



LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Acción Penal.
Palabras Clave: Acción Penal, Acciones que nacen del delito, Acción penal pública, Distinción entre acción privada, Legitimación para denunciar.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 06/05/2013.

El presente documento realiza una recopilación de fuentes sobre la acción penal pública, contiene doctrina, normativa y jurisprudencia en la cual se explica la acción penal, las acciones que nacen del delito, la acción pública, la denuncia, el artículo 16 del Código Procesal Penal, y jurisprudencia que explica los delitos de acción pública.

Contenido

DOCTRINA.....	2
1. Acción Penal	2
2. Las acciones que nacen del delito.....	3
a) La acción pública.....	3
b) La acción civil	3
3. La acción penal pública	4
1. Generalidades.	4
2. La denuncia.	5
NORMATIVA	7
Artículo 16.- Acción penal.....	7
JURISPRUDENCIA	8
1. Delitos de acción pública: Distinción con la acción privada y alcances del desistimiento de la querella	8
2. Delitos de acción pública: Validez de la Contraloría General de la República para intervenir como querellante dentro del proceso	9
3. Delitos de acción pública: Improcedente dictar sobreseimiento definitivo ante manifestación de la ofendida indicando que no asistirá a debate	10

4. Delitos de acción pública: Innecesaria interposición de la denuncia en caso de robo agravado	11
5. Delitos de acción pública: Análisis sobre la legitimación para denunciar	12
6. Delitos de acción pública: Análisis con respecto al ilícito de relaciones sexuales con personas menores de edad	14

DOCTRINA

1. Acción Penal

[Carnelutti]ⁱ

La del ministerio público, en cuanto procede a la encuesta preliminar y después a la ejecución de la condena que ha llegado a ser irrevocable, es acción; pero es acción en sentido lógico, en cuanto es la administración; no en sentido jurídico, o más exactamente según el lenguaje jurídico procesal, que usa la palabra "acción" para significar un poder y más precisamente un derecho subjetivo, incluso un complejo o, mejor todavía, un sistema de derechos subjetivos, complementario de la jurisdicción: derechos atribuidos a la parte para garantizar, mediante su colaboración, el mejor ejercicio de la jurisdicción. En tal sentido, la acción corresponde al ministerio público solamente, decía, en la fase jurisdiccional del proceso penal y, además, le corresponde del mismo modo en que le corresponde al acusado y al defensor.

Sobre su pertenencia al ministerio público, deben recordarse las observaciones hechas en el punto precedente en cuanto al juez: la acción corresponde, al ministerio público o sea, a aquella persona que está investida de las funciones del ministerio público.

Este es desde luego un poder jurídico, pero de una categoría diferente de aquella en la que se coloca el poder jurisdiccional: este último es una potestad, mientras el poder de acción es un derecho público subjetivo.

A este respecto es oportuno advertir que la relación jurídica de acción corre entre parte y juez, no entre parte y parte; de parte a parte, esto es del ministerio público al "juzgando" y, después, al condenado, existe una relación administrativa, antes y después de la fase jurisdiccional del proceso; pero en ésta una y otra de las partes tienen un poder frente al juez, al cual corresponde una obligación del juez, no una sujeción; por eso, también la acción del ministerio público, lo mismo que la del acusado y la del defensor, es un derecho subjetivo: derecho subjetivo público, se entiende, porque al ministerio público el poder no le es conferido para la tutela de un interés propio, sino de un interés ajeno; otro tanto debe decirse en cuanto al defensor; por lo demás, tampoco el acusado, en cuanto colabora con el juez, en los modos que veremos, tutela solamente un interés propio, porque la declaración de certeza del delito interesa a la sociedad entera.

2. Las acciones que nacen del delito

[Cafetzóglus]ⁱⁱ

a) La acción pública

La acción pública se ejerce exclusivamente por el fiscal. No es disponible, no se puede suspender ni interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos que expresamente prevea la ley (arts. 6o, CPP-Prov. Bs. As.; 5o, CPP-Nación).

La dependiente de instancia privada —especie dentro del género acción pública—, tiene entonces una condición de procedibilidad consistente en que las personas autorizadas por el Código Penal efectúen la denuncia ante la autoridad competente (arts. 7o, CPP-Prov. Bs. As.; 6o, CPP-Nación). El primero agrega que esta condición de procedibilidad se extiende, de pleno derecho, a todos los partícipes, y que si se hubiese procedido de oficio, se requiera de la víctima o de su representante, que manifieste o no su voluntad de que se inste la acción.

Si existe para el ejercicio de la acción un obstáculo por privilegio constitucional, se debe provocar el desafuero —o el antejuicio— en su caso, conforme a los arts. 299 a 302 en el CPP-Prov. Bs. As. y a los arts. 189 y siguientes en el CPP-Nación (arts. 9o, CPP-Prov. Bs. As.; 8o, CPP-Nación).

La jurisdicción de los jueces penales se extiende (conforme a la teoría de Binding, de la ley y de la norma) a resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales (arts. 10, CPP-Prov. Bs. As.; 9o, CPP-Nación).

Cuando exista una cuestión prejudicial, el proceso penal debe suspenderse hasta que ella sea resuelta con sentencia firme. Si ha sido introducida maliciosamente para entorpecer el proceso penal, el órgano procesal penal ordenará que continúe. Suspendido el proceso por una cuestión prejudicial, debe ordenarse la libertad del imputado, sin perjuicio que se prosiga con los actos urgentes de la investigación (arts. 11, CPP-Prov. Bs. As.; 10, 11 y 13, CPP-Nación). El Código Procesal Penal de la Nación agrega que el juicio previo en la otra jurisdicción puede ser promovido y perseguido por el fiscal con citación de partes interesadas (art. 12, CPP-Nación).

b) La acción civil

Esta acción, que suele tener por objeto la reivindicación de la cosa obtenida por el delito, y el resarcimiento del daño, puede ser ejercitada por el titular del derecho dañado (aun cuando sea coimputado en el mismo proceso, agrega el Código Procesal provincial), sus herederos en la medida de la cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los imputados o los civilmente responsables, en sede penal (arts. 12, CPP-Prov. Bs. As.; 14, CPP-Nación; 29, Cód. Penal).

Cuando el Estado provincial sea damnificado, debe ser ejercida por la Fiscalía de Estado. En el orden nacional, si el Estado es damnificado, por representantes del cuerpo de abogados del Estado (arts. 13, CPP-Prov. Bs.As.; 15, CPP-Nación).

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires agrega que si el damnificado es incapaz de hacer valer sus derechos, no tenga quien lo represente, o

acredite beneficio de litigar sin gastos y expresamente delegue su ejercicio, la acción podrá ser ejercitada por el defensor oficial o el asesor de incapaces, según el caso (art. 13, in fine, CPP-Prov. Bs. As.).

Sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la acción penal. La absolución no impide que el tribunal penal se expida sobre la acción civil (arts. 14, CPP-Prov. Bs. As.; 16, CPP-Nación).

Si la acción no puede proseguir por muerte, rebeldía o locura del imputado (es decir por causa legal), la acción podrá ejercitarse en sede civil (arts. 14, CPP-Prov. Bs. As.; 17, CPP-Nación).

El Código provincial agrega que "la ulterior extinción de la acción penal" no impedirá que el Tribunal de Casación se expida sobre la cuestión civil (art. 14, CPP-Prov. Bs. As.). Se refiere evidentemente a la hipótesis en que la causa llegue a casación con, por ejemplo, la acción prescripta (u otra forma de extinción que el tribunal declare), en cuyo caso, ya excitada la jurisdicción del art. 29 del Cód. Penal y por el principio de economía procesal, el mismo debe resolver sobre el tema civil articulado.

3. La acción penal pública

[Matínez]ⁱⁱⁱ

1. Generalidades.

La mayor parte de los delitos contemplados en nuestra legislación penal son de acción pública. Dicha acción de acuerdo con la ley será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el cual deberá iniciarla de oficio. El ejercicio de esta acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, salvo lo dispuesto en contrario. No obstante en los delitos contra la seguridad de la nación, contra la tranquilidad pública, contra los poderes y el orden constitucional y contra la hacienda pública, también podrá la Procuraduría General de la República ejercer directamente dicha acción sin estar subordinada a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que se inicien por acción de la Procuraduría General de la República, esta será tenida como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que la ley procesal concede al Ministerio Público. Como es de notar, la acción penal pública no es ejercida en forma total por el Ministerio Público, sino que hay ciertos delitos en los cuales su iniciación se hará por medio de la acción de la Procuraduría General de la República.

El Ministerio Público con la categoría de órgano estatal es quien cumple con la promoción de la acción, la cual es a todas luces una verdadera función - pública. El acto de promoción de la acción penal es un acto reglado, por lo que en él no privan razones de oportunidad ni de conveniencia.

El Ministerio Público no puede, bajo ningún pretexto, renunciar al ejercicio de la acción penal, cosa que en el derecho privado sí es posible desde el momento en que las partes pueden disponer de su derecho de accionar y por lo tanto pueden renunciar en cualquier momento a su ejercicio. Tal poder de disposición no se extiende de ninguna manera al campo del derecho procesal penal, simple -mente porque es materia de orden público, en la que está de por medio la sociedad, la cual exige que todo delito llegue por Intervención del Ministerio Público o Fiscal, a conocimiento de los órganos

jurisdiccionales, para que sean ellos de manera imparcial los que condenen a los responsables del ilícito cometido, que va en perjuicio de la sociedad, del conglomerado social al cual pertenecemos, o lo absuelvan si no se demuestra su culpabilidad. Vale decir, además, que el poder de ejercicio de la acción penal corresponde en forma obligatoria al Ministerio mencionado.

Además, en cuanto al ejercicio de la acción penal pública, el imputado no podría ofrecer válidamente al Ministerio Público, ni este aceptar, una transacción o una indemnización en pago o resarcimiento del delito -no de sus consecuencias civiles, en las que sí cabría una acción civil resarcitoria a cambio de que el Ministerio dicho no ejerza la acción penal; esto lógicamente es inadmisibles, porque se atentaría contra la sociedad.

La acción penal pública una vez ejercida, ni ella ni sus efectos se pueden revocar, no se pueden retrotraer, no se pueden suspender, ni mucho menos interrumpir-, es decir, que una vez que la acción penal pública ha sido puesta en marcha, no se puede detener por simple voluntad de dicho Ministerio. Cuando la causa ha llegado a conocimiento del juez, el Ministerio Público no puede sustraerse de la esfera de actividad de este, que ha quedado desde el primer momento legitimado para seguir ocupándose del hecho sometido a su competencia. Nuestro Código de Procedimientos Penales cumple mal este precepto, y ello es así en la etapa intermedia, y en la de juicio por citación directa. Al finalizar la etapa de instrucción, si el criterio del Ministerio Público es el de que debe sobreseerse en vez de elevar la causa a juicio, ese criterio prevalece sobre el criterio del juez de instrucción.

Tratándose de asuntos de citación directa el Código Procesal Penal disponía que en cuanto a la irrevocabilidad de la acción penal pública, aún en la etapa del juicio cuando reduce las potestades del juez para atribuirse las al fiscal, mediante lo que al respecto establecía dicho Código, en cuanto a que el juez nunca podrá condenar al encausado si el fiscal no formula acusación ni impone una sanción más grave que la pedida. Esta norma era lógica ya que convertía, por así decirlo, al fiscal en juez. En conclusión, se consideraba que sólo en la etapa del juicio ante tribunal colegiado permanecía intacta la irrevocabilidad de la acción penal pública.

Es de notar que la expresión de oficio a la que se refiere el Código Procesal Penal nuestro significa que la denuncia no es necesaria, no queriéndose decir con esto que el proceso pueda iniciarlo el juez sin que medie acusación ni denuncia; quiere decir otra cosa, cual es que el Ministerio Público o Fiscal, cuando tenga conocimiento de la comisión de un ilícito, debe proceder a accionar penalmente, no siendo necesario que alguien lo inste a ello.

En relación a la facultad de denunciar en esta fase de delitos de acción pública, la jurisprudencia del Tribunal Superior Penal de Limón ha establecido que: *"En los delitos de instancia pública la facultad de denunciar corresponde a toda persona que tenga noticia de un delito de esta clase..."*. En éstos los jueces tienen amplia facultad para apreciar, de acuerdo con la sana crítica, todos y cada uno de los datos que forman parte del proceso sin estar obligados a aceptar la rigidez de los principios establecidos en las leyes.

2. La denuncia.

La ley faculta a cualquier persona que tenga noticia de un delito de acción pública para que lo denuncie al juez de instrucción, al agente fiscal o bien a la Policía Judicial, pero si la acción es pública dependiente de instancia privada, en este caso sólo podrá denunciar la persona que tenga facultad para hacerlo. A ese respecto el Tribunal

Superior Penal de Puntarenas estableció que: *"Tratándose de delitos de acción pública pero perseguibles a instancia privada, tal como el estupro, para proceder legalmente es indispensable que la denuncia haya sido formulada por las personas que en forma excluyente señala el Código Penal, y si estando facultados los progenitores de la menor para hacerlo, no lo hicieron, sino que quien se arrogó esa legitimación en forma indebida fue otra persona, lo procedente es revocar el auto de procesamiento y prisión preventiva dictado y en su lugar anular todo lo actuado"*.

La denuncia, de acuerdo con el Código Procesal Penal, al momento de ser presentada debe contener varias formalidades, como es el caso de presentarse ya sea en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial con su respectivo poder. Además, la denuncia debe contener la relación circunstanciada del hecho indicando a sus partícipes, ofendidos, testigos y demás elementos que pueden ser importantes para la comprobación del hecho y su calificación legal. En cuanto a formalidades de la denuncia y atendiendo principalmente su trascendencia, el Tribunal Superior Primero Penal ha resuelto que *"...una correcta administración de justicia conlleva la necesidad de llegar a sentencia luego de haber observado todas y cada una de las formalidades expresas señaladas por la ley, si aquellos no se cumplen, puede incurrirse en una eventual nulidad y en último término, en responsabilidad civil"*.

Además la denuncia deberá contener la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal, por ejemplo pruebas de todo tipo, esto con la finalidad de que el juzgador llegue a la conclusión de que efectivamente se cometió un ilícito, el cual debe ser sancionado de acuerdo con la ley vigente. Esta es la importancia del contenido de la denuncia.

Nuestra ley procesal establece la prohibición de denunciar al cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, con la excepción de que el delito aparezca ejecutado en daño del denunciante o de un pariente suyo de igual o más próximo grado de parentesco que lo liga al denunciado. En la etapa de la instrucción es obligación del juez advertir al testigo que puede abstenerse de declarar. El Tribunal Superior de Pérez Zeledón sobre este tema dispuso que *"el alegato del defensor de que en la instrucción no se cumplió con la ofendida la prevención de la norma procesal penal que obliga al tribunal o al órgano administrativo advertir bajo pena de nulidad al pariente del imputado que puede abstenerse de declarar, es improcedente, toda vez que ésta sólo se aplica cuando el compareciente es citado en carácter de testigo ofendido o no ofendido, pero no a quien se presenta sin ser requerido para denunciar el hecho, en cuyo caso dicha denuncia tiene valor probatorio por sí misma, aunque en el debate el ofendido se abstenga de declarar como testigo"*.

Obligatoriamente tendrán que denunciar los delitos perseguidos de oficio los funcionarios o empleados públicos que estén enterados de la comisión del ilícito, siempre y cuando estén en el ejercicio de sus funciones: los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan los hechos como con secuencia del ejercicio de la profesión, salvo los que por ley están bajo el amparo del secreto profesional.

La recepción de la denuncia puede ser realizada por el juez de instrucción, el agente fiscal o la Policía Judicial, con un procedimiento para cada uno de ellos; por ejemplo cuando la denuncia es recibida por el primero, éste deberá ponerla inmediatamente en conocimiento del agente fiscal, dentro de un término de veinticuatro horas, pero si el caso es de extrema urgencia el juez la pondrá en conocimiento del funcionario citado en un período más corto, esto con el fin de que haga un requerimiento de instrucción

formal, o bien solicite desestimar o remitir, la denuncia a otra jurisdicción. Dicha denuncia será desestimada si el agente fiscal encuentra que los hechos en que se funda no constituyen delito o no se pueda proceder; la desestimación la presentará ante el juez y si éste no estuviere de acuerdo en desestimarla, entonces el asunto se pondrá en conocimiento del fiscal del tribunal de apelación, quien decidirá lo que corresponda. En caso de que la denuncia sea presentada ante el agente fiscal, formulará requerimiento ante el juez en el plazo de veinticuatro horas, pero si el caso es de mucha urgencia entonces lo hará en forma inmediata. Puede este funcionario solicitar al juez la desestimación de la denuncia, tal y como lo comentamos líneas atrás. El tercer caso de recepción de la denuncia es aquel en que se presenta ante la Policía Judicial, quien la pondrá en conocimiento del juez de instrucción o del agente fiscal en forma Inmediata.

NORMATIVA

[Código Procesal Penal]^{iv}

Artículo 16.- Acción penal.

La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos.

En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, N° 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público.

(Así reformado el párrafo segundo por el artículo 3 de la Ley N° 8242 de 9 de abril del 2002, Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública)

JURISPRUDENCIA

1. Delitos de acción pública: Distinción con la acción privada y alcances del desistimiento de la querrela

[Sala Tercera]^v

Voto de mayoría:

“IV. Como tercer motivo, reclama el impugnante que la consecuencia de un desistimiento en un asunto de acción pública, no es el sobreseimiento, como lo dictó el Tribunal, pues existiendo un interés difuso en el conocimiento de los hechos, este no puede quedar librado a la actuación de un querellante particular. Tiene razón el petente. En el fallo hay un lamentable error de comprensión por parte de los Jueces. Según la exposición oral de la sentencia, al no concurrir el Ministerio Público a esa etapa del juicio, el asunto se volvía de acción privada, por lo que de acuerdo con el inciso b) del artículo 30 del Código Procesal Penal, el desistimiento traía aparejado el sobreseimiento. Eso es completamente equivocado. Lo que marca la diferencia entre un asunto de acción privada y uno de acción pública es el tipo de delito, al cual el legislador, en consideración al rango de los afectados, le ha atribuido un procedimiento u otro. Como se puede entender con vista en los artículos 16, 18 y 19 del Código Procesal Penal, en aquellos ilícitos en que el afectado es el interés público o hay interés público en la aplicación de la norma de fondo, la acción será pública (incluyendo allí los que son perseguibles a instancia privada, tomando en cuenta la posible afectación de la intimidad o reserva de las personas involucradas). En los que la afectación se limita a alguien o a un número reducido de personas, la acción penal es privada. En uno y otro caso, el legislador ha determinado diversos procedimientos. Lo único que podría hacer migrar una causa de uno a otro, es la conversión de la acción penal pública a una privada, que es una posibilidad excepcional contemplada en el artículo 20 de ese mismo código, y que en este asunto no se ha operado. Por ende, la diferencia entre una querrela pública y una privada, no radica en si el Ministerio Público está presente o no en el proceso, sino en el tipo de delito que se conoce. Bien puede suceder que en una causa tramitada por querrela pública, el Ministerio Público decida no proseguir en la causa (estimando que, en los casos que la ley lo autoriza, es inoportuno o bien que no se está ante un delito, como sucedió en este asunto). Pero eso no conlleva que, por mérito de esa ausencia del Ministerio Público, la causa se transforme, como erradamente lo dijo el Tribunal (11:14:52), en un asunto de acción privada y que, en consecuencia, el desistimiento acarree el sobreseimiento. Esto, como lo afirma el petente, haría que el interés público en la discusión judicial o persecución de un eventual delito quede librada a la diligencia de un particular, cosa que es ajena a la lógica de nuestro sistema procesal penal. Así las cosas, lo que procedía, conforme se explicó en el primer considerando, era dictar el desistimiento en cuestión, mas no sobreseer a la imputada, porque ni la normativa contempla que en tales casos de delitos de acción pública el desistimiento signifique una extinción de la acción penal (artículo 30 del Código Procesal Penal), como sí lo establece en cuanto a los delitos de acción privada; ni tampoco dicho desistimiento

impide que el tema resarcitorio puede ser discutido nuevamente en la vía competente (artículo 118 del Código Procesal Penal). Por consiguiente, se declara con lugar el motivo. Se casa la sentencia únicamente en cuanto sobreseyó a la imputada C del delito de denuncia calumniosa, presuntamente cometido en daño de H. Los demás extremos del pronunciamiento, incluyendo el desistimiento decretado de la acción penal e indemnizatoria, así como el relativo a las costas, quedan en firme.”

2. Delitos de acción pública: Validez de la Contraloría General de la República para intervenir como querellante dentro del proceso

[Sala Tercera]^{vi}

Voto de mayoría

“III. [...] Para proceder a analizar los aspectos cuestionados, debe partirse de lo dispuesto por la normativa nacional sobre el tema. De conformidad con el artículo 16 del Código Procesal Penal: “...La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra...la hacienda pública, los deberes de la función pública... y los contenidos en la...Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos...la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público...”. Por su parte, el numeral 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone: “...La Contraloría General de la República tendrá legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos...”. Asimismo, el ordinal 36 de este mismo cuerpo normativo señala: “...La Contraloría General de la República contará, en lo conducente, con las mismas garantías y facultades procesales asignadas por ley a la Procuraduría General de la República...”. Finalmente, el artículo 75 del Código Procesal Penal destaca que la víctima puede provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, derecho que tendrá cualquier persona“...contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos...”. En el caso particular, el encartado Mario Morales Guzmán fue condenado por delitos de acción pública, a saber: falsedad en la declaración jurada, cohecho impropio y enriquecimiento ilícito, con los cuales se lesionó los deberes de la función pública y la Hacienda Pública. A tenor del ordinal 183 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública. Con respecto a esta disposición la Sala Constitucional ha indicado: “...El concepto de vigilancia evoca, ineluctablemente, los de fiscalización, supervisión y control de todos los extremos y aspectos que comprenden la Hacienda Pública. No

cabe la menor duda que el constituyente originario erigió a la Contraloría General de la República en un órgano rector de fiscalización superior de todos los aspectos que atañen a la Hacienda Pública. Esa es su competencia genérica y originaria, de modo tal que cualquier desarrollo legislativo debe conformarse con ésta para fortalecerla y extenderla en proporción con los fines propuestos y supuestos por el constituyente originario. Cualquier norma, disposición o interpretación que redunde en un cercenamiento, limitación o desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundamental de la Contraloría General de la República –“vigilancia de la Hacienda Pública”-, resulta per se inconstitucional...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2004-02199, de las 12:59 horas, del 27 de febrero de 2004). De lo expuesto se colige que, conforme la normativa vigente en nuestro país, la Contraloría General de la República estaba plenamente legitimada para constituirse en querellante en la causa examinada. Nótese que la investigación del presente proceso dio inicio producto de una denuncia presentada por dicha institución (cfr, folios 1 a 16 del Tomo I del expediente principal). El ordinal 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le concede a esta institución las mismas facultades que a la Procuraduría General de la República, pudiendo intervenir como querellante dentro de un proceso penal en casos como el que nos ocupa, en el que se acusó la comisión de delitos contra la Hacienda Pública y los deberes de la función pública. En todo caso, esta Sala ha podido constatar que al exponer su reclamo, el recurrente no indica en qué radica el agravio supuestamente ocasionado a su defendido con la intervención de la Contraloría General de la República como querellante en este proceso.”

3. Delitos de acción pública: Improcedente dictar sobreseimiento definitivo ante manifestación de la ofendida indicando que no asistirá a debate

[Tribunal de Casación Penal]^{vii}

Voto de mayoría

“I.- La licenciada Mayra Campos Zúñiga, fiscal adjunta penal juvenil, plantea recurso de casación por la forma. En el único motivo señala que la fiscal solicitó el sobreseimiento definitivo con base en un procedimiento no establecido por ley, y en razón que la madre de la ofendida hizo una manifestación, antes del juicio, en el sentido que no iba a declarar, petición que fue acogida por la jueza penal. La recurrente lo hace en su condición de superior jerárquica de quien hizo aquel planteamiento, que solicita que se enmiende toda vez que, en su criterio, se ha seguido un procedimiento no establecido en la ley pues lo aquí acusado es un delito de acción pública por ser en perjuicio de menor de edad y en los cuales el Ministerio Público no puede revocar la instancia, menos por una simple manifestación hecha antes del juicio. El motivo es formalmente admisible. Tal y como este Tribunal lo ha expresado en otras ocasiones (ver, por ejemplo, los votos de esta Cámara números 2009-681 y 2008-668), con integraciones parcialmente similares a la actual pero cuya posición aquí se comparte, existe admisibilidad de la impugnación pues quien recurre hace su planteamiento a lo luz del artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que dispone: *"Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente.*

Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento."

Por ello, el recurso resulta admisible dado que el artículo establece la posibilidad de impugnación en uso de la enmienda jerárquica y ello supone que sea el superior jerárquico (en el presente caso la fiscal adjunta penal juvenil) quien, invocando esa norma e indicando los errores cometidos por el fiscal subordinado (pues ambos párrafos de la norma han de ser leídos en forma conjunta), haga el planteamiento fundamentadamente y por escrito (artículos 8 y 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), tal y como sucede en este caso.

II .- El motivo debe ser, además, acogido. En lo que atañe al fondo de lo planteado, también lleva razón la impugnante. Se acusa al encartado del delito de abuso sexual contra persona menor de edad (ver folios 13 a 14). La jueza de instancia, a solicitud de la representante del Ministerio Público licenciada Arlene Abarca Villalobos, acogió la solicitud de sobreseimiento definitivo a favor del imputado ya que no se contaría en el debate con la deposición de la ofendida. La actuación del a quo no fue correcta ya que no hay norma legal que le permita proceder como lo hizo, prescindiendo del debate oral por aquella sola manifestación informal, y menos en este caso en que, por acusarse un delito en perjuicio de persona menor de edad la acción es pública y no depende de instancia privada. Lo propio habría sido la realización del debate para escuchar las partes con los formalidades exigidas por ley y, luego de ello, tomar la decisión correspondiente. Ha de recordarse que los y las fiscales y los jueces y juezas son funcionarios públicos ergo, regidos por el principio de legalidad y, por ello, sólo pueden hacer aquello que expresamente el Ordenamiento Jurídico les autorice a efectuar (artículo 11 de la Carta Magna) sin que nuestra legislación procesal prevea ninguna norma en virtud de la cual sea posible tomar, ante la constancia tomada por un auxiliar judicial, la solución que aquí se adoptó. Así las cosas, lleva razón el Ministerio Público y, por ello, procede declarar con lugar este recurso, anular la sentencia dictada y ordenar la devolución del expediente al Juzgado Penal Juvenil para lo que en derecho corresponda."

4. Delitos de acción pública: Innecesaria interposición de la denuncia en caso de robo agravado

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

"I. Primer motivo de casación por la forma. Violación al debido proceso. Impugna el recurrente, cómo los Jueces derivaron una sentencia condenatoria a pesar de no existir una denuncia formal, donde fuera juramentada la ofendida H , para justificar el accionar policial así como el reconocimiento fotográfico que finalmente concluyó en su detención. El reclamo no es de recibo. Debe tomarse en cuenta que el delito de robo agravado que se le atribuyó al encartado en perjuicio de la agraviada H , es un delito

de acción pública, cuyo ejercicio, según el artículo 16 del Código Procesal Penal, le corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación facultativa que nuestra normativa le otorga a la víctima. Conforme con lo anterior, se equivoca el recurrente al entender que dicho acto inicial deba ser requerido para validar los demás actos de investigación que se hayan realizado en un determinado proceso. Sobre el papel que juega dicha diligencia, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que la misma debe entenderse como: *“...la notitia criminis que determina la apertura de un proceso penal. Así las cosas, no es jurídicamente procedente establecer que, las manifestaciones que constan en el documento de la denuncia, se impongan por sobre la declaración que el testigo rinde en el juicio oral y público, sino que lo que legalmente corresponde, es la valoración integral de la prueba evacuada en el contradictorio, conforme a la estricta aplicación de las reglas de la sana crítica, según lo estipulado en los artículos 142, 184 y 369 inciso d) del Código Procesal Penal...”* (Ver resolución N° 2008-773, de las 14:20 horas, del 6 de agosto de 2008). De lo anterior, se desprende que la denuncia cumple la función de dar noticia a las autoridades de un posible suceso delictivo, no obstante, su carácter no es exclusivo, pues para tal propósito, resulta igual de efectivo un informe o parte policial. Para tales efectos, se observa que dicha noticia fue consignada y ratificada por la agraviada H. conforme se desprende a folios 24,25, 94 y 95, ante los investigadores de la Sección Especializada en Asaltos del Organismo de Investigación Judicial. De igual forma, la ofendida se presentó al debate oral, a rendir su declaración sobre los hechos ocurridos en su perjuicio, la cual fue escuchada y analizada por el Tribunal previo interrogatorio de las partes (Ver DVD, de la sentencia oral, 16:14:00). En consecuencia, no existe duda alguna de que la investigación se motivó en los hechos relatados por la agraviada tanto ante la autoridad policial, como también, ante las partes del presente proceso en la etapa del contradictorio, sin que pueda afirmarse que existe un vicio que reste validez al análisis realizado por el a quo. En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación.”

5. Delitos de acción pública: Análisis sobre la legitimación para denunciar

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

"ÚNICO. [...] Amén de que el segundo alegato debe rechazarse por ser manifiestamente improcedente -ya que tratándose de un delito de acción pública, cualquier persona se encontraría legitimada para interponer la denuncia ante el Ministerio Público, sin que sea necesario que la ley le imponga en forma directa a los directores de instituciones educativas el deber de denunciar- ambos motivos fueron ya objeto de análisis en vía de casación. Al resolver las impugnación formulada en su momento por el encartado, esta Sala resolvió: *“...el imputado y su defensora particular plantean recurso de casación en contra del fallo condenatorio de mérito, ello a partir de los siguientes reparos: PRIMER MOTIVO: a) En la “indagatoria” se incluyó la dirección exacta del imputado, su número de teléfono y su manifestación de que atendería notificaciones en la oficina de la defensora pública. Jamás recibió notificación ni noticia*

algunas, hasta el domingo 9 de noviembre cuando su tío recibió una llamada telefónica, donde se le indicaba que necesitaban que se presentara en el OIJ de Heredia, lo cual en efecto hizo, siendo ahí detenido. La declaratoria de rebeldía fue infundada, pues nunca cambió de domicilio; b) La esposa de su tío recibió la notificación de la audiencia preliminar y nunca se la entregó, de lo cual no se enteró hasta que salió de la cárcel (se adjunta declaración jurada de la señora Dunia Martínez Zumbado); c) El tribunal no acepta “ninguna solicitud anterior al debate oral y público”; d) Al decretarse la captura por rebeldía se violentó el principio de proporcionalidad; SEGUNDO MOTIVO: En la sentencia no se observó el proceso administrativo que aplicó la dirección administrativa de la Universidad Americana, donde, con sustento en la legislación educativa vigente, se sancionó al encartado, a quien se le impuso la pena máxima: expulsión. Con lo anterior, se violó el principio constitucional de non bis in idem, que prohíbe sancionador dos veces a una persona, por la misma falta. TERCER MOTIVO: En este apartado se aduce que la conducta del imputado no alcanza a producir perjuicio a terceros ni a la fe pública, por lo cual resulta atípica, siendo sancionable sólo por el sistema educativo nacional. II.- Ninguno de los reclamos es atendible. En lo que al primer motivo se refiere, es claro que el planteamiento no es de recibo, pues no se explica de qué modo se vería afectada la legitimidad del fallo impugnado con las situaciones que se describen, las que en todo caso parece que se dieron en otras fases del proceso, por lo que en cuanto a ello operó la preclusividad (...) En lo que a los dos restantes alegatos se refiere, la argumentación de la defensa parte de una interpretación del artículo 42 de la Constitución Política que esta Sala no comparte, pues en realidad la garantía del non bis in idem que se denuncia como inobservada, se circunscribe al doble juzgamiento penal de una persona por los mismos hechos, lo que no se ha dado en este caso (...) es claro que si al imputado se le impuso una sanción de índole administrativo por estos hechos (expulsión de la universidad privada donde se encontraba estudiando), ello de ningún modo tendría la idoneidad de producir cosa juzgada en sede penal, pues la garantía constitucional que se invoca se refiere al doble juzgamiento penal por el mismo hecho, lo cual no se ha dado. Por otra parte, del contenido de la sentencia que se impugna resulta claro que la conducta del acusado, quien se apersonó a las instalaciones de la Universidad Americana en Heredia donde, a efectos de acreditar su grado académico y matricularse en una de las carreras que ahí se imparten, presentó un original y dos fotocopias del título Bachiller en Letras expedido supuestamente por el Ministerio de Educación Pública, el cual resultó ser falso, sí resultaba idónea para producir un eventual perjuicio a terceros, por cuanto con la presentación de ese título espurio quedaba habilitado para iniciar estudios superiores que le hubieran permitido en un futuro graduarse como profesional en algún área, todo ello sin que en realidad cumplierse con los requisitos académicos exigidos a dichos efectos. Es claro entonces que una persona graduada en tales condiciones, bien podría llegar a ejercer una actividad profesional y devengar honorarios, todo en detrimento de terceras personas (usuarios). Lo anterior permite establecer que la acción ejecutada por el endilgado resultaba idónea y capaz de llegar a producir perjuicios, con lo cual se cumplió el elemento objetivo que exigen los artículos 359 y 365 del Código Penal...” (Resolución N° 759 de las 11:22 horas del 25 de junio de 2004, folios 173 a 177). Los mismos reproches se presentaron de nuevo en un procedimiento de revisión anterior (cfr. folios 209 a 212), sin que en aquella ocasión ni en esta, se encuentren novedosas razones que justifiquen replantear lo resuelto. Obsérvese que, no obstante el segundo de los

alegatos se planteó en casación como inobservancia del artículo 42 de la Constitución Política, y ahora se hace a la luz del numeral 33 del mismo cuerpo normativo, no varía por ello el contenido de la queja, cual es esencialmente que los hechos acreditados constituyen una falta administrativa, que debía sancionarse como tal y no en la vía penal. Así las cosas, se comprueba que en su totalidad los reclamos interpuestos ahora, ya fueron debidamente resueltos en los términos indicados y por ello, de conformidad con lo que dispone el artículo 411 del Código Procesal Penal, lo procedente es declarar inadmisibile la gestión incoada."

6. Delitos de acción pública: Análisis con respecto al ilícito de relaciones sexuales con personas menores de edad

[Sala Tercera]*

Voto de mayoría

"I.- Dada la relación existente entre los dos motivos de casación planteados, esta Sala los resolverá de manera conjunta. **Único motivo de casación por la forma.** Con base en los artículos 1, 2, 6, 42, 142, 179, 365 y 369 inciso c) del Código Procesal Penal y 36 de la Constitución Política, el impugnante reclama que el Ministerio Público inició un proceso de **acción pública** dependiente de instancia privada sin anuencia de la parte ofendida y lo continuó contra sus deseos hasta la imposición de una condena. En concreto, afirma que a su patrocinado se le atribuyó el delito de *relaciones sexuales con personas menores de edad* calificadas por su parentesco con la víctima ya que se trata de su hermana. Señala el defensor que desde el inicio del proceso se invitó a la agraviada I.P.D.D. a denunciar a su hermano y a declarar sobre los hechos y ésta se negó, posición que ignoró la Fiscalía y los Juzgadores. Para el recurrente, de conformidad con el artículo 18 inciso a) del Código Procesal Penal las relaciones sexuales con personas mayores de doce años y menores de quince años, siempre y cuando sean consentidas, son **delitos de acción pública** dependientes de instancia privada. Así las cosas, el artículo no hace ninguna diferenciación por el parentesco, de tal manera que no convierte en **delitos de acción pública** aquellos que son cometidos por parientes. Todo esto es ignorado por el Tribunal sentenciador al decir que la relación sexual consentida que tuvieron el encartado y la víctima -y que se tuvo por demostrada- constituye para efectos del numeral 18 del Código Procesal Penal una agresión sexual calificada por la relación de parentesco, desconociendo además que la agresión sexual implica precisamente, algún grado de agresión contra la víctima, circunstancia que no se da en una relación consentida. En virtud de lo expuesto, solicita se acoja el motivo y se dicte una sentencia absolutoria a favor de su defendido. **Único motivo de casación por el fondo:** En este acápite, el defensor público del justiciable reclama que el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad agravado por la relación de parentesco es de **acción pública** dependiente de instancia privada y no de **acción pública**. En concreto, agrega que el Tribunal hizo mal al considerar que se trata de una agresión sexual calificada o agravada en los términos que señala el inciso b) del numeral 18 del Código Procesal Penal. **No lleva razón el recurrente.** El Tribunal tuvo por demostrado que la ofendida I.P.D.D. a la

edad de catorce años y diez meses de edad tuvo relaciones sexuales consentidas con su hermano José Alonso Díaz Díaz, encuentro del que nació el niño Wilberth Alfonso Díaz Díaz (folio 82 frente), no obstante que desde el inicio mismo del proceso la víctima manifestó su deseo de no denunciar o declarar en contra de su hermano (folio 6 frente), posición que reiteró en el mismo debate (folio 83 frente). Ante este panorama, lo primero que hay que es si el delito de *relaciones sexuales con persona menor de edad* calificado por la relación de parentesco es de **acción pública** o de **acción pública** perseguible sólo a instancia privada. Sobre esto, nos resulta útil hacer referencia a la sentencia de la Sala Constitucional No. 00993, de las 16:21 horas del 16 de febrero de 1999, que en lo que interesa, indica: "(...) *El artículo 18 del Código Procesal Penal amplía con respecto a la legislación anterior la cantidad de delitos considerados de acción pública perseguibles a instancia privada. Con relación a los delitos cuyo bien jurídico tutelado lo constituye la libertad sexual se consideran de acción pública a instancia privada las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad, la violación cuando la persona ofendida sea mayor de quince años no se halle privada de razón o incapacitada para resistir (inciso a) y las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas. La nomenclatura que utiliza este artículo no coincide del todo con la utilizada por el Código Penal vigente, por ejemplo, en este último no se contempla ninguna figura denominada relaciones sexuales consentidas o agresiones sexuales.- Sin embargo es claro que se incluyen dentro del concepto de agresiones sexuales sólo las que no se encuentran incluidas expresamente en el inciso a) del artículo 18, dado que si el legislador hubiera querido incluir a esos tipos penales, entre ellos, la violación, así lo habría hecho claramente.- Esa ampliación del catálogo de delitos que son dependientes de instancia privada se origina en la filosofía del renacimiento de la participación de la víctima en el proceso penal que inspira la nueva normativa e implica el otorgarle a ésta la posibilidad de decidir tanto el inicio del proceso como su finalización. El artículo 17 del Código Procesal Penal en el párrafo cuarto, refiere que la víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, claro está, cuando se trata de delitos de instancia privada o de acción pública a instancia privada.- La decisión de cuáles delitos son objeto de acción pública y cuáles de acción privada es de competencia exclusiva del legislador quien dentro del marco del diseño de la política criminal crea y define las conductas delictivas con sus correlativas consecuencias jurídicas así como las normas procesales. El accionante hace una comparación entre el delito de violación y el delito de abuso deshonesto agravado y refiere que en el primero sí existe la posibilidad de revocar la instancia y en el segundo no. Esa afirmación no es verdadera. El único caso en que se puede revocar la instancia con relación a la imputación de hechos constitutivos del delito de violación es cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se hallare privada de razón o esté incapacitada para resistir. Los demás casos de violación son de acción pública en razón de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 18 del Código Procesal Penal, incluyendo claro está las figuras agravadas y calificadas. De manera que tanto en el caso de la violación agravada o calificada como en el del abuso deshonesto agravado o calificado, no es posible que la víctima revoque la instancia pues no está dentro de su poder de disposición por tratarse de delitos de acción pública. Aunado a ello, la condición de "profesional" que se prevalece del ejercicio de su cargo como agravante de la figura penal existe tanto para el caso de la*

violación como del abuso deshonesto.- En todo caso, se trata de dos figuras penales disímiles que el legislador puede regular conforme crea conveniente, siempre que la diferenciación no se fundamente en una razón ilegítima o discriminatoria contraria a los derechos humanos, esto es, no está obligado a otorgar el mismo trato a los autores de una y otra figura. Por todo lo expuesto, se concluye que no existe ninguna desigualdad de trato que reconocer así como tampoco ninguna irrazonabilidad o desproporcionalidad que haga inconstitucional la norma cuestionada..." (El destacado es nuestro). Haciendo este mismo análisis con respecto al delito de *relaciones sexuales con personas menores de edad*, previsto y sancionado en el numeral 159 del Código Penal, estima esta Sala que el inciso a) del artículo 18 del Código Procesal Penal solamente contempla como perseguible a instancia privada la forma simple de dicha delincuencia, a saber, la relación sexual consentida con una persona mayor de doce años y menor de quince, siendo de **acción pública** los casos en que esta delincuencia se califica o agrava por el vínculo existente entre el autor del hecho y la víctima. En esto, no se puede desconocer que el legislador elevó la pena tratándose de estas conductas e incluso, amplió hasta los dieciocho años la edad que podría tener la persona ofendida, poniendo de manifiesto lo reprochable que le resulta el hecho de que un individuo que tiene la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana, tutor o guardador de la víctima, se aproveche de la edad de ésta para tener relaciones sexuales consentidas. Para los suscritos, si el legislador hubiese considerado que la figura calificada o agravada de las relaciones sexuales con personas menores de edad también debía ser incluida entre los **delitos de acción pública** perseguible sólo a instancia privada, así lo habría señalado en el inciso a) del numeral 18 del Código Procesal Penal, más si no lo hizo, reformando dicha norma (pues la actual **redacción** del artículo 159 del Código Penal entró en vigencia con posterioridad al Código Procesal Penal), fue precisamente porque estimó que se trata de conductas que lesionan seriamente el bien jurídico tutelado y en ese tanto, su persecución no podría depender de la voluntad de una de las partes. Ante esta tesitura, es evidente que no obstante la negativa de la víctima para denunciar a su hermano, era legalmente posible que el Ministerio Público investigara y acusara la delincuencia cometida por éste y que el Tribunal de Juicio, tras tenerla como demostrada, la sancionara. Por lo anterior, se declara sin lugar el presente recurso de casación."

ⁱ Carnelutti, Francesco (1994). Derecho Procesal Civil y Penal. Obra Compilada y editada. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Mexico. Páginas 314-315.

ⁱⁱ Cafetzóglus, Alberto Néstor. (1999). Derecho Penal Procesal. Editorial Hamurabi. Argentina. Páginas 48-50.

ⁱⁱⁱ Matínez Brenes, Luis. (1981). "La Acción Penal Pública Dependiente de Instancia Privada". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. San Pedro de Montes de Oca. San José, Costa Rica. Páginas 55-65.

^{iv} Asamblea Legislativa.- Ley número 7594 del diez de abril de 1996. Código Procesal Penal. Fecha de vigencia desde 01/01/1998. Versión de la norma 15 de 15 del 14/03/2012. Datos de la Publicación Gaceta número 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

^v Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 915 de las 11 horas del 29 de julio de 2011. Expediente: 05-001663-0283-PE.

^{vi} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 877 de las 10:15 horas del 22 de julio de 2011. Expediente: 06-016713-0042-PE.

^{vii} Tribunal de Casación Penal.- Sentencia 651 de las 14:35 horas del 31 de mayo de 2011. Expediente: 10-000362-0702-PJ.

^{viii} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 1074 de las 10:41 horas del 15 de octubre de 2010. Expediente: 09-009779-0042-PE.

^{ix} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 275 de las 9:35 horas del 29 de marzo de 2006. Expediente: 05-000174-0006-PE.

^x Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 234 de las 9 horas del 1 de abril de 2005. Expediente: 02-200712-0414-PE.