidio, el sujeto pasivo del delito es la persona a quien se le privó la vida y la persona o personas agraviadas son aquellas que reciben o sufrirán el impacto de dicho mal causado al sujeto pasivo del delito, por lo que las personas agraviadas serán sus familiares. En lo personal considero que si bien es cierto el sujeto pasivo del delito es la persona sobre quien recae el mal causado, considero que en primer término el agraviado es la misma persona y sólo en segundo término podrá decirse que otras personas pueden ser las agraviadas, así por ejemplo en el delito de violación, el sujeto pasivo del delito es la mujer que recibe el daño y la persona agraviada en primer término es ella misma, en



o término las personas agraviadas también son sus familiares quienes reciben el o del mal causado a la víctima; y de manera general o indirecta la sociedad n es agraviada al ponerse en riesgo el equilibrio de bienestar y seguridad social.

LASIFICACION DOCTRINARIA DE DELITOS.

importante tener presente que para lograr una clasificación de delitos, hay tes criterios que los diversos autores han tomado cada uno desde su punto de como no es nuestro objetivo determinar todas las clasificaciones existentes, dejar en claro que la siguiente clasificación que se plasma es de una manera | y atendiendo a lo que más nos sirve para el presente trabajo.

Atendiendo a la gravedad del mal:

to y Falta. Como lo explica Cuello Calón, citado por Nuñez, la clasificación en os y faltas no es más que una división realizada por el legislador atendiendo a la edad del mal causado, así el delito será una acción considerada por el legislador o una conducta que ha de causar un mal de consecuencias mas o menos graves ro de la convivencia social, mientras que la falta será una acción considerada por gislador como una conducta que ha de causar un mal de consecuencias leves ro de la convivencia social.² En nuestro ordenamiento jurídico se sigue el criterio ista, atendiendo a la política penal del Estado, siguiendo la corriente de la edad del mal causado, así encontramos que quien sustrae cosa mueble ajena sin encia comete delito de Hurto; pero si la cantidad sustraída no excede de cien zales comete una falta contra la propiedad. Con respecto al Estupro, Incesto, os deshonestos y Violación, son considerados en nuestro ordenamiento jurídico o delitos y no como faltas, lo que indica que el mal que causan es de secuencias mas o menos graves, como el Estupro, hasta muy graves, como la acción calificada.

Atendiendo a la intencionalidad del sujeto activo.

tos Dolosos, Preterintencionales y Culposos. Los delitos dolosos, explica Cuello m, citado por Nuñez, son aquellos en los que existe plena intención criminal del to activo, es decir que existe la voluntad plena y consiente de delinquir por parte sujeto activo y la idea de la comisión del delito la genera el delincuente con rioridad suficiente al momento de la ejecución del mismo. Añade que los delitos osos son aquellos en los que si bien es cierto el sujeto activo del delito no tiene intención de delinquir y cometer el mal causado, se representa el hecho como ble y su actuar denota un peligro que culmina con la comisión del delito. Culmina ndo que los delitos preterintencionales, son aquellos que son cometidos por el to activo del delito cuya intencionalidad no era la de causar el daño que se luce sino otro de menor intensidad, sin embargo el resultado que se produce debe no sólo mayor al deseado sino también debe depender de la conducta realizada el sujeto activo.³ Al respecto debo indicar que los delitos que son objeto de

RICARDO C. Tratado de Derecho Penal, Parte general, Tomo II, Pag. 235
RICARDO C. Ob.Cit. Pag. 135.

nuestro estudio, entiéndanse el Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, son delitos que han de considerarse dolosos, pues por la naturaleza de los mismos no se pueden dar las circunstancias de que sean cometidos en forma culposa ni en forma preterintencional.



C) Atendiendo al momento de su consumación:

Delitos Instantáneos y Delitos Permanentes. Explica el abogado Gudiel Godoy en su tesis de graduación, que los delitos instantáneos son aquellos cuya consumación se da en un solo acto, es decir que los delitos instantáneos se consuman al realizarse la acción u omisión del hombre; mientras que los delitos permanentes son aquellos cuyos efectos perduran por un tiempo más o menos prolongado hasta que existe un acontecimiento que les pone fin, verbigracia el delito de secuestro.⁴ Al analizar los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, podemos indicar que los mismos son delitos Instantáneos, que su consumación se da en un solo acto y considero que si la acción persiste varias veces estamos ante el caso de un delito continuado que no debe confundirse en ningún momento con el delito permanente.

D) Atendiendo a la lesión del bien jurídico protegido:

Delito de Daño y delito de Peligro. El delito de daño, es aquel cuya comisión provoca en el sujeto pasivo el detrimento o menoscabo, o bien la pérdida del bien jurídicamente protegido por el Estado; mientras que el delito de peligro se considera cometido con el simple hecho de poner en peligro el bien jurídicamente protegido por el Estado. Los delitos de peligro deben ser expresamente calificados como tales por la legislación penal y no crearlos por analogía, así encontramos que no puede hablarse de delito de peligro en la violación cuando ésta no se produce, aduciendo que no se dañó a la víctima pero que sí se puso en peligro su libertad sexual; lo que existió es una tentativa de Violación si es que alguno de los actos realizados no son suficientes para tipificar el delito de Abusos deshonestos; pero nunca existirá un delito de peligro en tales circunstancias. De tal manera, que los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación son delitos de daño y no de peligro.

E) Atendiendo a la forma de Comisión.

Delito de Acción y delito de Omisión. Cómo lo dice Cabanellas, acción es una actividad externa del hombre.⁵ En tal sentido podemos afirmar que el delito de acción es aquel que se realiza a través de una actividad externa de una persona, es decir por medio de una actividad que se manifiesta de forma activa y no pasiva. El delito de Omisión lo podemos dividir en delito de simple omisión, consistente en una posición pasiva de conducta del agente del delito, es decir que se realiza por un simple no actuar, o no hacer, tal es el caso del delito de Omisión de auxilio; por otro lado tenemos el delito de Comisión por Omisión, el cual es cometido por el sujeto activo

⁴ GUDIEL, GODOY, OTTO WALTER. La Intervención de la Policía en el delito flagrante. Pág. 35.

⁵ CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Pág. 130.



Beth Arra

delito a través de la manifestación de una conducta negativa, es decir que lo hace por medio de un "no hacer" que por disposición legal o reglamentaria debe evitar por su posición de garante, tal es el caso de un médico que tiene la obligación de administrar algún medicamento a un paciente en el momento oportuno y teniendo las condiciones para hacerlo no lo hace sabiendo que el paciente morirá, dicho profesional estaría cometiendo el delito de Homicidio por la forma de Comisión por omisión.

Al analizar los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, finalmente podemos afirmar que son delitos de acción, es decir que se necesita una voluntad externa para poder realizar la comisión de los mismos.

Atendiendo al momento en que se prende al responsable.

Delito flagrante y delito No flagrante. Cabanellas, nos dice que "delito flagrante es aquel en el que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo, cuando es agarrado y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración, y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con otros, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la culpabilidad del sospechoso".⁶ A esto último se le ha denominado delito Cuasi flagrante. Por análisis podemos decir que los delitos no flagrantes, son aquellos en los que el delincuente no es sorprendido en la ejecución del mismo y que su comisión ha de darse en adelante como resultado de la investigación que se realice. Nos damos cuenta, esta clasificación atiende más a cuestiones procesales que a sustantivas, sin embargo son muy importantes ya que en los delitos que estudiamos se ven darse los dos casos, es decir de delito flagrante, y delito no flagrante; y será importante determinar el papel que desempeña el Ministerio Público y la Policía Judicial Civil en los delitos mencionados cuando el mismo sea flagrante o casi flagrante y se necesite la instancia particular de conformidad con la ley.

TUTELA DE LOS VALORES JURIDICOS EN LA CLASIFICACION LEGAL DE LOS DELITOS.

Después de haber analizado algunas clasificaciones doctrinarias del delito, es importante antes de conocer también el criterio de clasificación que nuestro actual Código Penal adoptado al ordenar en su estructura a los diferentes delitos. El sistema de clasificación que el Decreto 17-73 del Congreso de la República, del Código Penal, ha establecido es el sistema adoptado por la mayoría de Estados americanos, es decir que clasifica los delitos de acuerdo a los valores que pretende proteger. Dicho sistema consiste en clasificar a los delitos en la ley penal, en grupos que se refieren a los bienes o valores que se ponen en peligro o mismo bien jurídicamente protegido por el Estado. Así tenemos que en nuestro ordenamiento penal sustantivo, una vez realizada la gran clasificación en delitos y faltas; podemos distinguir dentro de los delitos distintos tipos de bienes o valores jurídicos que el Estado pretende proteger; a manera de ejemplo podemos mencionar: Los delitos contra la vida y la integridad de las personas; Los delitos contra el honor; Los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el



pudor; Los delitos contra la libertad y seguridad de las personas; Los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil; entre otros.

Nuestro trabajo, enfoca un análisis jurídico doctrinario de los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, especialmente en cuanto a su persecución penal y el ejercicio de la acción penal en dichos delitos, el orden en el que mencionamos los delitos anteriores, es atendiendo al orden establecido en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, en el artículo 3, que reformó al Decreto 51-92, Código Procesal Penal, añadiendo el artículo 24 Ter, en cuanto a la acción penal en esta clase de delitos; específicamente en el inciso 4) del mencionado artículo.

Cuando analizamos el artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal, nos damos cuenta que el legislador siguió con el sistema de clasificación de acuerdo a los valores o bienes jurídicamente protegidos en el Código Penal, sin embargo en el inciso 4) en donde regula la acción penal en los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, encontramos una grave equivocación del legislador al incluir dentro de los delitos sexuales al Incesto, ya que aún dentro del mismo inciso, el Incesto no aparece al principio o al final de los delitos sexuales que nos podrían indicar una mínima comparación, sino que aparece en medio de los delitos sexuales de Estupro, Abusos deshonestos y Violación, olvidando que el bien jurídico o el valor que el Estado protege al tipificar el Incesto no es la libertad y seguridad sexual como en los restantes delitos mencionados, sino el orden jurídico familiar, según se desprende del estudio del Título 7, Parte especial del código Penal. Si bien es cierto que el delito de Incesto, tiene como peca una conducta que conlleva una acción sexual, no es cierto que el bien jurídico añadido o valor quebrantado sea la libertad y seguridad sexual.

Al ahondar un poco sobre lo que consideramos como delitos sexuales, habrá que recordar lo que nos dice Diez Ripolles, al escribir que la diferencia entre delito y pecado ya ha sido bien marcada por el Derecho Penal, gracias a la polémica que durante la década de los sesenta e inicio de los setenta se desarrolló especialmente en Alemania, culminándose con la aceptación de que la tipificación de los delitos sexuales debe hacerla el Estado protegiendo una moral secularizada, una moral social y no en una moral religiosa; por lo que el citado autor afirma que lo que afecta únicamente a la conciencia del individuo, atendiendo a la libertad del mismo, no puede ser penado y que debe respetarse la no-injerencia del Estado cuando las conductas sexuales se realicen en privado entre adultos, mediando consentimiento mutuo y que la exteriorización del instinto sexual sólo es punible cuando se acompaña de la lesión de un derecho social.⁷

Atendiendo a lo anteriormente citado, podemos concluir diciendo que el delito de Estupro, Abusos deshonestos y Violación, atentan contra la libertad y seguridad sexuales y el pudor; no así el delito de Incesto en el que la conducta sexual se realiza dentro del campo de libertad que tienen las personas; y el hecho de que el Estado intervenga en la sanción de dicho delito no es atendiendo a la protección de la libertad sexual ni al pudor, sino a la protección del orden jurídico familiar.

DIEZ, RIPOLLES, JOSE LUIS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Pag. 3.



PENA.

podemos hablar de persecución penal ni de acción penal, sin tener en cuenta la de ser de las instituciones mencionadas. Tenemos que tener presente que al arse la acción penal, el fin más inmediato que en la práctica se persigue es la acción de una pena o medida de seguridad. De acuerdo al artículo 5º del Código al Penal, uno de los fines del proceso penal es que una vez comprobada la pación de una persona en la comisión de un hecho delictivo se dicte sentencia iendo una pena o medida de seguridad; Es por eso que en el presente trabajo ma explicación general de ese resultado que la parte actora del proceso penal obtener con el ejercicio de la acción penal. No pretendo agotar el tema; pero sí un marco que nos servirá para comprender de forma objetiva el ejercicio de la penal dentro de los delitos que estudiamos.

DEFINICION.

mo se ha apuntado, la pena es una de las bases de la teoría del delito. El origen de a como actividad del Estado, la encontramos durante la edad media, época en la l Estado abstrae las reacciones individuales de venganza y las concentra iente en la pena.

s tratadistas De Mata y De León, nos indican en su obra que el origen etimológico mino pena, ha de encontrarse en las voces latinas de Pondus, que significa peso; , virtud; Ponus, trabajo o fatiga; y Poena, castigo o suplicio.⁸

s citados tratadistas nos dan una definición de pena, que considero completa por : los elementos integrantes de la misma, nos dicen que la pena "es una uencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional temente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal".⁹

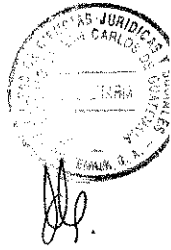
JUSTIFICACION DE LA PENA.

ando hablamos de justificar, nos estamos refiriendo a las razones que mentan la existencia de algo, en este caso al referirnos a la justificación de la pena, referimos a las razones que fundamentan la existencia de la pena dentro de una iedad.

gunos autores han encontrado la justificación de la pena como una medida de ia, que para alcanzarla debe retribuirse al delincuente con un mal que compense su bilidad. En un estado moderno, la justificación de la pena se encuentra en la iedad del Estado de brindar la protección a los habitantes del mismo, eso incluye a sma persona que ha delinquido, por lo que la pena ha de servir tanto a la sociedad al mismo delincuente, pues a través de esa medida que ha de ser impuesta por el o se protegerá a la colectividad y se protegerá además al delincuente para evitar la ión privada y desmedida que el ofendido pudiera buscar.

ATA VELA Y DE LEON VELASCO. Derecho Penal. Pag. 69.

ATA VELA Y DE LEON VELASCO. Ob.Cit. Pag. 83.



2.3.- FINES DE LA PENA.

A través del desarrollo histórico de la humanidad, el pensamiento ha ido volucionando, por lo que las ciencias han ido progresando, especialmente las ciencias urídicas que están en constante cambio de conformidad con las necesidades sociales. Es por eso que al analizar el fin de la pena, encontramos que en el transcurso de la evolución del Derecho Penal, se han dado diferentes teorías que tratan de explicar cuál es o debe ser el fin primordial de la pena; encontrando dentro de estas teorías algunas que han predominado en distintas épocas como la Teoría de la Retribución, que sostuvo que la culpabilidad del autor debía de compensarse con la imposición de un mal, de un castigo que hiciera alcanzar la justicia; También se desarrolló la Teoría de la Prevención Social y la Teoría de la Prevención General, básicamente la diferencia entre una y otra es que en la primera se afirma que al imponerse una pena se lograba hacer una retribución individual al que sufría la pena, lo que daba como resultado que dicha persona no volvería a delinquir; Mientras que la segunda afirma que la intimidación no sólo se hace al delincuente en forma individual sino que también se hace a la colectividad que se da cuenta de lo que les puede llegar a suceder si delinquen, por lo que la prevención es general a no delinquir.¹⁰

En la mayoría de Estados modernos se ha incluido dentro de la política penal, que la pena debe cumplir por lo menos con tres objetivos o fines: Con un fin retributivo, lo que se evidencia con la proporcionalidad entre el delito y la pena; con un fin de prevención del delito; y por último se ha incluido el fin de rehabilitación del delincuente. Dichos fines, al estudiarlos comparándolos con los delitos que son objeto de nuestro estudio, nos damos cuenta que son acordes a lo que la parte actora dentro del proceso penal debe esperar como producto del ejercicio de su acción penal.

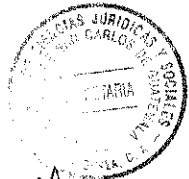
4.- CLASIFICACION LEGAL DE LAS PENAS.

Nuestro ordenamiento penal sustantivo, clasifica las penas en dos: Penas Principales y Penas Accesorias. Las penas principales son de conformidad con el artículo 41 del Código Penal, la pena de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. Las penas accesorias son de conformidad con el artículo 42 del mismo cuerpo legal, las de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, el comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.

Al hacer el análisis de dicha clasificación, encontramos que dentro de los delitos que estudiamos son aplicables las penas principales de muerte, como en el caso de violación calificada, por su grave impacto social; La de prisión; y no así la pena de arresto y multa. Con relación a las penas accesorias, son discrecionales del tribunal juzgador imponerlas o no en dichos delitos, aunque considero que por la naturaleza del delito si pueden ser aplicables las penas accesorias dependiendo del análisis que haga el juzgador de las condiciones y circunstancias en que se realice el delito así como de las circunstancias personales del delincuente.

NUÑEZ RICARDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Pag. 125.

CAPITULO III.



JURIDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE ESTUPRO,
ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.

mente indiqué que el orden en el que menciono estos delitos, es atendiendo
al legislador les asignó en el artículo 24 Ter, inciso 4° del Código Procesal
embargo por cuestiones prácticas de análisis, en este capítulo me referiré en
nino al delito de Incesto, para referirme posteriormente a los delitos sexuales
en este título.

ITO DE INCESTO.

NICION.

to de Incesto, es una figura jurídica que aparece como una necesidad del
garantizar el bienestar social y el orden público, especialmente el orden
familiar. Se explicaba en el capítulo anterior que en el Incesto aunque tiene
nente que existir una acción sexual, no es un delito propiamente sexual, en
que el bien o valor jurídicamente protegido no es la libertad sexual, sino que el
claramente, por lo menos en nuestro medio, lo incluye dentro de los delitos
orden jurídico familiar.

de nuestro ordenamiento Penal sustantivo no se ocupa de dar una definición
de dicha de cada delito que contiene, lo hace de una manera indirecta al
acción que lo constituye, es por eso que podemos definir el delito de Incesto
midad con el artículo 236 del Código Penal vigente, como "la acción típica,
a y culpable consistente en yacer con su ascendiente, descendiente o

debe entenderse como el acto de tener relaciones sexuales; y debe tenerse en
e no abarca a todas las personas que tienen relaciones de parentesco, sino
te a los ascendientes y descendientes y a los hermanos. Otra circunstancia
tenerse presente es que el Incesto es un delito en el que el yacimiento se da de
luntaria por ambos sujetos, es decir que no existe una víctima personal del
es si existiera violencia o engaño a una menor de edad no se tipificaría como
incesto, sino como Violación o Estupro respectivamente.

SIFICACION.

igo Penal clasifica el delito de Incesto así: Incesto propio e Incesto agravado.
esto propio, es llamado también incesto simple, y se produce con el simple
to entre ascendiente, descendiente o hermano; teniendo que ser ambos sujetos
de edad, entendiéndose mayor de dieciocho años de conformidad con el Código

esto agravado, tiene como conducta la misma que en el Incesto propio; Pero de
dad con el artículo 237 del Código Penal, tiene una agravante que consiste en
cción de yacer se realiza con una persona menor de edad. Cómo se puede



deducir, en el delito de Incesto agravado existe un sujeto activo del delito, pues el menor de edad es inimputable de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 23 inciso 1º del Código Penal, mientras que en el Incesto propio encontramos dos sujetos activos del delito que están rompiendo con el orden jurídico familiar que el estado protege.

1.3.- ELEMENTOS.

Los elementos de este delito son:

- A) Una acción de yacer; dicha acción ha de ser de manera voluntaria entre las personas que la realizan.
- B) El conocimiento de la relación existente como ascendiente y descendiente o hermano. Si únicamente una de los sujetos conocía la relación de parentesco, habrá sólo un sujeto activo del delito.
- C) Los elementos personales del delito, que en el Incesto propio son necesariamente un hombre y una mujer mayores de edad, mientras que en el Incesto agravado habrá un solo sujeto activo, hombre o mujer mayor de edad, y una persona menor de edad que no puede ser sujeto activo del delito por lo anteriormente apuntado.

1.4.- VALOR JURIDICO TUTELADO.

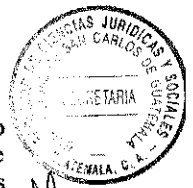
El delito de Incesto es una figura jurídica que aparece en el ordenamiento penal, como una necesidad del Estado de garantizar el bienestar y el orden público, específicamente el orden jurídico familiar. Cuando se realiza el delito de Incesto, por existir voluntad de los sujetos que intervienen en el mismo, no podemos hablar de una vulneración al principio de libertad sexual; ni tendría razón de ser que el Estado interviniera en tipificar para castigar esa conducta libremente realizada por personas adultas, sin embargo cuando el Estado tipifica este delito lo hace no protegiendo la libertad sexual de las personas sino más bien como lo indica el Título V, parte especial del Código Penal, atendiendo a la protección del orden jurídico familiar. El Estado considera que con tales prácticas existe rompimiento de ese orden mínimo que la sociedad desea y que la familia a quien ha considerado base de la sociedad se ve amenazada no sólo físicamente sino también moralmente.¹

2.- EL DELITO DE ESTUPRO.

2.1.- DEFINICION.

El tratadista Tocora, escribe refiriéndose al Estupro que “consiste en realizar el acto sexual mediante engaño. Es una figura que tradicionalmente ha pretendido sancionar a quienes valiéndose de promesas formales de matrimonio obtienen el acceso carnal, incumpliendo luego aquellas.” Comenta además que “siendo necesaria para su realización la concurrencia material de ambas personas, resulta difícil que existiendo el mutuo querer, haya engaño alguno, atendiendo a la naturaleza íntimamente consensual de tales relaciones. En los casos de promesas falsas de matrimonio, las mujeres han

¹ NUÑEZ, RICARDO. Manual de Derecho Penal, Tomo III, Pag. 130.



ntido el acto, y la particularidad de haberlo condicionado al cumplimiento
 or de una promesa formal, no le quita su libertad, pues ésta se ejerce sobre la base
 ra esencial al acto. A lo anterior agrega que en la práctica muchas de las
 cias por Estupro, han servido para cometer serias aberraciones judiciales, que dan
 a conductas extorsivas en pos del matrimonio, a venganzas sentimentales, y aún
 adas búsquedas de dinero o utilidad económica”.²

estros Código Penal, regula el delito de Estupro en los artículos 176, 177 y 178, y
 er un estudio analítico de los mismos, podemos deducir una definición como la
 resento: “Estupro es la acción típica, antijurídica y culpable consistente en la
 ción de acceso carnal con mujer honesta que ha cumplido doce años de edad
 menor de dieciocho años, aprovechando su inexperiencia u obteniendo su
 nza, interviniendo engaño o mediante promesa falsa de matrimonio.”

CLASIFICACION.

n respecto a la clasificación que nuestro Código Penal hace del Estupro, podemos
 irla así:

upro mediante inexperiencia o confianza. Tenemos que decir que el epígrafe es
 solo tan claro que el cuerpo del artículo repite dichos condiciones como medios
 rgar la voluntad de la víctima.

upro mediante engaño. En éste, el legislador incluyó el engaño en forma genérica,
 ir cualquiera que sea, y además incluye una forma especial de engaño consistente
 t promesa falsa de matrimonio.

mbas clases, son divididas a su vez por nuestro Código Penal en Estupro con
 ia comprendida entre los doce y catorce años y Estupro con víctima comprendida
 los catorce y dieciocho años.

upro Agravado. Es básicamente la misma acción material y subjetiva; con una
 istancia agravante que consiste en que el sujeto activo del delito sea pariente
 de los grados de ley de la estuprada, o encargado de su educación, custodia o
 a.

ELEMENTOS.

s elementos del delito de Estupro los podemos resumir así:

acceso carnal. Debe entenderse como el acto de tener relaciones sexuales.

engañ o promesa falsa de matrimonio, la inexperiencia o confianza con la
 ctima.

edad de la víctima. En Guatemala, la edad de la mujer debe estar comprendida
 tre los doce y los dieciocho años.

honestidad de la mujer. Algunos autores niegan este elemento, pero nuestra ley
 incluye como parte de la tipificación que hace del mismo. Este elemento por ser
 demasiado subjetivo hace también que el Estupro sea un delito difícil de comprobar
 la práctica. La honestidad no puede ser confundida con la virginidad, pues una

IA, LUIS FERNANDO. Derecho Penal Especial. Pag. 126.



mujer pudo haber perdido su virginidad incluso por causas diferentes a un acceso carnal; Pero tampoco puede significar que una mujer virgen sea honesta.

) El nexa causal. Cuando hablamos de nexa causal nos referimos a la relación que debe existir entre la voluntad delictuosa del sujeto activo y el resultado de la acción antijurídica. La voluntad delictuosa del sujeto activo consiste en el conocimiento de la honestidad de la mujer y de la edad de la ofendida y el propósito de tener acceso carnal con ella valiéndose de circunstancias consideradas por la ley anormales. Tocora indica que el nexa causal se da cuando mediante el engaño se produce el acceso carnal, es decir que si el acceso carnal lo consiente la presunta víctima, independientemente del engaño no existe Estupro. Hay casos en los cuales existe una promesa formal de matrimonio, pero la víctima acepta la cópula carnal sin tenerla en cuenta, igual que si no hubiera existido, por lo que no puede decirse que exista Estupro por ruptura del nexa causal.⁵

Elemento personal del delito de Estupro. En este delito el sujeto activo será siempre un hombre y el sujeto pasivo una mujer menor de edad; pero mayor de doce años.

4.- VALOR JURIDICO TUTELADO.

El delito de Estupro, aparece dentro de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo en Título III, Parte especial, que se refiere a los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor; pero en el capítulo VI habla de los delitos contra el pudor, por lo que entendemos que el valor jurídico que el Estado tutela al referirse al Estupro es la libertad y seguridad sexuales. Hay que tener presente que la libertad sexual es la facultad que tienen las personas para decidir libremente cuando y con quien y en que circunstancias practicar actos sexuales; por lo que al regularse el Estupro lo que se está protegiendo es a la mujer pero no en su ausencia de voluntad para tener relaciones sexuales, sino únicamente el vicio de su voluntad por medio de situaciones que ya pliqué.

- EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS.

1.- DEFINICION.

En algunas legislaciones como la colombiana, este delito recibe el nombre de Actos sexuales abusivos. Apunta el tratadista Tocora, que el acto sexual genéricamente blando es el realizado por el hombre para la satisfacción de sus apetencias sexuales, que logra a través del coito y de los actos sexuales que conducen a él. Añade que al hablar de este delito, debemos tener presente que se refiere a actos distintos al acceso carnal, estableciendo que estos actos sexuales diversos, son aquellos que buscan la satisfacción de las necesidades sexuales, o liberación del libido, nombre con el que se le hace a la energía sexual, sin penetración o introducción del miembro viril.⁴

Para algunos tratadistas el acceso carnal, como veremos adelante al referirnos a la penetración, incluye la penetración del miembro viril, por lo que aceptan la violación en la penetración anal y bucal además de la penetración normal o vaginal,⁵ sin embargo otros

4. COIRA, LUIS FERNANDO. *Ob.cit.* Pag. 150.

5. *Cit.* Pag. 153.

6. *Cit.* Pag. 153.

, especialmente nacionales han interpretado que la penetración del miembro ma anormal es considerada como Abuso deshonesto y no como Violación.

o Código Penal vigente, regula en el artículo 179 y 180, lo relativo a los Abusos deshonestos, de donde podemos deducir la definición legal y establecer que Abusos deshonestos "es la acción típica, antijurídica y culpable consistente en una persona de su mismo o de diferente sexo, actos sexuales distintos al acceso carnal, violando condiciones que anulan o vician la voluntad sexual de la víctima".



CLASIFICACION.

En el Código Penal encontramos la división de los Abusos deshonestos así:

Abusos deshonestos violentos. En esta clasificación incluye el realizar en persona de su mismo o de diferente sexo, actos sexuales distintos del acceso carnal, empleando los medios que señala la ley para la violación, valiéndose de las condiciones indicadas en la ley para la violación.

Abusos deshonestos agravados. En esta clasificación incluye el realizar en persona de su mismo o de diferente sexo actos sexuales distintos del acceso carnal, en las condiciones que señala la ley para el delito de Estupro mediante inexperiencia o mediante engaño, y Estupro mediante engaño, los cuales ya fueron ampliamente estudiados en este capítulo.

ELEMENTOS.

Elementos del delito de Abusos deshonestos, los podemos resumir así:

Acto sexual diferente al acceso carnal. Los actos sexuales diversos al acceso carnal que se pueden realizar sobre una persona, conforman una amplia escala. Los actos que se señalan desde los besos y tocamientos lúbricos, hasta los coitos "interiores", o entre las piernas, pasando por las masturbaciones, el "connilingus", o el acceso carnal a la parte genital femenina, frotar el asta viril en cualquier parte exterior del cuerpo, etc.⁶

Elemento material de circunstancia. En este elemento incluimos las circunstancias que pueden mediar en la realización del delito, como la violencia, la incapacidad de resistir de la víctima, la inexperiencia o confianza de la víctima o el engaño.

Elemento de culpabilidad delictuosa. Consiste en la realización del acto sexual distinto del acceso carnal con pleno conocimiento del sujeto activo de que está violentando la voluntad sexual de la víctima.

Elemento personal del delito de Abusos deshonestos, está integrado por el sujeto activo o que puede ser un hombre o una mujer mayor de edad, y el elemento pasivo del delito que puede ser también un hombre o una mujer mayor o menor de edad, independientemente.



3.4.- VALOR JURIDICO TUTELADO.

El delito de Abusos deshonestos, es uno de los delitos considerados en la doctrina como delito sexual, y en ese sentido lo que el Estado trata de proteger al tipificar este delito es la libertad sexual de las personas. Nuestra legislación acorde con la doctrina, ha clasificado este delito dentro de los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el pudor, aunque ya hice ver que por lo regulado en el capítulo VI del título III del Código Penal, se entiende que este delito es parte de los delitos que atentan únicamente contra la libertad sexual de las personas.

4.- EL DELITO DE VIOLACION.

4.1.- DEFINICION.

El delito de Violación junto al de Abusos deshonestos violentos, son los delitos más graves de los delitos sexuales por la modalidad de la acción cuya naturaleza elimina la voluntad de la víctima y por la intensidad de la violación al bien jurídico protegido.

Sebastián Soler, citado por Natael Portillo, indica que el delito de Violación consiste en tener acceso carnal con una mujer, mediando violencia material o moral, para anular la voluntad contraria de la víctima. Con respecto al acceso carnal, señala Soler, que es "una enérgica expresión que significa penetración sexual, por lo que se produce cuando el órgano genital masculino entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal."⁷ Acceso, de conformidad con el diccionario de la Lengua Española, significa entrada, por lo que la mayoría de autores modernos aceptan que la violación se produce cuando la penetración del miembro viril se realiza en forma normal o anormal, pues el término anormal hace relación a la función reproductora que conlleva el acto sexual; pero no a la satisfacción del libido que es realidad lo que busca el sujeto activo de este delito.⁸

El Código Penal vigente en nuestra República, regula el delito de violación en los artículos 173, 174 y 175, y al realizar el análisis de los mismos podemos deducir una definición del delito de Violación, diciendo que "es la acción típica, antijurídica y culpable que realiza un hombre consistente en yacer con una mujer utilizando de violencia suficiente para conseguir su propósito, aprovechando la circunstancia de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, y en todo caso cuando ésta sea menor de doce años."

4.2.- CLASIFICACION.

Nuestro ordenamiento jurídico clasifica la Violación en dos Tipos:

- a) Violación propiamente dicha. Consiste en yacer con la mujer en las circunstancias mencionadas.
- b) Violación calificada. Es una acción que contiene el elemento de la Violación genérica; Pero con una calificación especial que consiste en la muerte de la víctima con motivo o a consecuencia de la Violación. Significa que la muerte de la víctima puede

⁷ PORTILLO ORELLANA, NATAEL, Consecuencias civiles en los delitos de Violación, Estupro y Rapto. Pág. 45.

⁸ TOCORA, LUIS FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 150.



ocurrir en el momento en que se está consumando la Violación o bien puede ocurrir aún después de consumada la misma, siempre y cuando la muerte provenga de la comisión de dicho delito.

ELEMENTOS.

Los elementos del delito de Violación los podemos resumir así:

1. Acto de yacer con una mujer. La palabra yacer ha sido utilizada para expresar el acceso carnal, nuestra legislación así lo acepta cuando al hablar del delito de Abusos sexuales nos dice que consiste en realizar actos sexuales distintos al acceso carnal, se refiere al yacimiento del que se habla en el delito de violación.

2. Violencia o aprovechamiento de circunstancias que impiden resistir a la mujer. Siendo el delito sexual más grave, el delito de violación es ejercido a través de medios que anulan completamente la voluntad de la víctima para ejecutar el acto sexual. La violencia la divide Tocora en violencia física y violencia moral. La violencia moral dice, es aquella en la que la víctima recibe la amenaza seria de un mal futuro; Mientras que la violencia física la divide en violencia efectiva, que consiste en el ejercicio de la fuerza superior que opone el sujeto activo al confrontarla con el despliegue de energía que ejerce la víctima que se resiste; y la violencia tácita, que consiste en la amenaza inmediata que se realiza en la víctima y que no admite la resistencia de la víctima, como el colocar un puñal en su garganta. Al establecer la diferencia entre la violencia moral y la física indica que en la violencia moral, la víctima conserva una opción aunque el mal que se le amenaza causar pueda sobrevenir en el futuro, mientras que en la violencia física tácita, la víctima no conserva otra opción pues el mal físico que le amenaza lo recibirá instantáneamente.⁹

3. No sólo la violencia es elemento material de este delito, pues nuestra ley contempla también la circunstancia de que el sujeto activo aproveche que la víctima está incapacitada para resistir, ya sea por incapacidad física, mental, etc. Dicha circunstancia pudo haber sido provocada por el agente o no, es indistinto pues de cualquier forma la voluntad de la víctima está siendo vulnerada. Además la ley contempla lo que en doctrina se conoce como Violencia carnal "Ope legis", es decir resunta por la ley, y consiste en yacer con una mujer menor de doce años, pues la ley considera que no tiene todavía el desarrollo mental suficiente para comprender la realidad del acto.

4. Nexo causal. Consistente en la voluntad del sujeto activo de tener acceso carnal y ejecutar la acción en contra de la voluntad de la víctima, ejerciendo violencia o aprovechando las circunstancias adecuadas. Es de hacerse notar que el nexo causal implica no sólo el empleo de violencia, sino la ausencia de voluntad de la mujer, pues si el hombre ejerce violencia al principio; pero la mujer acepta la realización del acto sexual en el sobrevenir de la comisión, hay ausencia del nexo causal.¹⁰

5. Elemento personal de este delito está integrado por el sujeto activo que de conformidad con nuestra ley ha de ser siempre un hombre; y el sujeto pasivo del mismo ha de ser siempre una mujer. Aunque al hacer un análisis jurídico de los artículos que hablan de la responsabilidad en la participación en el delito, según el

⁹ Pág. 162.

¹⁰ Pág. 162.

artículo 36 de nuestro Código Penal, podría darse el caso de que una mujer aparezca como coautora del delito de violación.

4.4.- VALOR JURIDICO TUTELADO.

El delito de Violación es el principal delito sexual, es decir que el Estado al tipificarlo lo hace con la intención de proteger a las personas su libertad sexual. Así lo acepta nuestra ley al regularlo en el título III, parte especial, del Código Penal. Es de recordar que la libertad sexual es la facultad que tiene la persona de acoplarse sin coerciones, por lo que se ha dicho que cuando el Estado regula los delitos sexuales, lo hace protegiendo esa libertad desde un punto de vista negativo, es decir proteger a las personas para que no se les obligue a realizar un acto sexual que no descan.¹¹

Para finalizar este capítulo diré que el conocimiento de cada uno de estos delitos es muy importante para comprender el tema estudiado y referirnos únicamente en los posteriores capítulos a las cuestiones procesales positivas que regulan los mismos.



¹¹ Ob. Cit. Pág. 125.

CAPITULO IV.

ACCION PENAL PUBLICA EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, DESHONESTOS Y VIOLACION.

Como se ha referido con anterioridad en el presente trabajo a las instituciones penales, indiqué que la acción penal es una facultad que el Estado concede a las autoridades competentes para poder solicitar del órgano jurisdiccional competente la declaración de culpabilidad o inocencia de una persona a quien se le sindicaba de haber cometido un delito, en su caso de la imposición de una pena o medida de seguridad, o de una medida de rehabilitación, lo que equivale a la aplicación de la ley penal a un caso concreto.

Hay ciertos delitos, que el legislador ha considerado conveniente perseguir por acción pública pero mediante la instancia particular; Criterio que acorde a la realidad y se manifiesta en nuestro Código Procesal Penal vigente. Estos delitos fueron expresamente señalados en el artículo 24 Ter. del Código Procesal Penal que fue modificado por el Decreto 51-92 por el Decreto 79-97 del Congreso de la República; donde se incluyeron algunos delitos que fueron incluidos en esta clasificación por su repercusión social como las lesiones leves o culposas, la estafa que se comete mediante cheque sin provisión de fondos, la apropiación y retención indebida, etc.; Y así mismo encontramos otros cuyo motivo principal es el criterio del daño que se puede causar con posterioridad al sujeto pasivo del delito, el cual ya se encuentra en el capítulo primero, encontrándose entre ellos los delitos cuya persecución penal es pública en este trabajo, entiéndase, el delito de Estupro, Incesto, Abusos sexuales y Violación.

Como se ha expuesto, el legislador de acuerdo a lo aceptado también por la doctrina como lo menciona Guillermo Monzón al referirse a la acción Mixta, indicando que necesita la instancia de un interesado pero que incluso pueden ser seguidos de oficio. Como se ha expresado que los delitos incluidos en la clasificación de la acción pública que requiere de instancia particular, deben ser perseguidos de oficio cuando concurren determinadas situaciones. Algunas de estas situaciones son para todos los delitos incluidos en la clasificación contenida en el artículo 24 Ter. del Código Procesal Penal, y otras son específicas para los delitos de Estupro, Incesto, Abusos sexuales y Violación, como se menciona en el inciso 4) del artículo citado. A continuación analizo esas situaciones para determinar que los delitos sexuales mencionados y el delito de Incesto sean perseguidos por acción pública propiamente dicha, sin necesidad de la instancia particular.

SITUACIONES QUE OBLIGAN A PERSEGUIRSE POR ACCION PUBLICA EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.

Como se ha mencionado cada una de esas situaciones que obligan al órgano estatal de la acción penal a ejercer la acción pública en los delitos mencionados supra, señalo el fundamento general del que partimos para afirmar que existen tales situaciones,

¹GAZ, GUILLERMO ALFONSO. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco. Pág. 51.



encontrando en el artículo 31 del Código Procesal Penal, la norma general que establece el ejercicio condicionado de la acción pública, al expresar: "Cuando la acción pública dependa de gestión privada, el Ministerio Público sólo podrá ejercitarla una vez que, con respecto al hecho, se formule denuncia o querrela por quién tenga legitimación para hacerlo, **pero se procederá de oficio*** en los casos previstos en el Código Penal.

Lo anterior aunque hace referencia a que se atenderá a los casos previstos en el Código Penal, no excluye los casos previstos en el Código Procesal Penal, pues de cualquier modo hay que recordar que el artículo 24 del Código Procesal Penal, fue adicionado por el Decreto 79-97, y el artículo 31 es parte del Decreto 51-92, por lo que el mismo estaría derogado si se opusiera al artículo 24 Ter; de conformidad a lo indicado en la Ley del Organismo Judicial en su artículo 8 inciso b); Sin embargo considero que los artículos 31 y 24 Ter del Código Procesal Penal, no se contradicen, sino que únicamente se complementan.

1.1.- RAZONES DE INTERES PUBLICO.

Esta situación es la primera que obliga al Ministerio Público a ejercer la Acción Pública si necesidad de instancia particular, y está prevista en el párrafo primero del artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, el cual establece claramente que "Para su persecución por el órgano acusador del Estado, dependerán de instancia particular, **salvo cuando mediaren razones de interés público,**" los delitos siguientes..."

Esta situación apuntada, no es exclusiva para los delitos de Estupro, Incesto, Abusos Deshonestos y Violación, considerados en el inciso cuarto del artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, sino que establece que una vez medien razones de interés público, todos los delitos regulados en los demás incisos del artículo apuntado, serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público.

Cuando el Código Procesal Penal se refiere a Interés público, no lo define expresamente, por lo que aunque el termino parezca sencillo, no lo es. Tratando de encontrar una idea que nos ayude a definir lo que es el interés público en el ámbito penal, me refiero a lo que Cabanellas apunta sobre el mismo aunque lo enfoca desde un punto de vista más civil. El citado autor menciona que el interés público es la utilidad, conveniencia o bien de los mas ante los menos; De la sociedad ante los particulares, del Estado sobre sus súbditos. Indica también que el interés público debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno, aunque en la práctica se falsee con tanta frecuencia. La expropiación forzosa, el servicio militar, los impuestos, y tantas otras medidas de gobierno, tienen su justificación en un menor quebrantamiento del interés privado para servicio del interés público.³

Tomando en cuenta lo anterior, podemos indicar que el interés público, es el interés que la mayoría de una sociedad tiene, aun en contra de una minoría, pues es allí donde se manifiesta el interés público. Hay tantas formas de manifestación del interés público, y las circunstancias que mas adelante indica el Código Procesal Penal y el Código Penal son precisamente razones de interés público, donde interesa más el castigo del delito

* EL REMARCADO ES PERSONAL.

² CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Torno V. Pag. 462.



interés de la víctima en que no se persiga el mismo, por lo que se ha de perseguir acción pública aún y cuando no exista instancia particular. Aunque debo hacer la aclaración que al haber mencionado el interés público como circunstancia que convierte la acción Mixta en pública no solo incluye las circunstancias que analizo enseguida, sino que pudiera darse el caso de que la acción sea pública cuando no se da alguna de las circunstancias que expresamente regula la ley; Verbigracia la acción puede ser en el caso de la comisión del delito de violación continuada que grupos de delincuentes realizan en las carreteras, pues aunque las víctimas fueran mayores de edad y con plena capacidad para otorgar instancia particular, si estas no la otorgan, de todas formas es mayor el interés público de que se castigue a dichos delincuentes y de que se siga afectando a próximas víctimas, que el interés privado que cada una de las víctimas pueda tener en no otorgar la instancia particular.

LA MINORIA DE EDAD DE LA VICTIMA.

Segunda situación o circunstancia que obliga al Ministerio Público a perseguir acción Pública los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, la encontramos regulada de dos formas diferentes:

REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.

Al comentar lo apuntado en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, tengo que hacer la aclaración que la doble regulación existe únicamente en los delitos de Abusos deshonestos y Violación, que están regulados en el Código Penal como delitos sexuales, es decir que atentan contra la libertad y la dignidad sexuales, y no así en el Incesto, ya que en el Código Penal, no se regula nada respecto a la acción penal en cuanto a este delito, por lo que su regulación únicamente se encuentra en el Código Procesal Penal; Así mismo, como veremos, tampoco existe regulación en cuanto al Estupro.

Para hacer la aclaración correspondiente, indico entonces que el Decreto 17-73 del Congreso de la República, regula en el Título III del libro II, los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor, y en el capítulo VII, regula las sanciones comunes a estos delitos, expresando en el artículo 197 que "Los delitos mencionados en los capítulos I, II, III y IV anteriores serán perseguibles, únicamente mediante denuncia del agraviado... Sin embargo, serán perseguibles por acción pública: En caso de Violación y de Abuso deshonesto violento, si la víctima fuere menor de trece años..."

Con respecto al anterior hago un análisis para afirmar en primer lugar que no aparece en esta regulación el delito de Incesto. En segundo lugar, debe notarse que el delito de Estupro está regulado en el capítulo II del título apuntado del Código Penal, por lo que sí aparece en la regulación en cuanto a la persecución penal que hace el Decreto 17-73; únicamente en la parte general que indica que ha de perseguirse mediante acción pública dependiente de instancia particular, pues es a eso lo que se refiere cuando dice en el artículo citado que serán perseguibles únicamente mediante denuncia del agraviado, pero no formalice acusación; Pero no aparece en los casos de excepción que regula el artículo, para permitir que sean perseguidos mediante acción pública únicamente dicha, pues en el inciso 3º. indica únicamente que serán perseguidos



dante acción pública los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos en o de que la víctima fuera menor de quince años.

En tercer lugar quiero hacer notar que en el caso de la Violación, por estar indicada términos generales, incluye sus clasificaciones vistas en el capítulo III de este trabajo ando hablé de estos delitos en particular; No así el delito de Abusos deshonestos, pues no indiqué en el capítulo referido, el delito de Abusos deshonestos incluye varias mas o clases, y el Código Penal señala como perseguible por acción pública sin cesidad de instancia particular únicamente la forma o clase de Abusos deshonestos lentos.

REGULACION EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

En el artículo 24 Ter, en el inciso 4, el Código Procesal Penal, indica que han de guirse por acción pública dependiente de instancia particular los delitos de "Estupro, esto, Abusos deshonestos y Violación, cuando la víctima fuere mayor de dieciocho os; Si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública." Debe tenerse presente e de conformidad con el artículo 8 del Código Civil vigente, la mayoría de edad se quiere al cumplir dieciocho años.

Al respecto debo hacer notar que en el inciso referido, sí regula expresamente los tro delitos cuya persecución penal estudiamos en el presente trabajo, y no solamente Violación y los Abusos deshonestos como en el Código Penal. Sin embargo se puede ontrar un problema a cerca de la forma de interpretación del inciso anotado supra, en sentido de que la ley menciona "cuando la víctima fuere mayor de dieciocho años"; be preguntarse si esa condición la expresa únicamente para el delito de Violación o si condición también reguladora de la acción penal pública para los delitos restantes de tupro, Incesto y Abusos deshonestos. Para la solución de este problema de erpretación, tenemos que recordar que para la interpretación de la ley pueden uparse distintos métodos, entre los cuales podemos utilizar el método gramatical, el de conformidad con la Ley del Organismo Judicial, en el artículo 10, consiste en e "Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus labras..."; Así mismo el método contextual, el cual de conformidad con la Ley del ganismo Judicial en el artículo referido, consiste en interpretar la ley según "...su atexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales...". Como lo expresa García aynez, el método Gramatical consiste en interpretar la norma atendiendo al nificado de las palabras que la componen de acuerdo con el Diccionario de la Real ademia Española; Añadiendo que el método Contextual, consiste en interpretar la rma de acuerdo al conjunto de la ley y no en forma aislada. Ambos métodos onocidos como vimos en la Ley del Organismo Judicial en el artículo 10 y 11, dice rcía Maynez que se complementan.⁴ Por lo anterior, utilizando los dos métodos teriores, puedo afirmar que el legislador se refería a que todos los delitos incluidos en inciso 4) del artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, debían seguirse mediante ión Pública dependiente de instancia particular cuando la víctima fuere menor de ad. La afirmación que hago, la presento en base al análisis del inciso referido, en mer lugar por la forma en que se redactó dicho inciso, incluyendo los cuatro delitos e están separados por un signo de puntuación llamado "coma" (,) y al final de la



Violación” también se incluye una coma, por lo que se separa claramente del Violación la situación consistente en que la víctima sea mayor de edad, y en esta no es propia de este delito. De lo contrario, el legislador debió haber el inciso así: “4) Estupro, Incesto, Abusos deshonestos; y Violación a víctima fuere mayor de dieciocho años..”^{*}; Sin embargo el legislador no ; esa manera el inciso referido, sino que al separar con una coma el último alado (es decir la Violación) de la situación prevista, deja en igual posición a tes delitos señalados en el mismo inciso. En segundo lugar, arriba a la a que presento, en virtud de que posteriormente el legislador insiste que si la ere menor de edad, la acción será pública; y al confirmar dicha situación, no hacer referencia a alguno de los delitos en particular, por lo que debe e que el legislador expresó que si la víctima es mayor de edad, en los delitos o, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, la acción será pública pero te de instancia particular, mientras que si la víctima es menor de edad, la á pública propiamente dicha.

ALENCIA DE LA NORMA PROCESAL ANTE LA NORMA ADJETIVA.

stir dos cuerpos legales que regulan la acción penal en esta clase de delitos, nuevo problema a cerca de la validez de una o de ambas normas jurídicas. mer lugar quiero hacer memoria de que en el Código Penal, se regula la acción olica dependiente de instancia particular de todos los delitos sexuales; pero la la acción penal pública sin necesidad de instancia particular, de los delitos ón y de los Abusos deshonestos violentos; Por lo que la doble regulación en la acción penal de los delitos que estudiamos, sólo se da en cuanto a estos dos a el Código Penal.

oblema real, consiste en que la norma contenida en el Decreto 17-73 del de la República, establece que no se necesita de instancia particular, por lo de acción pública, los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos a víctima fuere menor de quince años.* (arto. 197 inciso 3°. Del Código or otro lado, la norma adjetiva procesal indica que el delito de Violación y los deshonestos serán perseguidos mediante acción pública cuando la víctima nor de edad.*

stir regulación de una misma situación en dos normas jurídicas diferentes y en egales diferentes, tenemos que analizar si existe contradicción entre ellas, pues rtrario no estaríamos frente a algún problema; Pero si por el contrario, existe ición entre ambas normas, estamos ante un problema de “concurso de leyes”, l la aceptación o aplicación de una norma jurídica implica el desplazamiento o bilidad de la otra norma jurídica; Situación que se encuentra al analizar las untadas.

CADO ES PERSONAL.



Para resolver el problema, se pueden aplicar varios criterios, de los cuales menciono dos, no sólo por ser los más adecuados al presente caso, sino porque son recogidos por nuestra legislación. El primer criterio, es denominado en la doctrina como el principio de "La especialidad de la ley", y consiste en que al encontrar dos normas en cuerpos legales diferentes, la norma que tendrá validez y supremacía es la norma especial sobre la norma general. Esto es reconocido en nuestra Ley del Organismo Judicial, en el artículo 13, que señala la Primacía de las disposiciones especiales, y que en su parte dispositiva establece que "Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales."

Al analizar las dos normas jurídicas en cuestión, puede observarse que la contradicción real estriba no en cuanto a elementos sustantivos del delito sino en cuanto a una disposición procesal como lo es la acción pública, por lo que al aplicar el criterio de Especialidad, consagrado como Primacía de las disposiciones especiales en nuestra Ley del Organismo Judicial, puedo afirmar que la disposición contenida en el Código Procesal Penal, que indica que si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública; es la que ha de aplicarse por su carácter de ley especial en cuanto a las disposiciones procesales, que incluye a la forma o clase de acción penal que se ha de ejercitar en estos casos; y se ha de aplicar con exclusión a la disposición contenida en la norma sustantiva que indica que será de acción pública si la víctima fuera menor de quince años.

El segundo Criterio, es además una complementación del primer criterio apuntado, y está consagrado en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, en el que se establece a cerca de la derogatoria de las leyes. Al respecto debe recordarse que la derogatoria puede ser total o parcial, y ésta última se puede producir como lo indica el inciso b) del artículo citado, "por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes"

Al hacer un análisis de las leyes en conflicto, podemos darnos cuenta que el artículo 197 del Código Penal, que regula la acción penal pública de estos delitos, es contenido del Decreto 17-73 del Congreso de la República, mientras que el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, está contenido en el decreto 79-97 del Congreso de la República por lo que al existir incompatibilidad entre esta última y la primera, se deroga parcialmente, en cuanto a la incompatibilidad existente, la norma más antigua, es decir la del Código Penal; Por lo que se confirma en este segundo criterio que prevalece la norma adjetiva, y en consecuencia, los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, deben ser perseguidos mediante acción pública, si la víctima es menor de dieciocho años y no de quince como lo regulaba para los últimos dos delitos mencionados el Código Penal.

1.3.- CUANDO EL DELITO ES COMETIDO POR FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO EN EJERCICIO O CON OCASIÓN DE SU CARGO.

Así lo señala el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo, indicando literalmente que "La acción para perseguir los delitos a que se refiere este artículo será de acción pública cuando fueren cometidos por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo".

No podría dejar de referirme a lo que es un funcionario público y un empleado público, para delimitar la circunstancia en que los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación deben ser perseguidos mediante acción Pública, aunque hago



ración que esta circunstancia modificativa no lo es sólo para estos delitos sino dos los contenidos en el artículo señalado.

cionario Público, dice el autor Calderón, es toda persona individual que ocupa un en la administración pública y que tiene facultades de decisión dentro del órgano istrativo en el que sirve. Así mismo, indica que Empleado Público, es una a individual que desempeña un trabajo o un servicio dentro de la administración a pero que no tiene facultades de decisión dentro del órgano administrativo. e hace el comentario que dentro del Derecho Administrativo moderno, está la cia de denominársele Servidor Público a toda persona que ejerce o que peña un trabajo de servicio dentro de la administración Pública.⁵

uendo esta última tendencia, la Ley de Servicio Civil, que es la ley especial que lo relativo a los funcionarios y empleados públicos en su relación con la istración pública, no da una definición de funcionario público ni de empleado o, pues prefiere denominarles "servidores públicos, indicando la ley mencionada artículo 4º. Que "Para los efectos de esta ley, se considera servidor público, la a individual que ocupe un puesto en la Administración Pública, en virtud de amento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el ueda obligado a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a o de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia istración Pública."

stante lo apuntado, debo hacer notar que para los efectos penales, cuando la ley ona a un funcionario público o a un empleado público, existen diferencias entre , esto según las definiciones que el Código Penal proporciona en las siciones Generales; en el artículo I.- e inciso 2º, el cual dice:

cionario Público: "Es quien por disposición de la ley, por elección popular o io nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter "

pleado Público: "Es quién sin facultades legales de propia determinación, realiza uta lo que se le manda, o desempeña labores de agente o guardián de orden o."

haber citado las dos normas jurídicas, podemos indicar que ambas se ementan, pues en la Ley del Servicio Civil se habla de un servidor Público en el, indicando que debe haber un nombramiento, contrato, o cualquier otro vínculo iente establecido, y en el Código Penal, específicamente se establece cuándo es nario público y cuándo se le puede denominar empleado público, estableciendo ncias claras entre ambos.

alizando ahora la circunstancia en sí, que modifica la acción penal para perseguir delitos por acción pública, debo apuntar que son dos los elementos que tienen que e presente y que son inseparables, siendo éstos, de conformidad con el párrafo do del Artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal los siguientes: a) Que el delito metido por funcionario o empleado público; y, b) Que el funcionario o empleado o cometa el delito en ejercicio o con ocasión de su cargo. Cómo podemos ar, no basta que se dé el primer elemento, sino que deben concurrir ambos, pues delito es cometido por un funcionario o empleado público; Pero



independientemente de su actuar como tal o aprovechando la posición que posee como tal, no existe el segundo elemento y el delito no ha de ser perseguido por acción pública, sino que ha de mediar siempre la instancia particular.

Haciendo un análisis comparativo de esta circunstancia, puedo indicar claramente que por la naturaleza de cada uno de los delitos cuya acción penal se investiga, es posible la comisión de la mayoría de ellos por un funcionario público o empleado público cuando estén en el ejercicio o con ocasión del cargo. Dentro de ellos, puedo afirmar que los delitos de Estupro, Abusos deshonestos, y Violación, por su naturaleza y sus elementos positivos, los cuales ya expliqué en un capítulo anterior, pueden ser cometidos por funcionarios públicos y empleados públicos en ejercicio o con ocasión de su cargo, no así el delito de Incesto, el cual al haberlo explicado en un capítulo anterior en el presente trabajo, nos lleva a la conclusión que por su naturaleza no puede ser cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión del cargo; Aunque si puede ser cometido por un funcionario público o empleado público, pero no puede en ningún momento cometerse en condiciones del segundo elemento mencionado y que forma parte de esa circunstancia que convierte la acción Mixta en acción pública.

Explicando un poco mejor lo apuntado anteriormente, indico que el delito de Incesto es un delito que como se indicó no atenta contra la libertad o seguridad sexuales, sino en contra del orden jurídico familiar, por lo que el funcionario público o el empleado público al momento de cometer este delito, está actuando como una persona común y normal, no como funcionario público, ni tampoco se puede aprovechar de la circunstancia de ser funcionario público o empleado público para cometer el delito, pues es un delito en el que hay voluntad de realizar el acto carnal no sólo por el servidor público sino también por el otro sujeto que conforma la pareja para realizar el acceso carnal, por lo que su condición de servidor público es independiente, lo mismo daría que no fuera funcionario o empleado público, pues el deseo de tener relaciones sexuales con la otra persona y la aceptación del otro sujeto con quién se tiene prohibido tener relaciones sexuales en virtud del parentesco cercano, se produce lógicamente de manera independiente del cargo que desempeña y tampoco se aprovecha de su cargo para lograr su propósito, pues si ese fuera el caso, estamos ante un concurso de delitos que pudiera ser el Acoso sexual, delito aún no tipificado en nuestro ordenamiento penal, o bien con el de Violación según el caso. Caso contrario sucede con los tres delitos restantes, en los que sí puede darse el caso de que un funcionario público aprovechándose de su cargo, se extralimite en sus facultades teniendo acceso carnal con ella, anulando su voluntad, o practicare actos sexuales distintos del acceso carnal, siempre anulando su voluntad, produciéndose así la comisión de los delitos de Violación y de Abusos deshonestos respectivamente; y en el caso del Estupro, aunque de una manera más difícil, considero que sí puede cometerse también, cuando el funcionario o empleado público mediante engaño relacionado con las facultades que él posee, logra mediante el vicio de la voluntad de la víctima, tener acceso carnal con ella, por lo que se produciría la comisión del delito señalado.

Hay otro comentario que quiero hacer constar, y es en cuanto a cómo definir realmente si el funcionario público y el empleado público están actuando en ejercicio o con ocasión del cargo. Al respecto, el Código Penal, establece en el último párrafo del inciso 2º. Del artículo 1, de las disposiciones generales literalmente lo siguiente: "Para los efectos de los dos párrafos anteriores, deberá entenderse que los funcionarios o empleados públicos ejercen continuamente sus funciones mientras no sean



18".* De lo señalado por este párrafo, surge un problema de interpretación de tal, pues si los funcionarios ejercen continuamente, debe entenderse entonces que los funcionarios están todo el tiempo en el ejercicio de su cargo mientras no sean cesados; en tal circunstancia cualquier delito que cometan los funcionarios o empleados públicos aún en actividades que nada tengan que ver con su cargo o empleo, cometido en su calidad de funcionario o empleado público, lo cual es posible. Un funcionario o empleado público puede incurrir en la comisión de un delito no como funcionario o empleado público, verbigracia un Homicidio al conducir un vehículo particular, cuando no está en actividades ni en horario de servicio; sería inconcebible indicar que como está ejerciendo continuamente el delito cometido como funcionario público o como empleado público. Si se aceptara tal interpretación, no tendría razón de ser la condición que indica el Código Procesal Penal que el funcionario debe haber cometido el delito en ejercicio de sus funciones o con ocasión del mismo. Si así fuera, tendría que aceptarse también que el Incesto sería cometido por el funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones con el sólo hecho de que se produzca el delito, pues está ejerciendo su función. Personalmente me inclino a pensar y a interpretar el párrafo de la ley en cuestión, como una forma por la que se indica que una vez el funcionario o el empleado público es nombrado, seleccionado, contratado, o cualquier otra forma legal de ingreso a la administración pública, comienza su ejercicio sin necesidad de que cada cierto periodo de tiempo se haga el nombramiento respectivo, sino que tal cargo o actividad perdura mientras él no sea removido del cargo, como en el caso de un Maestro de Educación Pública que es servidor del Estado, una vez sea nombrado como tal, no que cada año se haga un nombramiento, sino que tal servidor es empleado continuamente mientras no se le remueva del cargo. Esta es una Interpretación de la ley extensiva, pues si se interpreta literalmente caeríamos en serias dificultades, y al interpretar de manera extensiva el párrafo indicado de la ley penal que no se viola la misma pues mientras dicha interpretación favorezca al reo, se aplicará de conformidad con los principios que informan al Derecho Penal.

CUANDO EL DELITO SEA COMETIDO CONTRA INCAPAZ QUE NO TUTOR NI GUARDADOR.

En el tercer párrafo del artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal, el legislador establece una circunstancia por la que los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación pueden seguirse mediante acción Pública, sin necesidad de que medie denuncia particular; Esta circunstancia la establece cuando indica: "... Sin embargo se podrá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga tutor ni guardador, o contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador..."

Al analizar la parte conducente del párrafo transcrito, observamos que en el lugar que regula que ha de procederse de oficio cuando el delito es cometido en contra de un menor que no posee padres, tutor ni guardador, sin embargo esta circunstancia no hay que recordar que no es propia de los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, sino que es para todos los delitos incluidos en el artículo 24 del Código Procesal Penal; Pero ya vimos anteriormente, que en los delitos del

.....
INCAPAZ ES PERSONAL.

inciso 4) del artículo que estudiamos no se necesitan que el menor de edad no tenga padres o tutor ni guardador, pues éstos se persiguen mediante acción pública por el simple hecho de que el sujeto pasivo sea un menor de edad.

En la parte final del párrafo transcrito del artículo citado, se indica que también se siguen de oficio cuando el delito fuere cometido contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador.

Aunque no profundizaré sobre algunas instituciones por ser más de carácter civil que penal, si me referiré a algunas que son muy importantes para dejar en claro la circunstancia que explico en el presente apartado, por lo que en primer lugar considero necesario recordar que es la incapacidad o quién es un incapaz. El Código Civil regula en el artículo 8°. La capacidad de ejercicio, pues es con relación a ésta que se utiliza el término incapaz; El mismo establece que la capacidad de ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Aunque indica que esa capacidad es para ejercitar los derechos civiles, no existe en la ley penal una definición de capacidad o incapacidad por lo que en forma supletoria debemos aplicar la ley civil para determinar la capacidad. El artículo 9°. del Código Civil Regula específicamente la incapacidad, indicando que "Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción..." Omito la parte final del artículo citado por tener relación únicamente con cuestiones civiles pues se habla de exposición a graves perjuicios económicos, que nada tiene que ver con el tema tratado. Lo anterior ha de complementarse con el artículo 406 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el que se regula la forma de un trámite voluntario ante un juez de primera instancia civil para la declaratoria de la Incapacidad por interdicción.

Puedo indicar entonces, que cuando se menciona que el delito sea cometido contra un incapaz, se está refiriendo a una persona mayor de edad, que no posee por cualquier motivo la capacidad de discernimiento. En el Código Penal, aunque no de una manera expresa, considero que cuando habla de las causas que eximen de responsabilidad penal, en el artículo 23, inciso 2°. se está refiriendo a los incapaces, cuando señala "quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho..." Personalmente creo que lo transcrito y que es contenido del Código Penal, puede aplicarse también a una idea de la Incapacidad del sujeto pasivo del delito, y es a la que se refiere el Código Procesal Penal en la situación que se estudia en este apartado y no a una incapacidad general o física que trataré más adelante. De tal manera que podría decirse que el incapaz que fue sujeto pasivo del delito y quién tendría la facultad de iniciar mediante instancia particular la persecución penal, "es la persona que al momento de poderse otorgar la instancia particular, no posee, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender la facultad que la ley le otorga como persona legitimada para otorgar la instancia particular para la persecución penal de un delito en el que el sujeto pasivo ha sido él."

La declaración de incapacidad, indiqué anteriormente que de conformidad con el Código Procesal Civil, se da a través de una resolución judicial previo el trámite de un juicio voluntario. Sin embargo, por la naturaleza diferente del Derecho Penal, no es aceptable el mismo procedimiento en el Proceso Penal, pues de lo contrario, esa causa de incapacidad que exime de responsabilidad penal a una persona que fue el sujeto activo de un delito, sólo podría alegarse si anteriormente ya existiera la declaración de un juez Civil de la Incapacidad del sujeto activo; lo cual no siempre ocurre, aunque





darse el caso. De igual manera no puede solicitarse una declaración Judicial de Civil para declarar incapaz a una persona que fue el sujeto pasivo del delito para posteriormente se inicie mediante acción pública la persecución de un delito que iba instancia particular; Sino que en el proceso penal, ésta es una valoración al que por existir laguna legal al respecto, debe determinarse como en la práctica establecido; Y la práctica indica que en este caso, no se necesita una declaración de incapacidad, ni del ramo civil ni del ramo penal, sino es el órgano de la acción penal quién hace una valoración del caso y si considera que la persona está en estado de incapacidad, procede a actuar de oficio; lo cual considero correcto y el interés en juego puede procederse, ya que no es un interés individual el que violentado sino un interés general, y no estando en capacidad de hacer la valoración el sujeto pasivo del delito sobre si es conveniente o no proceder a la acción penal, y no existiendo tampoco persona legitimada para hacer esa valoración de la cual hablé ampliamente en el capítulo primero de este trabajo; es el Jefe Público quién debe hacer esa valoración.

Lo más importante es recordar la institución de la tutela, que es mencionada en el artículo 293 del Código Procesal Penal, para complementar los elementos de la circunstancia que concurre con la acción Mixta, convirtiéndola en Acción Pública. La tutela, es una institución jurídica a la que está sujeta una persona ya sea menor de edad si no está bajo la patria potestad y los mayores de edad que han sido declarados incapaces y que no tienen padres que ejerzan la patria potestad, para el cuidado y protección de su persona y sus bienes. Así lo podemos deducir del artículo 293 del Código Civil que dice: "El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a la tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela si fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tiene padres."

Anteriormente comenté que no hago mucho énfasis en lo relacionado en estas situaciones con la minoría de edad, pues como ya indiqué, por declaración del Jefe Público en el Código Procesal Penal, si los delitos de Estupro, Incesto, Abusos sexuales y Violación son cometidos contra un menor de edad, se procede a la acción penal por medio de acción pública. Por lo anterior, nos interesa recalcar en la ley de un mayor de edad, pues al haber sido declarada incapaz por estado de interdicción una persona, de conformidad con la ley civil, debe sujetársele a la tutela, y en consecuencia se le nombra un tutor a quien también se le denomina guardador del incapaz posee bienes.

Anteriormente indiqué en este apartado, que es posible que al momento de cometerse el hecho delictivo, el sujeto activo del delito ya haya sido declarado con anterioridad por el Jefe competente del ramo civil en incapacidad por estado de interdicción, por lo que la causa exigente de responsabilidad penal por una declaración anterior, sin embargo no siempre es así, y lo más común es que sea el Tribunal de Sentencia Penal el que declare. De la misma manera, es posible que el sujeto pasivo del delito, con anterioridad a la comisión del hecho delictivo haya sido declarado por un Jefe competente del ramo Civil, Incapaz por estado de interdicción, caso en el cual pudo haberle nombrado tutor o guardador si así correspondía. Si ese fuera el caso, el Jefe Público debe abstenerse de ejercitar la acción penal pública, pues no se establece la circunstancia que establece el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal ya que no basta únicamente la incapacidad del sujeto pasivo del delito, sino que



mpoco debe tener tutor o guardador. Caso contrario sucede si el sujeto pasivo del delito no ha sido declarado incapaz por estado de interdicción, es lógico que no tiene mbrado Tutor, por lo que allí si se complementa la circunstancia de que el sujeto sivo del delito es incapaz y no tiene tutor ni guardador, por lo que la acción penal será blica y el Ministerio Público debe proceder de oficio.

Aunque el Código Procesal Penal no lo establece, cabe mencionar que como ya se licó al transcribir el artículo 293 del Código Civil, puede ser que el mayor de edad clarado incapaz tenga padres, por lo que en este caso, no tiene tutor, porque la stitución que se establece en este caso es la Patria Potestad; En consecuencia debe erse presente que para que el Ministerio Público pueda proceder de oficio es decir rcitar la acción penal pública, es necesario que el sujeto pasivo del delito sea mayor edad, incapaz, y que no posea tutor o guardador, ni padres que ejerzan la patria testad.

5.- CUANDO EL DELITO SEA COMETIDO CONTRA UN INCAPAZ POR UNO E SUS PARIENTES, POR UN TUTOR O GUARDADOR.

En el inciso anterior expliqué la situación de que el delito de Estupro, Incesto, usos deshonestos y Violación, hubieren sido cometidos contra un incapaz que no nía padres, que ejercieran la patria potestad ni tutores o guardadores. En el presente ciso, analizo la situación cuando el sujeto pasivo del delito es también un incapaz; ro la diferencia está con el anterior, en el sentido de que este incapaz si tiene padres, ie ejercen la patria potestad, o tutores o guardadores, consistiendo la circunstancia real ie convierta a la acción Mixta en Pública, el hecho de que el delito es cometido por io sus parientes, o por el mismo tutor o por el guardador.

El artículo 24 Ter, en la parte final del párrafo 3º. Indica que “ Sin embargo se ocederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga dres, tutor ni guardador, o contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador, o ando fuere cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley, tutor o ardador.”*

En esta circunstancia deben observarse varias situaciones; La primera que quiero ocer notar es que si el delito es cometido contra un incapaz (mayor de edad como se ha alizado) por sus parientes pueden darse varios casos.

Antes de analizar esos casos que pueden presentarse, debo recordar que el parentesco un vínculo jurídico que une a las personas por lazos sanguíneos o de afinidad o de la relación de carácter civil. Así lo reconoce el Código Civil en el artículo 190, que dica “La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de inidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre adoptante y el adoptado...” Sin entrar a explicar las líneas y los grados, debe tenerse esente cada uno de estos elementos para comprender el alcance de la acción penal iblica, pues en la práctica se reconoce como parientes a personas que no lo son de mformidad con la ley, por lo que en estos casos no debe procederse mediante acción iblica.

Analizando el primer caso que puede presentarse si el delito es cometido contra un capaz por sus parientes, es que el sujeto pasivo sea alguno de sus padres. En tal

EL REMARCADO ES PERSONAL.



cia, no es indispensable que el sujeto pasivo del delito haya sido declarado ante que incapaz por estado de interdicción, por un Juez competente del il, pues la ley no exige que el padre esté en ejercicio de la patria potestad, que ocurriría únicamente si existiera declaración judicial de incapacidad, sino únicamente exige que sea pariente. Basta con que el delito sea cometido por los padres, para que el Ministerio Público proceda inmediatamente de oficio. En este comentario, con el artículo 197 del Código Penal, en el inciso 2º. se sirve también para el análisis de otros casos o situaciones que analizo el citado artículo indica: "Sin embargo serán perseguibles por acción pública: el delito fuere cometido por el padre, la madre, el tutor o la persona encargada o de hecho, de la guarda o custodia del ofendido."

En todo caso que puede presentarse, es que los parientes que cometan el delito en un incapaz, no sean ninguno de sus padres, sino cualquier otro pariente dentro de los grados de ley. En este caso, personalmente considero que el Ministerio Público no debe proceder inmediatamente de oficio y ejercer la acción penal pública, por lo que a continuación apunto: El Ministerio Público debe tener mucho cuidado de no proceder de oficio a la ley al iniciar de oficio la acción penal pública, cuando la ley la ha limitado a la instancia particular. De la lectura del párrafo tercero del artículo 24 del Código Procesal Penal, pareciera que basta con que el sujeto pasivo sea incapaz y el sujeto activo sea cualquiera de sus parientes dentro de los grados de ley para que el Ministerio Público proceda de oficio, sin embargo ese artículo hay que leerlo en conjunto con el análisis del artículo 197 del Código Penal que al regular la acción penal de los delitos sexuales, indica que éstos "serán perseguibles, únicamente si el denunciado, de sus padres, abuelos, hermanos, tutores o curadores..." Hago notar, que el Código Procesal Penal establece qué delitos deben perseguirse mediante acción pública dependiente de instancia particular; Pero no señala en el artículo quienes son los legitimados para otorgarla, y como se explicará más adelante en el próximo capítulo, el orden indicado en el Código Penal debe ser respetado. Si el incapaz no puede hacer la valoración del daño posterior que se causa al cometer los delitos que tratamos en este trabajo, no puede inmediatamente intervenir el Ministerio Público a hacer esa valoración, pues el orden establecido en el Código Penal, es que quienes tienen que hacerlo son los padres y así sucesivamente. Si el delito es cometido por los padres el Ministerio Público debe respetar la valoración del delito que puede causarse, valoración que deben hacerla los padres, pues como se verá en el capítulo I de este trabajo, ese es el criterio que hace abstenerse al Ministerio Público de perseguir de oficio esos delitos; De lo contrario se estaría dejando de lado y no tendría razón de existir la legitimación que tienen los padres para intervenir en la instancia particular. Sostengo, que el artículo 197 del Código Penal, no es el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, sino que lo complementa; Por lo tanto en los casos en que se agota la persona indicada para otorgar la instancia particular debe intervenir el Ministerio Público, o cuando la persona legitimada para intervenir en esa instancia particular está en contraposición de intereses por haber sido él el sujeto activo del delito.

En cuanto a que el delito sea cometido por el tutor o guardador, pueden darse también dos situaciones; La primera es que la tutela o guarda sea judicial, y esto nos hace ver el Código Procesal Penal, al mencionar que el delito sea cometido por el tutor o guardador, situaciones que indican que existe declaración judicial anterior



de incapacidad del sujeto pasivo del delito y que incluyó nombramiento de tutor o guardador; Sin embargo nuevamente al complementarlo con el artículo 197 inciso 2º. del Código Penal, nos damos cuenta que esa guarda o custodia del incapaz puede ser conforme a la ley o de hecho; Por lo que no necesariamente tiene que existir declaración judicial anterior de incapacidad del sujeto pasivo y en consecuencia tampoco un discernimiento judicial de guarda o custodia del incapaz, sino que basta con que esa custodia se produzca de hecho, y que el sujeto activo del delito sea esa persona que tiene la guarda o custodia del incapaz, para que el Ministerio Público ejerza la acción penal pública.

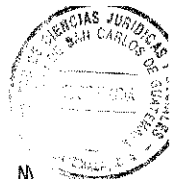
Concluyo este apartado, indicando que considero que existe una situación no prevista en el Código Procesal Penal, cuando al regular que la acción debe ser Pública en el caso de que el delito sea cometido por los parientes del incapaz o por el tutor o protutor, no consideró en dicha circunstancia, que el delito fuera cometido por los parientes dentro de los grados de ley del tutor o protutor, pues considero que en ese caso existe contraposición de intereses en el legitimado a otorgar la instancia particular y que es la razón principal de convertir la acción Mixta en acción Pública.

2.6.- CUANDO LA PERSONA AGRAVIADA ES MAYOR DE EDAD Y ES INCAPAZ POR SU EDAD U OTRAS CIRCUNSTANCIAS.

Esta última circunstancia que considero modifica la acción penal Mixta en acción pública, no está contenida en el Código Procesal Penal, sino que únicamente está contenida en el artículo 197 del Código Penal, cuando establece: "...Sin embargo serán perseguibles por acción pública: 1º. Si la persona agraviada careciere por su edad o por cualquier otra circunstancia, de capacidad para acusar..."

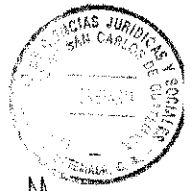
Al analizar el inciso anterior, se debe tener presente que la capacidad es un atributo de la persona, y dentro de su clasificación encontramos a la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, a la cual hace mención el artículo 8 del Código Civil ya citado anteriormente. Se indicó que la capacidad de ejercicio se adquiere al cumplir la mayoría de edad, es decir dieciocho años, lo que indica que las personas menores a dieciocho años carecen de esa capacidad. Sin embargo, no todas las personas que tienen dieciocho años o más son personas que tengan la capacidad de ejercicio, es decir de hacer valer sus derechos; Algunas de esas personas son declaradas incapaces por estar en estado de interdicción, y ya explicamos por qué razones se debe declarar en estado de interdicción a una persona. Ya expliqué también la incapacidad en estado de interdicción como circunstancia que modificaba la acción Mixta convirtiéndola en Pública, sin embargo la incapacidad a la que hace mención el Código Penal en el artículo citado, es diferente a la incapacidad por estado de interdicción que puede sufrir una persona mayor de edad.

Cuando el Código Penal indica que el agraviado carece de capacidad para acusar, debe entenderse que carece de capacidad para otorgar la instancia particular, pues no es necesariamente la acusación la que debe presentar el agraviado en esta clase de delitos; Esta incapacidad puede ser en primer lugar específicamente por la edad del agraviado. Por supuesto que con relación a la edad, es incapaz quién no ha cumplido dieciocho años; pero no solamente los menores de edad, pues ya dijimos que en ese caso la acción es pública por la regulación contenida en el Código Procesal Penal; Sino que también puede serlo una persona que tenga muchos años. No hay una edad específica que pueda



se como límite máximo para decir que hay capacidad, pues eso dependerá del físico de cada sujeto. Así podemos encontrar personas que con setenta años ser ya incapaces para determinados actos, otros de ochenta y en cada persona capacidad. Por lo tanto cuando el Código Penal regula en el artículo 197 inciso incapacidad por la edad, se está refiriendo especialmente a las personas de edad la y no a la insuficiencia de mayoría de edad.

solamente las personas de edad avanzada pueden carecer de capacidad para la instancia particular, sino también puede existir ésta por diferentes causas como lo señala el artículo citado. Como ejemplo puedo citar el caso de la incapacidad de una mujer que sea parapléjica o que como consecuencia de la violación se encuentre en ese estado; En ese caso, la mujer si es mayor de edad es la única legitimada para otorgar la instancia particular, Pero por su incapacidad para otorgar la instancia particular, el Ministerio Público puede proceder a ejercitar la acción penal pública. Pero hacer notar que aunque el término utilizado por el Código Penal es que de capacidad, ésta no debe confundirse con la capacidad de ejercicio común, sino se refiere a falta de capacidad, el legislador se refiere a Imposibilidad; y tampoco se refiere a falta de capacidad para acusar, sino a la imposibilidad de otorgar la instancia particular.



CAPITULO V.

ACCION PENAL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.

Anteriormente analicé las condiciones que hacen que los delitos señalados sean perseguidos mediante acción pública, es decir que no necesiten ninguna autorización por parte de alguna persona particular. En este apartado quiero referirme a las situaciones en las que los delitos que menciono supra, son perseguidos mediante acción pública pero dependiente de una instancia particular, acción que como vimos anteriormente se denomina doctrinariamente acción penal Mixta.

Quiero comenzar indicando que en términos generales el artículo 24 Ter, del Código Procesal Penal, que fue adicionado por el Decreto 79-97 del Congreso de la República, hace una clasificación de los delitos que han de ser perseguidos mediante la acción penal Mixta, por lo que todos ellos han de necesitar de la instancia particular para que el delito de la persecución penal estatal pueda ejercer la acción penal. De esos delitos, me refiero a analizar los delitos contenidos en el inciso 4) del artículo procesal mencionado, el cual comprende los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación.

SITUACIONES EN LAS QUE LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION; SE PERSIGUEN MEDIANTE ACCION PENAL MIXTA.

PERSECUCION PENAL DEL DELITO DE ESTUPRO.

Comienzo citando nuevamente el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, en el inciso 4) que literalmente dice: "Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, cuando la víctima fuere mayor de edad".

Como indiqué en el capítulo anterior, mi opinión en la que afirmo que el legislador al introducir el inciso citado, indica que todos los delitos allí incluidos (el Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y la Violación) se perseguirán mediante acción penal pública dependiente de instancia particular cuando la víctima fuere mayor de edad.

Al contrario sensu, podríamos inferir que cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la acción penal en esta clase de delitos ha de ser pública.

Recordando la parte sustantiva que incluí en el presente trabajo de cada uno de los delitos mencionados en el inciso en referencia del artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, indiqué que dentro de los elementos de dicho delito, se encuentra el sujeto pasivo obligatoriamente tiene que ser una mujer que a su vez obligatoriamente debe reunir ciertas condiciones, siendo la primera que la edad de la víctima sea menor de dieciocho años y la segunda, que la mujer sea honesta.

Por lo anteriormente apuntado, se debe concluir, que no puede existir delito de Estupro, si la víctima es mayor de dieciocho años, por lo que el legislador no observó en el delito de Estupro no podría ser perseguido mediante acción Mixta, pues el sujeto activo del delito será siempre una persona menor de edad. Sin embargo, no puede

haber una interpretación correcta de la ley si no se interpreta de acuerdo al contexto de la misma, y el contexto no incluye únicamente la norma adjetiva sino también la norma sustantiva que indica en el artículo 197 que el delito de Estupro, al igual que la Violación, Abusos deshonestos y el Rapto, "serán perseguibles únicamente mediante denuncia del agraviado..." Lo que indica que el delito de Estupro es perseguido únicamente mediante acción penal Mixta, y queda excluida de la condición de que la víctima sea mayor de edad para poder ser perseguido mediante este tipo de acción penal.

1.2.- PERSECUCION PENAL DEL DELITO DE INCESTO.

Continuando con el análisis de la persecución penal a través de la acción penal, me refiero ahora a la persecución penal que ha de tener el delito de Incesto. El artículo procesal citado en el inciso referido, incluye al delito de Incesto en la lista de delitos que han de ser perseguidos mediante acción pública dependiente de instancia particular siempre que la víctima sea mayor de edad.

Recordando nuevamente la parte sustantiva explicada en este trabajo, respecto a este delito, encontramos que los elementos personales del mismo son un hombre y una mujer que conociendo el parentesco que les une como ascendientes, descendientes o hermanos, yacen, es decir realizan el acto sexual violentando de esa manera el orden jurídico familiar establecido por el Estado. Sin embargo, hay que recordar que todo delito, ha de tener como sujeto pasivo a persona mayor de edad, pues el menor es inimputable, de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, por lo que en el delito de Incesto pueden darse las siguientes variantes:

- a) Que el acto del yacimiento sea ejecutado por hombre y mujer menores de edad. En este caso, lo que encontramos es una acción que se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal como delito, sin embargo por existir una causa eximente de responsabilidad penal, para ambos sujetos, la existencia del delito se ve afectada pues no hay sujetos a quienes se les pueda imputar el delito, por lo que hay ausencia del delito, y lo que existe es una acción de menores de edad que debe ser corregida a través de un procedimiento especial para los menores. Es decir que no hay una acción penal pública ni acción penal pública dependiente de instancia particular, pues hay ausencia de acción penal contra ellos.*
- b) El siguiente caso, que puede suceder, es que una de las personas que realiza el yacimiento, ya sea el hombre o la mujer, sea menor de edad, y la otra persona sea mayor de edad. En este caso, debe tenerse cuidado de que en primer lugar si es la mujer quién es menor de edad, tenga por lo menos doce años, pues de lo contrario estamos ante la comisión del delito de Violación agravada aún y cuando ella preste su consentimiento, pues hay un concurso ideal de delitos; Así mismo estamos ante el delito de Violación si el yacimiento o acceso carnal se logra en contra de menor de edad pero mayor de doce años, si ella no prestó su consentimiento para la realización del acceso carnal. De conformidad con lo expresado por el Código Procesal Penal, cuando la víctima es menor de edad, el delito de Estupro ha de ser perseguido mediante acción pública, y no necesita de instancia particular para que el

* VER ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA Y EL DECRETO 78-79 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, CODIGO DE MENORES



errio Público ejercite la acción penal. Hay que advertir que en el delito de la víctima aún y cuando la persona es menor de edad no es ella mente, pues no es un delito en el que se anule o vicie la voluntad sexual de la a, pues ella presta su consentimiento libre para realizar el acceso carnal con la rsona mayor de edad. Debe recordarse que el Incesto es un delito que va en del orden jurídico familiar por lo que no hay una víctima directa e individual ito, sino toda la familia se ve afectada por el delito de Incesto, y no solamente ilia a la que pertenecen los sujetos del delito de Incesto, sino de manera l la sociedad. Sin embargo existe dentro de la familia afectada una persona de edad, quién no es sujeto pasivo del delito porque presta su consentimiento i realización del yacimiento, pero tampoco es sujeto activo del mismo por ser ritable y carecer de responsabilidad penal, por lo que debe tenerse como parte ada, pues es parte de la familia agraviada, y en consecuencia la acción penal a situación debe ser Pública. Si lo analizado anteriormente no fuera tan icente para algunos, debe tenerse presente que el Código Procesal Penal, como en el capítulo anterior, indica que los delitos que señalados en el artículo 24 e han de perseguir mediante acción pública dependiente de instancia ilar, salvo cuando mediaren razones de interés público, el cual ya fue ado en dicho capítulo, y en el presente caso, el que una de las personas sea de edad, convierte el caso en una situación de interés público, por lo que se ma que la acción penal en esta situación de Incesto debe ser pública.

mo caso que puede presentarse en la comisión del delito de Incesto, es que los jetos activos del delito sean mayores de edad. Esta es la forma del delito de o que actualmente es perseguido mediante acción pública dependiente de cia particular, pues en los dos casos anteriores es contraproducente totalmente l ejercicio de la acción penal dependa de la instancia de una persona; Sin go surge el problema de quién es la persona legitimada para otorgar la cia particular; Problema que analizo dentro de este capítulo más adelante.

RESECUCION PENAL DEL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS Y ION.

os dos delitos, no se encuentra mucho problema, pues ambos delitos deben ser os por acción pública cuando la víctima fuera menor de edad; Por lo que tales eden ser perseguidos por acción pública dependiente de instancia particular i víctima sea mayor de edad.

stante lo anterior, debe tenerse presente que cuando medien razones de interés a acción penal Mixta, se convierte en acción penal Pública, en virtud de que el ivado de la víctima debe ceder ante el interés público o general. Verbigracia ; anteriormente el caso de Violación continuada de personas mayores de edad os de asalto en una carretera, en este ejemplo encontramos que aunque las on mayores de edad, existe un interés público en que los sujetos activos del Violación sean castigados y corregidos mediante la imposición de una pena, e el interés privado de las víctimas cede ante el interés general de prevención tinuidad del delito.



2.- LEGITIMACION ACTIVA PARA OTORGAR LA INSTANCIA PARTICULAR.

Como se ha dejado plasmado en el informe del presente trabajo, la acción Mixta necesita para ser ejercida por el órgano de persecución penal estatal de un presupuesto procesal denominado instancia de parte, por lo que es necesario dejar bien claro quienes son las personas legitimadas para otorgar esa instancia particular.

2.1.- LEGITIMACION ACTIVA PARA OTORGAR LA INSTANCIA PARTICULAR EN EL DELITO DE INCESTO.

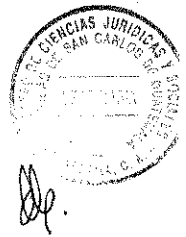
Expliqué anteriormente que la variante en la que el delito de incesto puede ser perseguido mediante acción mixta, es cuando ambos sujetos son mayores de edad. Esto ha quedado muy claro, sin embargo existe un problema aún con respecto a quién o quienes son las personas legitimadas para otorgar la instancia particular en este delito.

El Código Procesal Penal, regula muy poco con respecto a los legitimados para otorgar la instancia particular, y cuando lo hace se refiere más a los restantes delitos que al incesto. Así encontramos que en el artículo 24 Ter en el párrafo 3°. Indica textualmente: "En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, la instancia particular podrá efectuarla quien ejerza su representación legal o por su guardador..."

Como podemos darnos cuenta, el único caso que regula el Código Procesal Penal, es un caso general, indicando que si la víctima fuera menor de edad o si es incapaz, debe otorgar la instancia de parte el representante o guardador. Este caso no es aplicable ni al Incesto, ni a los otros delitos incluidos en el inciso 4) del artículo procesal citado, pues con relación al Incesto ya se indicó que el único caso en el que se permite que la acción pública dependa de la instancia particular es cuando los dos sujetos son mayores de edad, de lo contrario la acción es pública y no necesita de la instancia particular.

Partiendo del análisis del Párrafo del artículo 24 Ter del Código Procesal Penal transcrito supra, puedo afirmar que en forma omitida el Código indica que en todos esos delitos quién tiene la legitimación activa para dar la instancia particular es en primer término la víctima y sólo en forma subsidiaria el representante legal o guardador, Pero esa forma subsidiaria se da cuando concurren ciertas circunstancias, y es que la víctima sea menor de edad o incapaz. El problema se ahonda más pues si quienes mantienen el acceso carnal son sujetos y no hay una víctima directa, debe empezar por definirse quienes son las víctimas en el delito de incesto para poder encontrar quién es el legitimado para otorgar la instancia particular.

Aún cuando ya analicé en el capítulo III la parte doctrinaria y legal del contenido de cada uno de los delitos incluyendo al Incesto, debo recordar que la clasificación legal que se ha hecho en nuestro medio, es en base a la protección de valores jurídicos, y en esa circunstancia podemos analizar también quienes son las personas que ven disminuidos o quebrantados esos valores jurídicos al momento de la comisión del delito. Por eso al analizar el delito de Incesto, debe tenerse presente que según nuestro ordenamiento Penal sustantivo, el delito de incesto ataca el valor jurídico denominado Orden jurídico familiar. En base a lo anterior, personalmente me inclino a pensar que la víctima o víctimas del delito de Incesto es en primer lugar la familia de los sujetos que están cometiendo el Incesto, pues es su moral familiar y su unidad y seguridad familiar la que se está poniendo en peligro; Y sólo en segundo término la sociedad en general



entirse agraviada por el Incesto que se está cometiendo por otros. En base a lo que, considero que quienes están legitimados a otorgar la instancia particular son los miembros de la familia afectada, siempre y cuando sean mayores de edad, pues es lo que el Código Procesal Penal exige.

Entonces, cabe preguntarnos si el delito de Incesto puede ser perseguido por el Ministerio Público si la instancia particular no es otorgada por ningún miembro de la familia afectada; Pero sí es denunciado por personas ajenas a esa familia, que son vecinos y que no sólo el orden jurídico familiar de esa familia está siendo atacado sino también el orden jurídico familiar de ellos como vecinos. Personalmente me inclino por una respuesta negativa. Si los afectados directamente no la otorgan estando en la capacidad de hacerlo, equivale a una negativa del otorgamiento de la instancia particular y no puede otorgarla otro en contra de la decisión del legitimado principal. Como veremos en los demás delitos, veremos que el orden es excluyente y sólo cuando la instancia particular es otorgada por el legitimado principal, se le permite que subsidiariamente hacer el siguiente legitimado.

Entonces, al ver que esa opinión va en contra del interés público, sin embargo creo que desde el legislador lo incluyó dentro de los delitos que deben perseguirse mediante acción particular dependiente de instancia particular, se sacrificó el interés público para respetar los derechos de los afectados como en los demás delitos de esta categoría; y si no se respeta el principio de subsidiariedad y va a perseguirse con cualquier denuncia, entonces no estamos ante la acción penal Mixta, la cual ya expliqué ampliamente para no caer en este momento en conclusiones precipitadas, sino que el delito de incesto sería como cualquier otro que debe ser perseguido de oficio sin excluir por supuesto una denuncia de cualquier particular. Al respecto, exponiendo mi criterio a cerca de la forma correcta de interpretación y aplicación de la ley al caso concreto, y no manifiesta mi criterio a cerca de la conveniencia o inconveniencia de que este delito sea perseguido mediante la acción penal Mixta, pues esto lo haré en el capítulo final de este trabajo.

LEGITIMACION ACTIVA PARA OTORGAR LA INSTANCIA PARTICULAR EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.

Como ya indiqué anteriormente, el Código Procesal Penal únicamente se refiere en forma muy amplia a cerca de los legitimados a otorgar la instancia particular en estos delitos. Sin embargo el problema no es tan agudo como en lo relacionado al delito de Incesto pues en los tres delitos que señalo en el subtítulo que desarrollo, si existe una disposición sustantiva que lo regula en forma completa.

El Código Penal, regula en el artículo 197 la acción penal de los delitos de Rapto, Abusos deshonestos y Violación, aunque por nuestro tema de estudio me interesa especialmente los últimos tres mencionados. Dicho artículo indica que tales delitos "Serán perseguibles únicamente mediante denuncia del agraviado, de sus abuelos, hermanos, tutores o protutores o, en su caso del Ministerio Público, no formalicen acusación".

Respecto a lo mencionado en la parte final, debe tenerse presente lo que expliqué anteriormente respecto al órgano de la persecución estatal, relatando la historia y evolución de esa institución en Guatemala. Allí se hizo ver que el Ministerio Público era



parte de la Procuraduría General de la Nación y que no había necesidad de que el Ministerio Público se encargara de la acusación en los procesos penales pues por ser un sistema inquisitivo, el procedimiento era promovido de oficio por el juzgador. En ese sentido, cuando la ley indica que la denuncia la puede hacer el Ministerio Público se refería a los casos en los que el Ministerio Público tuviera algún interés especial y no al ejercicio propiamente dicho de la acción penal pública, pues de lo contrario no estaría hablando de acción Mixta.

Ahora, con respecto al orden que menciona el Código Penal, es interesante observar que lo hace de una manera ordenada y correcta, pues no indica que pueden hacerlo cualquiera de ellos, sino que debe entenderse que ese orden es un orden excluyente, por lo que debe respetarse el orden indicado. Si alguna víctima pudiendo otorgar la instancia de particular, no la otorga, no puede hacerlo en forma contradictoria otra persona de las allí mencionadas, pues debe recordarse que el interés de la persona agraviada en que no se le cause más daño es el que se respeta para que no sea pública la acción, de lo contrario si se ha de aceptar el otorgamiento de la instancia particular en contra de la voluntad negativa expresa o tácita de la víctima, la acción debería ser pública. Así lo entiende el abogado Natael portillo, cuando expresa en su tesis de graduación que: "De conformidad con el artículo 197 del Código Penal, que señala a los titulares de la acción, diremos que la denuncia habrá de hacerse por el orden indicado, o sea que priva un criterio de prelación, es decir que no se reconoce este derecho a todas las personas referidas, si no se otorga en un orden sucesivo gradualmente excluyente y eficaz en una sola persona, este criterio lo he experimentado en la práctica tribunalicia que me ha dado la judicatura de paz penal. En ese sentido, formulada la denuncia por cualquiera de las personas indicadas no cabe presentarse por las sucesivas; Y si las personas situadas en rango preferente no quieren presentar denuncia, no cabe admitir acción de los que le siguen; Así no es admisible la denuncia presentada por el padre de la víctima cuando ésta es mayor de edad y no quiso hacerlo, pues ella podrá comparecer personalmente a denunciar."¹ Aunque lo escrito contiene algunos vicios como cuando indica que los mencionados en el artículo 197 del Código Penal son los titulares de la acción, y lo correcto es decir que ellos son los legitimados a otorgar la instancia particular, pues la acción es ejercida por el Ministerio Público y no por los allí mencionados; Se puede observar claramente que el citado autor con cierta experiencia en el ejercicio de la judicatura de paz penal, afirma que ese orden es un orden excluyente es decir en forma gradual, tal y como lo expresé anteriormente.

El artículo 197 del Código Penal estudiado, debe complementarse con el artículo 117 del Código Procesal Penal, el cual aunque no se refiere específicamente al otorgamiento de la instancia particular, si menciona a las personas que la ley considera como agraviadas, por lo que algunos de ellos pueden otorgar la instancia particular aún y cuando no los menciona el artículo 197 del Código Penal citado, siendo éstos: Los cónyuges, los hijos de la víctima y la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito.

En mi opinión, al conjuntar dichos artículos, el orden excluyente en el que se tiene la facultad de otorgar la instancia particular queda así: La víctima, su cónyuge, los hijos de la víctima (Si son mayores de edad), los padres de la víctima, los hermanos, el o la conviviente de hecho de la víctima, el tutor o guardador.

¹ PORTILLO ORELLANA, NATAEL. Conocimientos Civiles en los delitos de Violación, Estupro y Rapto. Pág. 16.



FORMAS DE OTORGAR LA INSTANCIA PARTICULAR.

Es posible que se deje de analizar en este título, lo relacionado a las formas en que se otorga la instancia particular, pues como hemos indicado la instancia es un presupuesto fundamental para el ejercicio posterior de la acción penal por el Ministerio Público. De allí su importancia, pues siendo un presupuesto tal debe respetarse su otorgamiento y existencia, pues de lo contrario podría ser con el sobreseimiento del proceso por falta de acción del Ministerio Público es peor con una anulación del proceso desde su inicio por medio de una Casación, que equivaldría no solo a pérdida de tiempo sino también de

ser que este presupuesto no ha sido cuidadosamente celado en algunos casos penales, pero debe tenerse mucho cuidado especialmente por los personeros del Ministerio Público cuando actúan acusando en esta clase de delitos.

Formas en que se puede otorgar la instancia particular, son:

1. Personalmente: es cuando la víctima o el legitimado comparece en forma personal ante el funcionario o personero del Ministerio Público para otorgar la instancia particular, que se equipara a la denuncia.

2. Mediante su representante legal: Para el otorgamiento de la instancia particular personalmente tiene que comparecer la víctima o agraviada personalmente, sino que puede comparecer otra persona en su representación. Esta representación puede ser de la ley en los casos de minoría de edad o incapacidad, tal y como ya lo establece la ley; Pero también puede provenir de la voluntad de la persona legitimada para otorgarla, lo cual puede hacerse a través de un mandato especial.

3. Escrita: a manera de expresarla:

Escrita: Esta modalidad equivale a presentar una denuncia por escrito lo cual puede hacerse ante el Ministerio Público directamente, ante un agente de la Policía Nacional Civil, o ante un Juez del ramo penal, quienes tienen el deber de hacer llegar tal denuncia al órgano encargado de la persecución penal estatal. Así mismo puede hacerse de una querrela, que tiene que presentarse ante un Juez del ramo penal, quien en caso de no ser un delito de acción privada, debe enviarle al órgano de la persecución penal estatal dicha querrela. En este último caso aún y cuando no reúna los requisitos técnicos de una querrela debe ser enviada en calidad de denuncia al Ministerio Público. (Ver artículo 297, 299, 302 y especialmente 303 del Código Penal.)

4. Verbal: En esta modalidad, el legitimado comparece ante uno de los funcionarios del Ministerio Público y expresa su denuncia en forma verbal y de conformidad con el artículo 146 del Código Procesal Penal, debe documentarse a través de un acta dicho acto. Así mismo puede otorgarse la instancia particular en forma verbal ante uno de los agentes de la Policía Nacional Civil, quienes también están

obligados a documentar en acta dicha denuncia y remitirla al Ministerio Público, de conformidad con el artículo 305 del Código Procesal Penal.)

Termino este apartado, indicando que una vez otorgada la instancia particular el Ministerio Público está obligado a ejercitar la persecución penal pública en forma normal. Sin embargo si la denuncia es por escrito, y no consta de manera fehaciente que la persona legitimada es quién otorgó la instancia particular a través de ese medio, considero que el Ministerio Público está obligado a investigar también para comprobar si la denuncia por medio de la que se otorgó la instancia particular fue hecha por la persona legitimada para hacerlo, aunque sobre esto no haya nada estipulado en la ley penal sustantiva ni en la procesal. Además debe tenerse presente que si se produce la revocación de la instancia particular, el Ministerio Público debe abstenerse de seguir con la persecución penal.

4.- FUNCIONES PERMITIDAS AL MINISTERIO PUBLICO Y A LA POLICIA NACIONAL CIVIL CUANDO AUN NO SE HA OTORGADO LA INSTANCIA PARTICULAR.

Uno de los problemas que acarrea la acción Penal Mixta, es saber hasta dónde pueden llegar las funciones del órgano de la persecución penal estatal y de los agentes de seguridad pública en caso de conocimiento de un hecho delictivo sin que se haya otorgado aún la instancia particular. El papel que desempeña tanto el Ministerio Público por medio de sus funcionarios así como los agentes de la Policía Nacional Civil en esta clase de delitos debe ser bien definido, por lo que es importante analizar dicho aspecto dentro de este capítulo pues este problema nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público de esperar la autorización denominada instancia de parte para poder actuar.

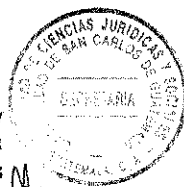
Al respecto, debo indicar que ante la comisión de estos delitos, debe tenerse en cuenta dos situaciones:

- a) La primera es que el conocimiento de la comisión del hecho delictivo llegue al funcionario del Ministerio Público o agente de la Policía Nacional civil, después de que el hecho se haya cometido. Debe tenerse presente que dicho conocimiento puede ser de oficio o a través de una denuncia no realizada por la persona legitimada para otorgar la Instancia particular, pues de lo contrario no existiría problema alguno para la actuación de los funcionarios señalados. Generalmente suele suceder en la práctica que en delitos como la Violación y los Abusos deshonestos, personas vinculadas a la víctima ya sea por afinidad o por parentesco de consanguinidad comparecen a presentar la denuncia; Pero debe tenerse presente lo analizado respecto a la persona legitimada para hacer dicha denuncia y la forma en que ésta puede prestarse.

En este caso, el Ministerio Público y los agentes de seguridad pública tienen su función limitada, pues dependen de la autorización a través de la instancia particular que ha de prestar la persona legitimada según se apuntó anteriormente.

Con respecto a estas funciones que deben desempeñar los funcionarios y agentes de la seguridad pública, debemos encontrar una interpretación correcta de lo que el





islador estableció en el Código Procesal Penal a cerca de la acción Penal y secución Penal, pues en el citado cuerpo legal encontramos confusión en cuanto a los niños citados que pueden llevarnos a una idea equivocada de las funciones que los videntes públicos mencionados pueden ejercer en esta circunstancia.

La acción penal fue analizada en el primer capítulo de este trabajo, y se indicó que consiste en el derecho o facultad que le otorga el Estado por medio de la ley, a ciertas personas, para solicitar del órgano jurisdiccional correspondiente la declaración de culpabilidad o inocencia de determinados sujetos, y aplicar la ley penal a casos concretos. Se dijo entonces que la acción penal propiamente dicha, es decir la acción principal se ejerce en el momento de la acusación del Ministerio Público en los delitos seguidos mediante acción Pública y acción Mixta, o a través de la querrela en los delitos perseguidos mediante acción privada.

También se indicó que la persecución penal es un término distinto a la acción penal, pues la persecución penal comienza desde el inicio del procedimiento, es decir que la acción penal incluye los actos de la fase de investigación hasta el momento en el que el tribunal correspondiente dicta sentencia, y puede continuar en segunda instancia hasta el tribunal de Casación si fuera posible. La fase de la Ejecución ya no debe considerarse como parte de la persecución penal, pues ésta ya ha concluido y lo único que se hace en esta fase es controlar la ejecución de lo estipulado en la sentencia que respondió a lo solicitado en la persecución penal. Resumiendo puedo decir que la acción penal es el continente y la acción penal es parte del contenido de la primera forma en la que se ha de manifestar en forma concreta.

Habiendo explicado lo anterior, quiero hacer mención ahora de lo que señala el artículo 31 del Código Procesal Penal, el cual establece que "Cuando la acción pública sea de gestión privada, el Ministerio Público sólo podrá ejercitarla una vez que, respecto al hecho, se formule denuncia o querrela por quien tenga legitimación para hacerlo..."

En este artículo se hace referencia a lo que da a entender el epígrafe del artículo 24, el cual dice: "Acciones Públicas dependiente de Instancia particular", así como lo establecido en ese mismo artículo en el párrafo cuarto, que en su parte conducente dice: "La instancia de parte obligará a la acción pública, excepto..." Así mismo el párrafo quinto del citado artículo, señala: "Para los casos en que se requiere de autorización judicial para el inicio de la acción penal, el Ministerio Público procederá como se establece en este código para el trámite del antejuicio."

Cada uno de estos párrafos citados, así como la parte del artículo 31 que apunté anteriormente, nos indican que la instancia particular es un presupuesto para ejercitar la acción Penal, y no la persecución penal en general; En consecuencia podría decirse que el Ministerio Público y los agentes de seguridad pública pueden actuar o iniciar la acción penal, pues la instancia de parte la necesitarían para el momento en el que reiterarían la acción penal, es decir para el momento en el que se presentaría la acción ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Esa interpretación permitiría que el Ministerio Público actuara en forma normal como lo puede hacer en los delitos de acción penal pública, mientras no se haya otorgado la instancia particular; interpretación que personalmente no considero correcta sino que la atribuyo más bien a

REMARCADO ES PERSONAL.



falta de un análisis hecha por el legislador en cuanto a la diferencia existente entre la acción penal y la persecución penal, pues considero que aunque los dos términos son ferentes, la acción penal es parte integrante de la persecución penal, por lo que no eden desligarse los términos citados. No acepto la idea de que exista acción penal si ha existido una base anterior que incluye el inicio de la persecución penal; Pero npoco acepto la idea de que exista persecución penal si únicamente se inició el oceso en la fase de investigación pero no se presenta la acusación, es decir no se rce la acción penal propiamente dicha.

Por lo anterior, considero que las funciones que el Ministerio Público y los agentes seguridad pública pueden realizar en esta clase de delitos, mientras no se ha otorgado instancia particular, está limitada a actividades que únicamente aseguren terminados medios de prueba que podrían perderse si no se realizan inmediatamente, mpre y cuando no exista contraposición de intereses entre el medio de prueba a acticar y la negativa de la persona legitimada a otorgar la instancia particular, como r ejemplo un examen médico de la víctima en el caso de violación, no podría alizarse aunque se corra el riesgo de perderse posteriormente determinados objetos de ueba, pues si la persona legitimada a otorgar la instancia particular no lo permite, el inisterio Público debe abstenerse de actuar y asegurar ese medio de prueba. (Ver ículo 241 del Código Procesal Penal.)

Lo anterior, es corroborado por el artículo 285 del Código Procesal Penal en el gundo párrafo que en su parte conducente dice: "Cuando la ley condicione la rsecución penal a una instancia particular, a denuncia o a la autorización estatal, el inisterio Público **la ejercerá una vez producida**, sin perjuicio de realizar o requerir i actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven mentos de prueba que se perderían por la demora. El interés protegido por la cesidad de la instancia, de la denuncia o de la autorización no podrá ser afectado.*

Claramente este artículo nos revela que la instancia particular no es únicamente espuesto para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal, sino también ra la persecución penal en general. Así lo confirma también el artículo 24 Ter del smo cuerpo legal cuando en su parte inicial establece que "Para su **persecución** por el gano acusador del Estado dependerán de Instancia particular..."* Así mismo el artículo 2 del Código Procesal Penal, que regula la Función de la policía en el conocimiento cualquier clase de delito, e indica en su segundo párrafo que: "Si el hecho punible pende **para su persecución** de una instancia particular o autorización estatal, regirán ; reglas establecidas por éste código.*

Todos los artículos citados nos demuestran que la instancia particular es un espuesto para que el Ministerio Público o los agentes de la Policía Nacional Civil cien la persecución penal en esta clase de delitos.

El segundo caso que puede darse en el conocimiento de la comisión de esta clase de delitos por parte del Ministerio Público o los agentes de seguridad pública, es que el mismo se dé de oficio o bien por medio de denuncia realizada por cualquier persona,

* REMARCADO ES PERSONAL.



momento en el que el delito se está cometiendo o inmediatamente de que se ha ido y concurren las circunstancias de considerarse el delito como Flagrante o lagrante.

En el segundo caso, las funciones de los agentes del Ministerio Público y de los agentes de seguridad pública, se amplía un poco más. Debe ser lo que apunté en el capítulo segundo de este trabajo para diferenciar el flagrante y el cuasiflagrante y que están reconocidos en un mismo artículo en el Código Procesal Penal, en el artículo 257.

Las funciones que deben realizar los agentes de seguridad pública y los personeros del Ministerio Público, están ordenadas de manera general en el artículo 24 Ter en el Código, que indica: "En casos de flagrancia, la policía deberá intervenir para evitar la continuación de la lesión del bien jurídico tutelado o la comisión de otros delitos y utilizar los medios de investigación."

Como anteriormente citado podemos, encontrar dos principales funciones: La primera es la intervención para evitar que continúe la comisión del delito o la lesión del bien jurídico tutelado. La segunda, es la intervención para asegurar los medios de investigación. Así lo confirma también el párrafo segundo del artículo 285 del Código Procesal Penal, cuando establece que en estos casos el Ministerio Público debe realizar los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o los elementos de prueba que se perderían por la demora.

Además de lo que tenemos que añadir a estas funciones lo que expresa el artículo 257 del Código Procesal Penal, el cual señala que la policía deberá aprehender a quién se cometió el delito flagrante. Aunque se necesita de instancia particular de la persona afectada para la persecución penal, en el caso de flagrante delito el agente de seguridad pública puede aprehender al autor, pues ésta es una forma de intervenir para evitar la comisión del delito, y a la vez puede servir para asegurar los medios de investigación que se perderían si se demorara hasta que la víctima del delito quiera solicitar la otorgar la instancia particular. Esto procede a menos que expresamente se niegue a que se aprehenda al sujeto como en el caso de una violación de la Ley de Menores, al momento de ser detenido el sujeto en delito flagrante; cuando la víctima o la instancia particular está expresando su interés negativo en iniciar la persecución penal del sujeto activo del delito. Esto lo confirma la última parte del párrafo del artículo citado, que indica "El interés protegido por la Ley de la instancia de la denuncia o de la autorización no podrá ser afectado."

Además de que la víctima no manifiesta expresamente su deseo de que no se proceda a la persecución penal del sujeto activo del delito; Pero tampoco otorga su consentimiento o instancia particular, si procede la aprehensión del sujeto activo del delito posteriormente de conformidad con el artículo 304 y 308 del Código Procesal Penal, los agentes que hayan aprehendido al sujeto, deben informar inmediatamente al Ministerio Público de tales hechos.

Además de lo que en este caso de delito flagrante, debe tenerse en cuenta que al haber aprehendido el sujeto activo del delito, debe ponerse a disposición del juez competente en un plazo que no exceda de seis horas, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política de la República, el cual señala también que no podrán ser sometidos a ninguna otra autoridad. Lo anterior lo complementamos con el artículo



8° del mismo cuerpo legal que señala que dentro de las próximas veinticuatro horas de la aprehensión debe ser interrogado judicialmente.

Lo anterior nos lleva a afirmar que en caso de delito flagrante, aún y cuando se necesita de la instancia particular para la persecución penal, existen determinadas actividades que por su carácter urgente y otras por su carácter irreproducibles, deben de ser practicadas, por mandato legal. Señalo además que el hecho de que no se haya otorgado instancia particular no exime a los agentes de seguridad pública a poner en conocimiento de los personeros del Ministerio Público lo practicado, así como de poner a disposición de la autoridad judicial competente al aprehendido.

Termino diciendo que comparto lo que menciona Otto Gudiel, en su tesis de graduación, cuando indica algunas funciones o actividades que dichos agentes deben realizar, indicando que: “En caso de delito flagrante, los agentes de seguridad pública deben procurar no sólo interrumpir la comisión del delito sino que a través de una buena técnica, procurar reunir algunos medios de investigación necesarios, como proceder a documentar las condiciones del lugar en el que se cometió el delito, las circunstancias de tiempo, así como las circunstancias personales de la víctima del delito cuando sea posible, tratar de identificar a personas que hayan observado los hechos para su posible testimonio posterior, descripción detallada de la víctima así como su forma de vestir, y otras circunstancias importantes, una descripción del sujeto activo del delito, y si fuera posible que le proporcione sus datos de identificación. Así mismo, sus funciones no son únicamente en cuanto a la persecución penal, sino que deben brindar en la medida de sus posibilidades primeros auxilios a la víctima si los necesita, y ayuda en general.”²

² GUDIEL GODOY, OTTO WALTER. La Intervención policial en el delito Flagrante. Pág. 35.



CAPITULO VI.

CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LAS MODALIDADES DE ACCION PENAL EN LOS DELITOS DE ESTUPRO, INCESTO, ABUSOS DESHONESTOS Y FRAUDE.

Habiendo analizado la acción penal en los delitos que ocupan nuestra atención, voy a resumir que estos delitos pueden ser perseguidos mediante acción pública dependiente de instancia particular, y mediante acción pública propiamente dicha cuando la ley así lo señala.

En este apartado trato de analizar la conveniencia de que tales delitos sean seguidos mediante la acción penal ya sea pública o Mixta o si por el contrario es conveniente o contraproducente que tales delitos sean perseguidos mediante esa clase de acción penal por la que actualmente son perseguidos.

ANALISIS EN CUANTO AL ESTUPRO.

En el capítulo respectivo, indiqué que por la naturaleza propia del delito en cuestión se basó en un análisis extensivo del Código Penal y Procesal Penal, este delito actualmente puede ser perseguido mediante acción penal Mixta.

Recordando lo escrito por Tocora y que transcribí en el capítulo III de este trabajo, cuanto a la persecución penal del delito de Estupro, señalo que para este autor, el delito de Estupro, es un delito que en la práctica ha servido para cometer serias irregularidades judiciales que dan cabida a conductas extorsivas en pos del matrimonio, a ganancias sentimentales y a una solapada búsqueda de dinero o utilidad económica. Por anteriormente citado, el autor en mención propugna por la desaparición de la figura del delito de Estupro, pues por la naturaleza intrínseca de dicha relación, el consentimiento es prestado por la mujer y el hecho de condicionarlo al cumplimiento de ciertas condiciones o situaciones que pudieran ser una clase de engaño, no lesionan su libertad personal.¹

Lo anterior lo complemento con un análisis de los criterios apuntados en el capítulo I de este trabajo y que son utilizados para hacer la clasificación de los delitos que han de ser perseguidos mediante acción Penal Mixta; Encontrando que básicamente son dos los criterios que motivan al legislador a limitar el ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público, condicionándolo al otorgamiento de la instancia particular. Estos dos criterios son: Primero el de la repercusión del delito. Cuando la repercusión social del delito es menor o leve, se inclina a condicionarlo a la instancia particular. Y en el segundo criterio, que es el de mayor daño a la víctima que el sentimiento de justicia anidado en la sentencia, cuando por la naturaleza del delito, es probable que ese daño sea más perjudicial y que agrave la situación de la víctima, se condiciona también al Ministerio Público a esperar la instancia particular.

Al analizar el delito de Estupro, y conociendo su naturaleza, nos damos cuenta que existe trascendencia social, pues el daño generalmente causado a la víctima no se puede considerar grave para ella, mucho menos para la sociedad. Por el otro lado,

¹ CORA, LUIS FERNANDO Ob. Cit. Pág. 126.



tampoco se puede decir que el daño que la víctima pueda sufrir con la persecución penal del delito sea mayor que el ya causado. Todo eso produce que no exista un interés general de la sociedad para la persecución penal en el delito mencionado; Y no habiendo repercusión social sino un daño que como apunté anteriormente es muy discutido, considero que el delito de Estupro no debe ser perseguido mediante acción Penal Mixta, sino que debe ser trasladado al ámbito de la acción Penal Privada. Es un asunto muy privado el hecho de que una mujer menor de edad haya aceptado tener relación sexual con un sujeto por que le prometió contraer matrimonio con ella, por ejemplo. No interesa a la sociedad los motivos por lo que ella aceptó tener esa relación sexual con la otra persona, pues de todas formas medió su voluntad de realizar el acto; Sino que en todo caso el interés es muy privado de ella o de su familia, por lo que considero que el delito de Estupro que por mucho tiempo ha sido perseguido por el Ministerio Público mediante instancia particular, y ejerciendo la acción penal en nombre de la sociedad, debe ser perseguido en la actualidad por medio de acción Privada.

2.- ANALISIS EN CUANTO AL INCESTO.

Con relación al Incesto, debe tenerse presente que si la acción es cometida por dos menores de edad, la acción no es punitiva pues ambos son inimputables, sin que ello signifique que ha de tolerarse dicha situación, sino que debe realizarse un procedimiento especial para la corrección de la conducta de los menores, en la que nunca se ejercería por supuesto ningún tipo de acción penal.

Si uno de los sujetos es menor de edad y el otro es mayor de edad, apunté anteriormente mi criterio en relación que por existir un menor de edad y un interés público, la acción penal en este caso es pública.

Con relación a este supuesto, considero correcto que la acción sea de carácter público, pues no solamente se está formando en una conducta antijurídica al menor, sino que se está poniendo en riesgo su núcleo familiar por lo que se convierte en un interés del Estado corregir y sancionar al culpable de romper ese orden jurídico familiar.

Si ambos sujetos son mayores de edad, de conformidad con nuestro ordenamiento procesal penal, el delito de Incesto se persigue mediante acción penal Mixta.

Con respecto a este supuesto, considero inconveniente que dicho delito sea perseguido mediante acción penal Mixta, pues como vimos anteriormente no existe una regulación específica que señale quien es el legitimado para otorgar la instancia particular en este caso. Debe tenerse presente que la simple denuncia no equivale al otorgamiento de la instancia particular, pues la primera puede ser otorgada por cualquier persona, mientras que la segunda únicamente puede hacerla la persona legitimada.

Cabe preguntarse también con respecto al daño que se produce con el delito de incesto: ¿será únicamente el daño para el núcleo familiar de los sujetos del delito de Incesto? O ¿Será también la sociedad dañada por la comisión de dicho delito?

Personalmente considero que el orden jurídico familiar se ve amenazado en primer término dentro del núcleo familiar de los sujetos que intervienen en la comisión del delito de Incesto; Pero en segundo término el orden jurídico familiar de las personas que le rodean también se ve amenazado, aunque sea de manera indirecta.



recordarse que uno de los fines que se persigue al imponer una pena en la prevención general del delito, y parece constituir uno de los efectos en ; de tal manera que al no castigarse una acción considerada por la sociedad turbadora del orden familiar puede correrse el riesgo de que dicha acción acogida como correcta por los demás. Así por ejemplo, si una persona da otra y no es castigada, es probable que dicha acción sea repetida por otras. Por lo anterior, el Incesto de mayores de edad, en los que no se otorga particular por parte de las personas que componen el núcleo familiar de los el delito, ha de quedar impune pues el Ministerio Público no puede ejercer la nal pública. De esta manera se estaría dejando de lado el interés público que la tiene en que dicha acción sea castigada.

anterior, considero, que cualquier persona que vea afectada su núcleo familiar ictica de Incesto de personas ajenas a su núcleo familiar tienen el derecho de e dicha acción sea castigada, y que se ponga fin a la misma, por lo que tiene a denunciar la práctica de tal conducta antijurídica y que se inicie la ón penal de dicho delito. En consecuencia, considero que la acción penal en le Incesto, debe ser pública incluso en este supuesto y no Mixta como la tiene el Código Procesal Penal en la actualidad.

ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE ABUSOS DESHONESTOS Y VIOLACION.

de los incluyo en forma conjunta en el subtítulo, quiero hacer primero un nimiento para el análisis del delito de Abusos deshonestos. Debe recordarse lo en el capítulo III de este trabajo, en el que se analiza la clasificación del delito s deshonestos; Allí se menciona que existe el delito de Abusos deshonestos y Abusos deshonestos mediante inexperiencia o confianza y Abusos tos mediante engaño.

relación al delito de Abusos deshonestos mediante inexperiencia o confianza, o correcto que se persiga mediante acción penal pública, sin embargo considero mediar consentimiento de la víctima al igual que en el Estupro, y teniendo en ción el desarrollo y conocimiento de aspectos sexuales de las personas en la d, considero personalmente que lo regulado anteriormente por el Código Penal rrecto al permitir que la acción fuera pública si el sujeto pasivo era menor de íos, pues considero más acorde a la realidad social dicha edad para el normal ento de la voluntad de consentir determinados actos sexuales, que lo regulado ódigo Procesal Penal que indica que la acción será pública si la víctima es : edad. Insisto en que debe tenerse en cuenta que el motivo del castigo de esta ; el aprovechamiento de la inexperiencia o confianza con la víctima, y en el la inexperiencia considero que la edad de quince años es mucho más que e como límite.

relación al delito de Abusos deshonestos mediante engaño, al igual que el considero que la acción debe ser privada, pues media el consentimiento de la sin existir inexperiencia al respecto y sus motivos por lo que acepta realizar tos sexuales son de carácter privado y el interés de castigar dicha acción por o consentimiento de la víctima, no es de interés público. En este caso, no que la víctima sea menor de edad, pues de conformidad con la ley penal

sustantiva, sólo puede tipificarse al igual que el Estupro cuando la víctima es menor de edad; Es decir que la única diferencia entre el Estupro y este delito es la naturaleza del acto sexual.



Con relación al delito de Abusos deshonestos violentos, debo analizarlo juntamente con el delito de Violación, pues la única diferencia entre ambos es la naturaleza del acto sexual practicado; Pero siempre existe el elemento material idéntico que violenta y anula la voluntad de la víctima de practicar dichos actos sexuales.

Es en estos delitos cuando encuentro las razones valaderas de permitir que la víctima o la persona agraviada pueda hacer una valoración del daño posterior que puede causársele si se ejerce la persecución penal, sacrificando el interés general de que se castigue a los sujetos causantes de una acción totalmente repugnada por la sociedad, y condicionándola al otorgamiento de instancia particular.

Por lo anterior, en estos dos delitos, considero no sólo conveniente si no necesario que cuando la víctima sea mayor de edad la acción penal sea Mixta, no porque el delito no sea de trascendencia social si la víctima es mayor de edad, sino porque debe respetarse como dice la ley procesal penal el interés que se protege con esta clase de acción penal.

Si la víctima es menor de edad, entonces considero correcto que el Ministerio Público ejercite dicha acción penal sin necesidad de que medie la instancia particular, pues en esta clase de delitos por el hecho de que la víctima sea menor de edad convierte el delito en un interés público mayor que el interés privado de la víctima o su familia. No debe olvidarse que en esta clase de delitos, no es menester que el juicio o proceso sea público, sino que por el contrario el artículo 356 del Código Procesal Penal faculta al tribunal a que el juicio se desarrolle totalmente a puertas cerradas.

Por tales razones considero que el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal legisla en forma conveniente la persecución penal a través de la acción Penal Pública y la acción Penal Mixta los delitos de Violación y Abusos deshonestos únicamente cuando éste es violento.



CONCLUSIONES.

La acción penal es la facultad que compete al órgano de la persecución penal estatal en los particulares en los casos en que la ley lo permite, para solicitar del órgano jurisdiccional la resolución o declaración de culpabilidad o inocencia de un individuo acusado de la comisión de un hecho delictuoso, y en su caso la imposición de una pena o medida de seguridad.

Existen dentro de un proceso acciones accesorias o secundarias. En el proceso penal existen de manifiesto dichas acciones durante la fase de Instrucción o investigación, solicitarse a un órgano jurisdiccional la autorización o declaración del mismo sobre los secundarios del proceso sin solicitar la declaración de culpabilidad o inocencia al sujeto.

La persecución penal se inicia desde el primer acto con el que se inicia el proceso y culmina con la declaración que pone fin al trámite del juicio penal.

La acción penal es el motor del proceso penal a partir de la acusación presentada por el Ministerio Público o bien de la querrela presentada por los particulares en los delitos de acción privada.

La acción penal puede ser Pública, Privada y Mixta.

La acción penal es Pública cuando el ejercicio de la misma corresponde a un órgano judicial del Estado, quien tiene la legitimación para iniciar el proceso penal.

La acción penal Privada es aquella cuyo ejercicio corresponde con carácter exclusivo a particulares afectados directa o indirectamente por el delito y que se manifiesta a partir de la presentación de la querrela.

La acción penal Mixta es conocida en nuestro sistema jurídico procesal como acción penal dependiente de instancia particular.

La acción penal Mixta tiene la naturaleza jurídica de la acción pública, pues el inicio procesal corresponde al órgano estatal; Pero se necesita una denuncia del acusado y/o de su representante legal para que se inicie el proceso respectivo.

La acción penal pública comprende en términos generales la mayoría de delitos, existiendo únicamente algunos delitos que expresamente señala la ley.

La acción Privada no necesita de la participación del Ministerio Público.

La acción penal pública es ejercida por el Estado a través de un órgano especial designado en nuestro medio como Ministerio Público, independientemente que se trate de instancia particular o no.



legitimación procesal equivale a la posibilidad de realizar actos procesales dentro de un proceso concreto.

personas legitimadas para otorgar la instancia particular en los delitos o mediante acción Mixta son aquellas que han sido afectadas por el delito de directa o indirecta.

Persecución penal de los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y se extingue por prescripción, por el vencimiento del plazo de prueba sin que la acción sea revocada cuando se suspenda la persecución penal, por la revocación de la instancia particular, así como por el matrimonio de la ofendida con el ofensor en los sexuales mencionados.

Extinción de la instancia particular no es un acto definitivo, pues la ley establece que la misma sea revocada.

Revocación de la instancia particular debe hacerse con anuencia del acusado.

Revocación consiste en la anulación de la disposición adoptada o de un acto procesal.

Revocación se diferencia con la renuncia en el sentido de que esta última se da para ejercitar el derecho o facultad reconocida por la ley, mientras que la revocación se da por el ejercicio de esa facultad.

Extinción de la instancia particular durante el período de prescripción del delito o la renuncia de la instancia particular.

Revocación de la instancia particular se diferencia con el desistimiento, en que este no es un acto procesal por medio del cual se abandona una acción, demanda o querrela, mientras que la revocación de la instancia particular se produce antes de existir la demanda o querrela.

Desistimiento es una forma de extinguir la persecución penal exclusivamente de los perseguidos mediante acción privada.

Revocación de la instancia particular es un medio de extinguir la persecución penal exclusiva de los delitos de acción Mixta.

Revocación de la instancia particular no puede hacerse en cualquier estado del proceso penal, sino únicamente antes de ejercitarse la acción penal por parte del Ministerio Público, pues de lo contrario ya no procede la figura de la revocación sino la extinción, figura exclusiva de los delitos de acción privada.

Este Código Procesal Penal denomina indistintamente sindicado, imputado, acusado, y acusado, sin importar el momento procesal en el que se menciona, dando lugar a pequeñas confusiones en la interpretación de determinadas normas procesales.



Ap.

37.- Cuando el Código Procesal Penal menciona en el artículo 35 que para la revocación de la instancia particular se necesita la anuencia del acusado, lo hace utilizando el término "acusado" como sinónimo de sindicado, imputado o procesado, y no relacionándolo con el momento procesal que permitiría revocar la instancia particular una vez presentada la acusación.

38.- En los delitos perseguidos mediante acción Mixta no puede desistirse del proceso; Pero puede ponerse fin a la acción penal en los delitos sexuales, cuando se produce el matrimonio de la persona ofendida con el ofensor.

39.- El Ministerio Público nació como una necesidad del poder real para defender los intereses del fisco, de donde deriva el nombre que se utiliza en varios países europeos: Ministerio Fiscal.

40.- Aunque el Ministerio Público nació en la Edad Media en varios países europeos, se considera que es de origen francés, porque es en Francia donde adquirió un mayor desarrollo.

41.- El Ministerio Público es una entidad autónoma e independiente de cualquier organismo del Estado, sujeto únicamente a la ley.

42.- Por ejercer la acción penal y la persecución penal en nombre de la sociedad, se propone por diversos sectores de la sociedad que el nombramiento del Fiscal General del Ministerio Público sea por elección popular.

43.- Las características propias del Ministerio Público las podemos resumir en unidad, indivisibilidad, independencia y jerarquía.

44.- Los antecedentes más directos del Ministerio Público en Guatemala se encuentran en las llamadas partes oficiales adscritas en las salas de apelaciones penales.

45.- Durante mucho tiempo el Ministerio Público en Guatemala funcionó como vigilante de los intereses del fisco y del Estado, pues la naturaleza del proceso penal inquisitivo, no necesitaba de un órgano especial para el ejercicio de la acción penal.

46.- Durante mucho tiempo en Guatemala se mantuvo la dualidad de la Institución del Ministerio Público con la Procuraduría General de la Nación; Pero con la implementación de un proceso penal mixto con tendencias al acusatorio, se dividió la institución y apareció el Ministerio Público como órgano especial de persecución penal.

47.- Al aparecer el Ministerio Público como órgano especial encargado de la persecución penal, surge la importancia de la instancia particular como presupuesto de legitimación secundaria para el ejercicio de la acción penal Mixta.

48.- Las funciones del Ministerio Público en el proceso penal guatemalteco las puedo resumir en Funciones de Investigación y Funciones de Acusación.



El inicio de las funciones de investigación debe otorgarse a la instancia particular si esta es otorgada con anterioridad.

El Ministerio Público puede realizar las funciones de acusación si no se ha otorgado a la instancia particular, en los delitos de acción Mixta.

La doctrina moderna resume los elementos positivos de cualquier delito en acción, acción, antijuricidad y culpabilidad.

En nuestro Código Penal no se encuentra una definición expresa de delito.

El sujeto activo del delito es la persona que interviene contraviniendo la ley penal.

El sujeto pasivo del delito es la persona que recibe la ofensa o el mal causado de forma directa.

El sujeto pasivo del delito es también la persona agraviada en primer término y sólo en segundo término pueden considerarse agraviados las personas que mantienen algún grado de consanguinidad o afinidad que la ley reconoce.

Generalmente en las leyes penales de los países se consideran como faltas los delitos que no poseen gravedad, mientras los que sí las poseen se consideran como delitos.

Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, son de carácter permanente, no pudiendo ser en ninguna circunstancia preterintencionales ni culposos.

Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación son delitos permanentes y no permanentes.

En los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación se llevan a cabo en varias ocasiones, estamos ante un delito continuado y no debe confundirse con un delito permanente.

Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, son delitos de peligro y no de peligro.

Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación son delitos de omisión y no de omisión.

Entendiendo al momento en el que se aprehende al responsable del delito, los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación pueden ser flagrantes, cuasiflagrantes y no flagrantes.

Por su naturaleza intrínseca el delito de Estupro solo puede ser no flagrante.

La clasificación que nuestro Código Penal hace de los delitos es atendiendo a los tipos jurídicos que pretende proteger al tipificarlos.



65.- El artículo 24 Ter del Código Procesal Penal, en el inciso 4°. Reúne el delito de Incesto con los delitos sexuales de Estupro, Abusos deshonestos y Violación, sin que ello represente que el Incesto sea un delito sexual.

66.- Cuando el Estado tipifica el delito de Incesto, no lo hace protegiendo la libertad sexual de las personas, sino el orden jurídico familiar.

67.- Uno de los fines del proceso penal es que una vez comprobada la comisión de un hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado, se imponga una pena o medida de seguridad al culpable.

68.- En los Estados modernos, la justificación de la pena se encuentra en la necesidad del Estado de brindar seguridad a los habitantes, incluyendo al delincuente, evitando así la reacción privada desmedida del ofendido.

69.- En la mayoría de Estados modernos se ha incluido dentro de la política penal que la pena debe cumplir por lo menos con tres fines: Fin retributivo, fin de prevención del delito y fin de rehabilitación.

70.- En nuestro ordenamiento penal sustantivo se contempla que es procedente para el delito de Violación calificada, la pena de muerte.

71.- Para los delitos de Incesto, Estupro, Abusos deshonestos y Violación, la ley penal contiene señaladas penas de prisión, no así la de arresto y multa.

72.- Las penas accesorias pueden ser impuestas por el tribunal juzgador, según su discreción de acuerdo a las circunstancias del hecho y circunstancias personales del responsable.

73.- Del estudio de nuestro Código Penal se puede definir el Incesto como la acción típica, antijurídica y culpable consistente en yacer con un ascendiente, descendiente o hermano, conociendo el vínculo de parentesco que les une.

74.- Cuando nuestra ley penal sustantiva menciona la palabra yacer se refiere al acto de tener relaciones sexuales también conocido como acceso carnal.

75.- El delito de incesto no se configura al yacer con cualquier pariente, sino únicamente con un ascendiente, descendiente o hermano.

76.- En el delito de Incesto, el yacimiento se produce en forma voluntaria por ambos sujetos, de lo contrario habría un concurso ideal de delitos.

77.- El delito de Incesto puede ser simple cuando ambos sujetos son mayores de edad, y agravado cuando uno de los sujetos es menor de edad.

dos sujetos que intervienen en la acción del yacimiento son menores de edad, conduce el delito de Incesto agravado, pues ambos son inimputables y lo que hace anormal de un menor de edad.



Estudio de nuestro Código Penal vigente, se puede definir el delito de Estupro como acción típica, antijurídica y culpable consistente en tener acceso carnal con una mujer que ha cumplido doce años pero menor de dieciocho, aprovechando su inocencia u obteniendo su confianza, interviniendo en el engaño o mediante promesa de matrimonio.

La naturaleza intrínseca de la acción que conlleva la comisión del delito de Estupro es casi imposible que exista el engaño como nexo causal para lograr el acceso carnal con la víctima, pues ésta generalmente consiente voluntariamente aunque se le entrega a cuestiones secundarias, caso en el que no existe el delito de Estupro.

El elemento de la honestidad de la mujer víctima del delito de Estupro, hace que el delito sea casi imposible de probarse, pues dicho elemento debe ser probado por el acusado y no por el acusado y tampoco puede presumirse en base al principio *Indubio Pro Reo*.

En el delito de Estupro no existe violación a la libertad sexual de la víctima, sino un abuso de la misma.

Estudio de nuestro Código Penal vigente puedo definir el delito de Abusos sexuales como la acción típica, antijurídica y culpable consistente en realizar en su mismo o de diferente sexo, actos sexuales distintos al acceso carnal, en las condiciones que anulan o vician la libertad sexual de la víctima.

El delito de Violación junto con el delito de Abusos deshonestos violentos, son los delitos sexuales más graves, por la modalidad de la acción que elimina completamente la libertad de la víctima.

La penetración del miembro viril aún en forma anormal en una mujer, en contra de la ley, tipifica el delito de Violación y no el de Abusos deshonestos, pues lo que hace referencia a la función reproductora que conlleva el acto sexual y no a la satisfacción del libido que es lo que busca el sujeto activo del delito.

Estudio de nuestra ley penal vigente puedo definir el delito de Violación como acción típica, antijurídica y culpable que consiste en yacer con una mujer utilizando violencia suficiente para conseguir su propósito, aprovechando la circunstancia de que la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, y en todo caso ésta es menor de doce años.

La violencia en el delito de Violación puede ser moral y física.



88.- La violencia "Ope-legis" o presunta por la ley, se produce cuando la acción de yacer se realiza con mujer menor de doce años o de cualquier edad cuando está incapacitada para resistir.

89.- Para el ejercicio de la acción penal pública, los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación necesitan de instancia particular, salvo circunstancias que especifica la ley.

90.- El interés público es el interés que la mayoría de una sociedad tiene aún en contra de la minoría, siendo éste una razón por la que los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación pueden ser perseguidos por el Ministerio Público sin necesidad de instancia particular.

91.- El Código Penal indica que los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos se perseguirán sin necesidad de instancia particular cuando la víctima es menor de quince años.

92.- El Código Procesal Penal indica que los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos se perseguirán sin necesidad de instancia particular cuando la víctima es menor de edad, es decir menor de dieciocho años.

93.- En base al principio de especialidad de la ley, la norma procesal que indica que los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos se perseguirán mediante acción pública cuando la víctima es menor de dieciocho años, prevalece sobre la norma sustantiva que la regulaba así cuando la víctima era menor de quince años.

94.- En base al artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, el Decreto 79-97 del Congreso de la República deroga parcialmente el decreto 17-73 también del Congreso de la República, al haber contradicción en cuanto a la edad de la víctima en los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos para ser perseguidos por acción penal pública.

95.- Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, no necesitan de instancia particular para poder ser perseguidos por el Ministerio Público, cuando el delito ha sido cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo.

96.- No puede cometerse el delito de Incesto por un funcionario o empleado público en el ejercicio o con ocasión de su cargo.

97.- El hecho que el Código Penal indique que los funcionarios y empleados públicos ejercen sus funciones mientras no sean removidos, no implica que el funcionario o empleado público cometa cualquier delito necesariamente en el ejercicio o con ocasión de su cargo.



Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación, no necesitan de instancia particular para poder ser perseguidos por el Ministerio Público cuando la víctima del delito es un incapaz que no posee tutor ni guardador ni está sujeto a patria potestad.

No se necesita de declaración judicial previa de incapacidad del sujeto pasivo del delito que carece de tutor o guardador para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal Pública de los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación.

Los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación no necesitan de instancia particular para ser perseguidos por el Ministerio Público cuando es cometido por un incapaz por uno de sus parientes, tutor o guardador.

El Ministerio Público no puede proceder a ejercer la acción penal pública cuando el delito de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación es cometido contra un incapaz por cualquier otro pariente diferente a sus padres, si éstos tienen la oportunidad de otorgar la instancia particular y se abstienen de otorgarla.

Para que el Ministerio Público proceda de oficio a ejercer la acción penal pública cuando el delito de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación sea cometido por un incapaz por su tutor o guardador, no se necesita obligatoriamente que la tutela, custodia o custodia sea legal, sino basta que sea de hecho.

Aún y cuando la víctima es mayor de edad y no es incapaz civil, el Ministerio Público debe proceder a ejercitar la acción penal pública de oficio, cuando por cualquier causa la persona legitimada para otorgar la instancia particular es incapaz para su otorgamiento.

El delito de Estupro únicamente puede ser perseguido mediante acción penal mixta, pues por su naturaleza intrínseca, queda excluida de la condición establecida en el Código Procesal Penal de que la víctima sea mayor de edad para ser perseguida ante esta clase de acción penal.

Actualmente el delito de Incesto cometido por dos personas mayores de edad se sigue persiguiendo mediante acción penal Mixta.

El delito de Violación y Abusos deshonestos violentos contra mayores de edad se sigue persiguiendo mediante acción penal Mixta.

Por no haber una víctima directa en el delito de Incesto de mayores de edad, se dificulta saber quién es el legitimado para otorgar la instancia particular.

La instancia particular en los delitos de Estupro, Abusos deshonestos y Violación, se debe otorgar a la víctima, al cónyuge, a los hijos de la víctima (Si son mayores de edad), a los padres, hermanos, conviviente de hecho y a los tutores o protutores, en forma excluyente.



109.- La instancia particular puede ser otorgada por el legitimado, personalmente o por medio de un representante legal.

110.- La instancia particular puede otorgarse por escrito mediante denuncia o querrela, o bien en forma verbal.

111.- Las funciones del Ministerio Público están muy limitadas en la persecución de los delitos de Estupro, Incesto, Abusos deshonestos y Violación si llega a su conocimiento la comisión de tales delitos sin que se haya otorgado aún la instancia particular.

112.- La instancia particular no solo faculta y limita respectivamente al Ministerio Público a ejercitar la acción penal, sino también a la persecución penal en general desde la fase de investigación.

113.- Las funciones del Ministerio Público son un poco más amplias en la persecución de los delitos de Incesto, Abusos deshonestos y Violación, flagrantes, aún cuando no se ha otorgado la instancia particular.

114.- En caso de que los delitos de Incesto, Abusos deshonestos y Violación sean flagrantes, procede incluso la aprehensión del sujeto activo del delito aunque no se haya otorgado aún la instancia particular.

115.- Es inconveniente que el delito de Incesto de dos sujetos mayores de edad se persiga mediante acción Mixta, por razones de orden público.

116.- El Código Penal regulaba de una manera más acorde a la realidad que los delitos de Abusos deshonestos mediante inexperiencia o confianza, se perseguirían mediante acción pública cuando la víctima era menor de quince años; Y no a los dieciocho años como lo regula actualmente el Código Procesal Penal.

117.- El artículo 24 Ter del Código Procesal Penal legisla en forma correcta y conveniente la persecución penal de los delitos de Violación y Abusos deshonestos violentos a través de la acción penal Pública y Mixta en las circunstancias respectivas.



[Handwritten signature]

RECOMENDACIONES.

acción a la persecución penal del delito de Incesto, considero conveniente:

que el delito de Incesto por su naturaleza intrínseca no afecta a una familia determinada, pues el orden jurídico familiar no es propio de una familia específica sino es general para toda la sociedad; Considero que la acción penal para perseguir este delito debe ser Pública en todos los casos y no como está regulada actualmente en nuestro Código Procesal Penal para los casos en que ambos sujetos son mayores de edad.

acción a la persecución penal del delito de Estupro, considero conveniente:

que el delito de Estupro por ser un delito en el que la víctima otorga su consentimiento independientemente de las razones por las que lo haya hecho, no debe ser perseguido mediante acción Mixta, pues en ésta interviene el Estado considerando un delito cuyas consecuencias son únicamente asuntos privados de la relación existente entre el sujeto activo y la víctima a lo cual se debe añadir que en la comisión de dicho delito no se pone en peligro el bienestar y la dignidad social, es decir que no hay ningún interés público en juego; En consecuencia considero que la acción para perseguir dicho delito debe ser Privada.

que al momento de juzgarse un hecho considerado como delito de Estupro, debe tomarse en cuenta la naturaleza intrínseca del mismo, observando que el nexo causal debe ser el consentimiento de la víctima haya sido obtenido a través de los medios que señala la ley, y no que la víctima haya otorgado su consentimiento independientemente de que tal condición existiera, pues en la práctica se utiliza la acción penal tratando no de perseguir el delito sino para lograr venganzas mentales, coacción para lograr el matrimonio y hasta para obtener ganancias económicas que son ilícitas.

acción a la persecución penal del delito de Abusos deshonestos, considero:

que la persecución penal del delito de Abusos deshonestos mediante inexperiencia o falta de madurez, se debe perseguir mediante acción penal Pública, cuando la víctima sea menor de quince años y no de dieciocho años como lo introdujo el Código Procesal Penal, en virtud de que en la actualidad por circunstancias obvias, las personas que cumplen quince años están en condiciones de comprender el contenido del acto que se ejecuta sobre ellos, y en este caso no se hace con violencia sino que se obtiene el consentimiento de la víctima, de lo contrario sería Abuso deshonesto.



- b) Que el delito de Abusos deshonestos mediante engaño debe ser perseguido mediante acción penal Privada sin importar la edad de la víctima, pues en este caso la víctima ha prestado su consentimiento y lo ha condicionado al cumplimiento de una condición, al igual que el delito de Estupro. Se sobreentiende que en este caso la víctima aún y cuando fuera menor de edad si comprende el significado del acto sexual que sobre ella se realiza, de lo contrario sería Abuso deshonesto mediante inexperiencia o confianza, caso en el que la acción penal también sería diferente. La única diferencia que existe entre esta clase de delito y el Estupro es la clase da acto sexual que se realiza, pues en el Estupro es el acceso carnal o yacer, mientras que en el Abuso deshonesto es cualquier otro acto sexual.
- 4) Con relación a la persecución penal mediante acción pública cuando el delito de Abusos deshonestos y Violación es cometido contra un incapaz por sus parientes, tutores o guardadores, considero:
- a) Que no solo debe perseguirse mediante acción pública si estos delitos son cometidos por los parientes del incapaz, por su tutor o guardador, sino también cuando son cometidos por los parientes del tutor o guardador, pues es obvio que existe un interés contradictorio por parte del tutor o guardador para otorgar la instancia particular.



J.P.

BIBLIOGRAFIA.

- OCORA, LUIS FERNANDO. Derecho Penal Especial.
- ONZON PAZ, GUILLERMO ALFONSO. Introducción al Derecho Penal guatemalteco, Parte especial.
- ABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo I.
- ABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo II.
- ABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo V.
- ABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VII.
- ERRARTE, ALBERTO. Derecho Procesal Penal Guatemalteco.
- LORIAN, EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal.
- OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas Sociales.
- UBIANES, CARLOS. Manual de Derecho Procesal Penal.
- MASCAREÑAS, CARLOS E. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIX.
- MANDARRA, CALDENTY. Legitimación y apariencia Jurídica.
- MARNELLUTTI. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I.
- MUÑOZ, RICARDO C. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II.
- MUDIEL GOGOY, OTTO WALTER. La Intervención de la policía en el delito flagrante.
- MIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS. El Derecho Penal ante el Sexo.
- DE MATA VELA Y DE LEON VELASCO. Derecho Penal.

18. PORTILLO ORELLANA, NATAEL. Consecuencias Civiles en los delitos de Violación, Estupro y Rapto.
19. GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, Tomo II.
20. CALDERON MORALES, HUGO HAROLDO. Derecho Administrativo, Tomo I.
21. MENDIZABAL LUIS Y MARTIN. Teoría General del Derecho.
22. BAJO FERNANDEZ, MIGUEL. Manual de Derecho Penal Especial.
23. BUSTO RAMIREZ, JUAN. Introducción al Derecho Penal.
24. CARRILLO CASTILLO, ALFONSO. Algunas consideraciones sobre la acción penal.



LEYES CONSULTADAS.

1. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1945.
2. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1956.
3. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1965.
4. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985, y sus reformas por el Congreso de la República de Guatemala, 1993.
5. Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
6. Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, y sus reformas.
7. Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.
8. Ley del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala.
9. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.
10. Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República de Guatemala.

ligo Civil, Decreto Ley 106 del Gobierno de la República de Guatemala.

ligo Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Gobierno de la República
Guatemala.

de Servicio Civil, Decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala.

