



DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Acción Penal.
Palabras Claves: Acción Penal, Delitos de Acción Privada.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 20/08/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	3
A. Delitos de Acción Privada.....	3
B. El Querellante en los Delitos de Acción Privada	3
C. Procedimiento para Juzgar los Delitos de Acción Privada.....	4
DOCTRINA	6
¿Qué es un Delito de Acción Privada?	6
Delitos de Acción Privada.....	6
JURISPRUDENCIA	7
1. El Concepto de Delito de Acción Privada.....	7
2. Distinción entre los Delitos de Acción Pública y los Delitos de Acción Privada	9
3. La Intervención del Querellante en los Delitos de Acción Privada.....	10
4. Alcances y Efectos del Desistimiento en la Querella	14
5. Desistimiento Tácito en los Delitos de Acción Privada y los Alcances de la Participación del Mandatario	26
6. Admisibilidad del Recurso de Apelación contra la Resolución que Rechaza la Querella y Dicta el Archivo Definitivo de la Causa	29

7. Efectos de la Inasistencia a la Audiencia de Conciliación del Querellante en Delitos de Acción Privada	31
8. El Desistimiento de la Querella, ¿Declarable de Oficio?	33
9. La Interposición de la Querella como Acto Interruptor de la Prescripción en los Delitos de Acción Privada	35
10. Procedimiento para Juzgar los Delitos de Acción Privada.....	36
11. Diferencia entre los Delitos de Acción Privada y los Delitos de Acción Pública Perseguibles a Instancia Privada	39
12. Delitos de Acción Privada: Carga de la Prueba	40

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre los Delitos de Acción Privada, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que prevén tal instituto del derecho procesal penal.

En este sentido la normativa por medio de varios artículos del Código Procesal Penal ensaya la definición de los delitos de acción privada estipulando cuales delitos los componen, además determina el papel del ofendido en la persecución de tales delitos y el procedimiento que debe ser seguido en aras de juzgar tales ilícitos.

La doctrina mediante lo estipulado en la página web del Ministerio Público define que se debe entender por un delito de acción privada, mientras que el Dr. Gerardo Calvo Picado expone algunas consideraciones históricas sobre los delitos de acción privada y su diferencia con los delitos de acción pública.

Mientras que la jurisprudencia por medio de la resolución de casos prácticos determina los pasos a seguir en el procedimiento para juzgar delitos de acción privada y diferencia esta figura de los delitos de acción pública y los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, definiendo lo que se debe entender por este tipo de ilícitos; considerando la relación de estos delitos con algunos institutos de derecho procesal penal como el desistimiento, la conciliación, la carga de la prueba, la prescripción, la actuación de oficio por parte del juez y el archivo definitivo de la causa.

NORMATIVA

A. Delitos de Acción Privada

[Código Procesal Penal]ⁱ

ARTICULO 19. **Delitos de acción privada.** Son delitos de acción privada:

- a) Los delitos contra el honor.
- b) La propaganda desleal.
- c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

B. El Querellante en los Delitos de Acción Privada

[Código Procesal Penal]ⁱⁱ

ARTICULO 72. **Querellante en delitos de acción privada.** Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querrela y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria, de conformidad con lo dispuesto en este Código.

El representante legal del menor o el incapaz por los delitos cometidos en su perjuicio gozarán de igual derecho.

ARTICULO 73. **Representación.** El querellante deberá actuar con el patrocinio de un abogado.

Cuando los querellantes sean varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si no llegan a un acuerdo.

ARTICULO 74. **Forma y contenido de la querrela.** La querrela será presentada, por escrito, personalmente o por mandatario con poder especial, y deberá expresar bajo pena de inadmisibilidad:

- a) El nombre, los apellidos y el domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario.
- b) El nombre, los apellidos y el domicilio del querrelado o, si se ignoran, cualquier descripción que sirva para identificarlo.
- c) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, con indicación del lugar y el momento en que se ejecutó, si se saben.
- d) La solicitud concreta de la reparación que se pretenda, si se ejerce la acción civil.
- e) Las pruebas que se ofrezcan.

- i) Si se trata de testigos y peritos, deberán indicarse el nombre, los apellidos, la profesión, el domicilio y los hechos sobre los que serán examinados.
- ii) Cuando la querella verse sobre calumnias, injurias o difamaciones, el documento o la grabación que, en criterio del accionante, las contenga, si es posible presentarlos.
- f) La firma del actuante o, si no sabe o no puede firmar, la de otra persona a su ruego.

Se agregará, para cada querellado, una copia del escrito y del poder.

C. Procedimiento para Juzgar los Delitos de Acción Privada

[Código Procesal Penal]ⁱⁱⁱ

ARTICULO 380. **Querella y traslado.** La querella será presentada ante el tribunal de juicio, que dará audiencia al querellado para que, en el plazo de cinco días, manifieste lo que considere conveniente en su defensa, ofrezca la prueba conforme a las reglas comunes y oponga las excepciones y recusaciones que estime conveniente. Cuando se haya ejercido la acción civil, en esa misma oportunidad se le dará traslado.

(La Sala Constitucional mediante resolución N° 3594-12 del 14 de marzo de 2012, estableció que esta norma “no es inconstitucional siempre y cuando se interprete en forma amplia y favorable a las garantías y derechos del querellado.”)

ARTICULO 381. **Auxilio judicial previo.** Cuando no se haya logrado identificar, individualizar al acusado o determinar su domicilio, o cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el hecho, sea imprescindible llevar a cabo diligencias que el querellante no pueda realizar por sí mismo, requerirá en la acusación el auxilio judicial, e indicará las medidas pertinentes.

El tribunal prestará el auxilio, si corresponde. Luego, el acusador completará su acusación dentro de los cinco días de obtenida la información faltante.

ARTICULO 382. **Acumulación de causas.** La acumulación de causas por delitos de acción privada se regirá por las disposiciones comunes, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

ARTICULO 383. **Desistimiento.** El querellante podrá desistir expresamente en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

Se tendrá por desistida la acción privada:

- a) Si el procedimiento se paraliza durante un mes por inactividad del querellante o su mandatario, y estos no lo activan dentro del tercer día de haberseles

notificado la resolución, que se dictará aun de oficio, en la que se les instará a continuar el procedimiento.

- b) Cuando el querellante o su mandatario no concurran, sin justa causa, a la audiencia de conciliación.
- c) Cuando el querellante o su mandatario no concurran, sin justa causa, a la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones.
- d) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no comparezca ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

En los casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse antes de la iniciación de la audiencia, si es posible o, en caso contrario, dentro de cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquella.

ARTICULO 384. Efectos del desistimiento. El desistimiento expreso sólo comprenderá a los partícipes concretamente señalados. Si no se menciona a persona alguna, deberá entenderse que se extiende a todos.

El desistimiento tácito comprenderá a los imputados que han participado del procedimiento.

Cuando el tribunal declare extinguida la pretensión penal por desistimiento, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas al querellante, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa.

ARTICULO 385. Audiencia de conciliación. Vencido el plazo de audiencia sobre la querella, se convocará a una audiencia de conciliación dentro de los diez días siguientes.

En lo demás, serán aplicables las reglas comunes de la conciliación.

ARTICULO 386. Conciliación y retractación. Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas respectivas estarán a cargo de cada una de ellas, salvo que convengan lo contrario.

Si se trata de delitos contra el honor, si el querellado se retractara en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo.

La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el tribunal estime adecuada.

ARTICULO 387. Procedimiento posterior. Si el querellado no concurre a la audiencia de conciliación o no se produce esta o la retractación, el tribunal convocará a juicio

conforme a lo establecido por este Código y aplicará las reglas del procedimiento ordinario.

DOCTRINA

¿Qué es un Delito de Acción Privada?

[Ministerio Público]^{iv}

Son aquellos que solo pueden ser perseguidos si el propio ofendido (a) o su representante denuncia el hecho ante el Juez Penal directamente. En consecuencia, el Ministerio Público no participa en dicha persecución penal. Aunque sean conocidos por otras personas o por el mismo Ministerio Público, no se abrirá un procedimiento para castigar al imputado si el ofendido (a) no lo denuncia. El artículo 19 del Código Procesal Penal establece cuáles son:

Delitos contra el honor. Están contemplados en los artículos 145 a 155 del Código Penal, y son:

- Injuria.
- Difamación.
- Calumnia.
- Ofensa a la memoria de un difunto.
- Publicación de ofensas.
- Difamación de persona jurídica.
- La propaganda desleal (art. 242 del Código Penal)
- Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Delitos de Acción Privada

[Calvo Picado, G]^v

La acción penal privada constituye prácticamente un resabio del sistema acusatorio. En ella –se considera– no existe un interés público para el castigo de su autor, sino que el particular ofendido, a quien le pertenece enteramente, es la única persona quien puede decidir sobre la oportunidad y conveniencia de someterlo a un proceso, dada la naturaleza estrictamente privada de los intereses que lesiona, de lo cual se deriva que el particular ofendido tiene un poder absoluto de disposición sobre ella, no sólo para decidir si da lugar a un proceso, sino también para suspenderlo o terminarlo en cualquier momento, independientemente del estado en que se encuentre y aún después de terminado, su voluntad incide sobre la extinción de la pena impuesta. Se mantiene en el Ordenamiento jurídico positivo por la necesidad de otorgar al ofendido una consideración especial, para quien el juzgamiento de la ofensa puede ser

inconveniente (pero no es del todo exacto que el Estado no tenga interés en que ese tipo de delitos sean juzgados) y por ese motivo es que se le otorga la titularidad y el poder de disposición de dicha acción.

JURISPRUDENCIA

1. El Concepto de Delito de Acción Privada

[Tribunal de Casación Penal]^{vi}

Voto de mayoría

“II. El representante de la ofendida M. C, alega infracción de la normativa procesal, concretamente de los artículos 1, 41 de la Constitución Política, 1, 5, 8, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1, 2, 19, 33 inciso b), 142, 147, 363, 422, 424, 444, 445, 450 y 451 del Código Procesal Penal. En síntesis, a su juicio, el Tribunal de mérito incurre en un error al no tomar en cuenta que al autorizarse la conversión de acción pública a instancia privada, la presentación de la querrela tenía la virtud de interrumpir la prescripción de la acción penal. Advierte, con abundantes citas de jurisprudencia, que esa es la interpretación que mejor se ajusta a la tutela judicial efectiva de las víctimas. *Se declara con lugar el motivo.* Si bien es cierto el servidor que redacta esta decisión había concurrido en el voto 2004-984, de las 10:00 horas, del 23 de setiembre del 2004, del Tribunal de Casación, donde se estableció que en estos casos la presentación de la querrela no interrumpía la prescripción de la acción penal, también lo es que integrando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como Magistrado Suplente, tuve oportunidad de variar dicho criterio, el cual es ahora compartido por los dos restantes integrantes del Tribunal de Casación, a los cuales nos corresponde resolver el recurso planteado. Concretamente, en el fallo 538, de las 9:12 horas, del 25 de mayo del 2007, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dispuso sobre el tema en discusión: “... *la entidad ofendida, a través de su representante legal, solicitó al Ministerio Público, en aplicación del artículo 20 del Código Procesal Penal, la conversión de la acción penal pública en privada, por cumplir con los requisitos formales para su concesión: a) la petición de la víctima al Ministerio Público; b) la inexistencia de un interés público gravemente comprometido, al investigarse un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas, sin que se tengan en la causa otros ofendidos salvo la empresa representada por el denunciante, de allí que el 20 de julio de 2005, el Ministerio Público autorizó la conversión de la acción penal pública en privada, de tal modo que, en adelante, el órgano fiscal carecía de competencia para seguir la tramitación de la causa en cuestión, siendo controlada por la parte perjudicada con el delito acusado. Una vez que se autorizó la conversión solicitada, la entidad ofendida representada por su apoderado generalísimo sin límite*

de suma, con fecha 4 de agosto de 2005 (antes de que operara la prescripción de la acción penal), interpuso ante el Tribunal de Juicio de la jurisdicción, la correspondiente querrela de acción privada. Tal acto, contrario a lo que señala el Tribunal de Juicio en la sentencia de sobreseimiento recurrida, sí interrumpió la prescripción, de conformidad con el numeral 33 inciso b) del Código Procesal Penal. No obstante, el Tribunal a quo sostiene en la resolución cuestionada, que el referido artículo 33 b) idem, no es de aplicación en el presente asunto, por estimar que el instituto de la conversión de la acción penal pública a privada que contempla el numeral 20 de la normativa procesal penal, lo que autoriza es únicamente la conversión del procedimiento, pero no del delito, el cual continúa siendo de acción pública. A juicio de esta Sala, el razonamiento de los Juzgadores no es de recibo. Tal y como lo sostiene el impugnante en el recurso formulado, la legislación procesal, en su artículo 16, contempla dos tipos de acción penal: pública y privada, correspondiendo el ejercicio de la primera de ellas, al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código procesal concede a la víctima o a los ciudadanos, previendo en el artículo siguiente (numeral 17), los casos en que el ejercicio de la acción pública requiere instancia privada, es decir, que para que el Ministerio Público ejerza la acción penal deviene imprescindible la denuncia previa del ofendido menor de 15 años o bien si es menor de esa edad, en orden excluyente, la de sus representantes legales, tutor o guardador, sin perjuicio de que con anterioridad a esta denuncia, el órgano acusador realice actos urgentes o necesarios para conservar las pruebas, pudiendo la víctima luego ratificar la instancia o en igual forma revocarla en cualquier momento, estableciéndose las conductas ilícitas que integran esta categoría de delitos (artículo 18 del Código Procesal Penal). Por su parte el artículo 19 de la misma normativa, determina los delitos de acción privada: a) contra el honor; b) la propaganda desleal y c) cualquier otro delito que la ley califique como tal, clasificación, esta última, en la que, tal y como lo establece la Sala Constitucional, en el voto número 2326 del 6 de marzo de 2002, citado por los recurrentes en su impugnación, podrían incluirse aquellos hechos, que siendo de acción pública, se conviertan en privada ante el pedido de la víctima y la autorización del ente fiscal, previo cumplimiento de los requisitos formales exigidos, en aplicación del artículo 20 del Código Procesal Penal, incorporándose como delitos de acción privada, y que continuarán su tramitación, mediante querrela privada, acorde a los presupuestos contemplados en el procedimiento por delitos de esa naturaleza (artículos 380 a 387 de la ordenanza procesal penal), abandonando el procedimiento establecido para los delitos de acción pública (en este mismo sentido ver voto número 513-05 de las 14:35 horas del 30 de mayo de 2005. Sala Tercera Penal). Desde esta perspectiva, con relación al tema de prescripción, subsisten los lineamientos señalados en los numerales 31 a 35 de la normativa procesal, en armonía con el procedimiento especial para los delitos de acción privada, y en lo que se refiere a las causales de interrupción, tal y como lo reprochan los gestionantes, ha de considerarse la presentación de la querrela, por haberse convertido la conducta ilícita acusada en un delito de acción privada. Tal y

como se razona en el motivo invocado, la tesis del Tribunal aplicada en la resolución que se cuestiona, atenta contra el principio de indivisibilidad que caracteriza al régimen procesal, en este caso, en lo que se refiere al instituto de la prescripción, al insistir los Juzgadores en conservar las causales interruptoras propias de la acción penal pública, a una causa, que habiendo mantenido en principio esa naturaleza, se convirtió en acción privada, lo que permite la aplicación de un procedimiento y presupuestos diferentes. Por último, esta Sala estima atendible la queja de los impugnantes, al combatir el argumento central manifestado por el Tribunal, en tanto indicaron que lo convertido, de pública a privada, fue la acción y no el delito, que se mantiene con carácter público, pues en efecto, según se alega, el delito, en sí mismo, no es público o privado, sino que es la acción penal la que mantiene tales condiciones...." (sentencia 538-2007, de las 9:12 horas, del 25 de mayo del 2007). De acuerdo con esta posición y conforme se admite en la resolución impugnada, la prescripción de la acción penal en esta causa se habría producido el siete de octubre del dos mil siete, sin embargo, el representante de la víctima presentó la querrela privada el cinco de octubre de dos mil siete, con lo cual se interrumpe el plazo de prescripción y corrió uno nuevo, razón por la cual debe acogerse el reclamo, anulando el fallo impugnado y decretando el reenvío para nueva sustanciación."

2. Distinción entre los Delitos de Acción Pública y los Delitos de Acción Privada

[Sala Tercera]^{vii}

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.”

3. La Intervención del Querellante en los Delitos de Acción Privada

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

“La decisión del Tribunal deviene justificada por la inasistencia del representante de la querellante y no ante la ausencia de la querellada. De la constancia visible a folio 132, se desprende: i) que a la hora y fecha señalada para la realización del juicio, sólo se presentaron: la querellante A , el defensor público licenciado Oscar Mario Murillo, y antes de finalizar el documento se apersonó la licenciada Maylin Chinchilla Vargas, quien asumiría la defensa de la denunciada, ii) que el representante legal de la querellante no asistió, y, iii) que tampoco compareció la denunciada, K , aportándose al efecto dictamen médico; ante lo cual reza el acta: “[...] en consecuencia el tribunal dispone suspender el debate, y se resolverá conforme a derecho corresponde. [...]”. En

razón de lo anterior, el Tribunal resuelve el sobreseimiento a favor de la querellada al considerar que: “[...] Como se consigna en la constancia de folio 132, al debate señalado para el 20 de noviembre del presente año no se presentó la representación legal de la parte querellante, quien sabía del señalamiento y si lo hizo solo que sin su abogado. Transcurrido el término de ley, y siendo esta causa de acción privada, la parte interesada no informó al despacho en torno al extremo precedente, lo que equivale a la no justificación de la inasistencia en cuestión. Consecuentemente la incomparecencia al debate señalado del director legal o mandatariode(sic) la querellante y la no justificación a la diligencia procesal de orden relevante, constituyen a criterio del tribunal un desistimiento tácito a la acción privada incoada, en concordancia con el inciso c del literal 383 del Código Procesal Penal que sanciona con el desistimiento tal proceder. [...]” (cfr. 135). En el presente caso, nos encontramos ante una causa por injurias y difamación que constituye un delito contra el honor, considerado por la legislación procesal penal, de acción privada. En este tipo de delitos, quien ejerce la acción es el ofendido, toda vez que es el titular del bien jurídico tutelado, a quien corresponde promover la acusación penal a través de la querrela, y posee la facultad de disposición sobre ésta, pudiendo conciliar o desistir dando lugar a una causal de extinción de la acción penal. Es decir, en esta clase de procesos la intervención e impulso del querellante se torna esencial, a tal punto que su inercia o negligencia pueden acarrearle la terminación con carácter definitivo de la causa. “Se trata de una persecución penal realmente excepcional. La participación del ofendido, tiene una función y finalidad muy diversa en esta clase de delitos, en comparación con los delitos de acción pública. El fundamento legal de la persecución penal es la protección al interés individual del ofendido. El Legislador ha dejado en manos del ofendido el poder iniciar el proceso penal, así como darlo por terminado.” (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (San José), Derecho Procesal Penal Costarricense, Procedimientos por delito de Acción Privada, Carlos Tiffer, primera edición, 2007, pp. 943.) Ahora bien, respecto a la acción privada y los efectos del desistimiento, esta Sala señaló: “[...] Un requisito indispensable para garantizar el debido proceso a los distintos participantes, es agotar las distintas etapas una a una. Es por ello que dentro del Procedimiento para los delitos de Acción Privada, no puede señalarse a debate si el Tribunal no agota antes la etapa de conciliación. Debido a que el impulso procesal en este tipo de asuntos depende de manera preponderante del querellante, siendo ésta la parte más interesada en él, se le obliga a estar presente en todas las etapas haciéndose acompañar por un profesional en derecho, tal y como se dijo en el considerando anterior. No es correcta la afirmación del impugnante, en cuanto a que el a quo le trató de manera discriminatoria, pues también era obligación del querellado de asistir. Para llegar a esta conclusión, debe hacerse una lectura sistemática del Cpp.”SIC”. Véase que de acuerdo con lo anterior, el efecto de la ausencia del querellante –con patrocinio letrado- y la ausencia del querellado en la audiencia de conciliación tiene efectos diferentes, precisamente, por esa obligatoriedad que tiene el primero con el

*impulso procesal. De esta forma, el querellante que no asista a dicha diligencia sin presentar justa causa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha que se estableció para su realización, tiene como sanción procesal la extinción de la acción penal. Esto tiene su razón de ser dentro de un proceso marcadamente acusatorio como el nuestro, en el cual la parte que dirige la acusación –privada en este caso- debe ser quien accione en todo sentido, de manera que el juez únicamente es el tercero imparcial ante el cual las partes acuden para dirimir sus diferendos. No sucede lo mismo con la parte acusada, la cual goza de la posibilidad de acudir a dicha audiencia, sin que su presencia sea obligatoria, pues ninguna norma impone esa condición en el querellado, siendo que la única que menciona el punto es el numeral 387 del Cpp. “SIC”, el cual establece que la inasistencia de él tiene el efecto de darle la pauta al Tribunal para que señale a debate. Es por todo lo anterior que, si el a quo verifica, como en el presente caso, que la parte promotora de la acción no se presenta, ni tampoco lo hace la otra parte, lo que procede es declarar desistida tácitamente la acción, en atención a la norma preceptiva contenida en el artículo 383 del Código de rito y no, como pretende el impugnante, continuar con los procedimientos y señalar a debate, pues este último supuesto sólo puede operar siempre y cuando el querellante se haya hecho presente a la audiencia de conciliación con patrocinio letrado o a través de un mandatario, quien debe reunir las mismas condiciones o ser su abogado director [...]” (Sentencia número727-07, de las 11:00 horas del 20 de julio del 2007). En este sentido, queda claro que quien ostenta la capacidad del impulso procesal es el ofendido constituido como querellante, siendo entonces que es su renuncia o desistimiento, expreso o tácito, al que se le otorga el efecto de finalizar el proceso liberando al imputado de toda pena y responsabilidad en aras del principio *non bis in idem*. Lo anterior por cuanto, según lo indica la legislación procesal penal, querellante es “toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada” –numeral 72-, que para efectos de representación deberá “actuar con el patrocinio de un abogado”, - artículo 73-. Por tanto, el representante del querellante no es quien ostenta el derecho que le asiste a su patrocinado, y por ende no puede atribuírsele la capacidad de disposición de la acción penal iniciada. Sobre el particular esta Sala ya ha señalado que: “[...] El Tribunal declaró el desistimiento tácito de la querrela en este caso, no por la incomparecencia del querellante –víctima y ciudadano, titular del derecho de acceso a la justicia-, quien, por el contrario, acudió a todas las audiencias, sino con sustento en la incomparecencia de su asesor jurídico, lo que resulta abiertamente inadmisibile. El titular del derecho de accionar judicialmente dentro del proceso como querellante, en este caso la víctima, es titular además del derecho de acceso a la justicia, consagrado en el numeral 41 de la Carta Fundamental y en este caso estuvo presente y mostró su interés de llevar adelante el proceso, no obstante lo cual se declara desistida su acción por su pretendida “incomparecencia”, confundiendo el Tribunal a la parte y su derecho de acceso a la justicia, con la posición de su patrocinador legal, a través del cual, ciertamente y por disposición legal, no puede*

actuar en el proceso, pero que no lo sustituye –salvo el caso del poder especial judicial para tal efecto- ni podría su incomparecencia traer consecuencias sustantivas perjudiciales para la víctima (cfr. acta de debate de folios 371 a 377). La representante legal justificó su inasistencia en razones médicas y el Tribunal consideró que los dictámenes presentados –sin dar margen en todo caso al transcurso de las cuarenta y ocho horas que dice la ley- para justificar la inasistencia de la profesional no lograron su cometido, con lo que el tema en efecto causa perjuicio al actor penal y a su derecho de acceso a la justicia. El querellante y actor civil sí estuvo presente –es decir nunca hubo inasistencia- lo que sucedió fue que quedó sin representación legal, de manera que lo que procedía, si al final se estimaba injustificada la incomparecencia de la profesional, era separarla del cargo -cual sucede con el defensor del acusado- y dar al querellante plazo para que designe otro profesional que lo represente, porque el querellante, en este proceso por las características dichas, es un sujeto esencial y no podía seguir el juicio sin una adecuada representación, que el Tribunal debió prevenir y nunca sancionar con la extinción de la acción penal, pues como querellante y único actor penal nunca mostró desinterés y por el contrario, siempre mantuvo el impulso procesal e incluso no sólo acudió a todas las audiencias sino que instó la revocatoria de la decisión y ha llevado el caso hasta la sede en la que se encuentra actualmente. Tal cual se expuso no hubo incomparecencia del querellante sino de su patrocinador legal, por lo que lo procedente era sustituir al profesional que incompareció, comunicar al Colegio de Abogados lo pertinente y prevenir al querellante del nombramiento de otro profesional, de conformidad con lo razonado y lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política y 3 del Cpp. “SIC”. La inercia o incumplimiento de estas prevenciones por parte del querellante, podría dar lugar a declarar desistida la acción. Si bien la incomparecencia injustificada del querellante puede dar lugar al desistimiento de la querrela, no puede confundirse al titular del derecho con su representante legal. Si el querellante como tal no comparece, puede declararse el desistimiento que, por las razones extensamente expuestas, daría paso a la extinción de la acción penal.[...]” (Resolución número 113-2008, de las 09:33 horas, del 15 de febrero del 2008). En consecuencia, en el presente caso, de manera ilegal, el Tribunal declaró la extinción de la acción penal por considerar desistida la causa ante la inasistencia del representante legal de la ofendida, a pesar de que consta que la querellante sí se apersonó a la audiencia de juicio. Bajo estas circunstancias, el Tribunal pudo advertir a la titular del derecho que se mostró interesada en el proceso, el nombramiento de un profesional dentro de un plazo razonable, previo a aplicar una sanción que implicaba la culminación de las pretensiones de la ofendida. No sobre agregar que, en todo caso, el juicio no podía realizarse, porque no se presentó la imputada K , como consta a folio 132 del expediente. Así las cosas, procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto. Se anula la sentencia de sobreseimiento y se dispone el reenvío del proceso para que se celebre el juicio, cuyo Tribunal deberá integrarse de manera distinta al que intervino ya en este caso.”

4. Alcances y Efectos del Desistimiento en la Querella

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

“II. *Distinción entre la acción privada y la querella en delitos de pública*: Las sanciones procesales comprendidas en el desistimiento, tanto el expreso como el tácito, no hacen distinción según se trate de la acción penal privada o de la querella en delito de acción pública. Sin embargo, es claro que ambas acciones tienen distinta naturaleza y por ende, cuando se valoran las consecuencias del desistimiento se deben tener en cuenta estos aspectos. En general, los delitos de acción privada implican una renuncia al principio de obligatoriedad y oficiosidad en el ejercicio de la acción penal, pues el Estado declina su poder de ejercer y proseguir la acción penal, cediéndolo al particular que tendrá así amplios poderes para disponer de ella, sea iniciándola, abandonándola e incluso llegando a acuerdos con el acusado, en virtud de que los intereses a tutelar son básicamente de carácter privado y por estimar que no existe interés público en su persecución. El actor penal privado es, en consecuencia, *un sujeto esencial* del proceso en este tipo de delitos, pues no puede iniciarse de oficio *net procedat iudex ex officio*, de allí que para ello el titular de la acción deba formular la querella y constituirse, por ende, en acusador-querellante. “[...] *En estos delitos, el interés individual subordina la realización jurídico penal. Ésta queda condicionada a la pretensión penal del ofendido, quien puede disponer de ella no ejerciendo la acción o abandonando su ejercicio, y aun perdonando al ofendido. Tanto ese perdón como la renuncia son causales extintivas de la acción penal [...]*” Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Tomo I. actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal Culzoni Editores. 1998. 396 p.,p. 174. (consúltese sobre el tema de la acción penal, entre otros, a Velez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Tomo I. Segunda edición corregida y aumentada. Lerner Ediciones, 1969. 439 p. p.271 y ss.; González Alvarez, Daniel. *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, San José, Colegio de Abogados, 1986. p. 108 y ss.; Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires, Tomo I, Editores del Puerto s.r.l. 1996. 917 p. pp. 825 y ss; Antillón, Walter. *La acción penal en Colegio de Abogados. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Derecho Procesal Penal Costarricense*, San José, 1ª. Edición. 2007. 1096 p. pp.325 y ss., Cruz Castro, Fernando. *La función acusadora en el proceso penal moderno*. Unidad Modular V. San José, ILANUD, 1991. pp 32 y ss.). La reforma procesal penal de 1996 introdujo, entre otras novedades, la posibilidad de que la acción penal *pública* fuese promovida exclusivamente por el querellante, cuando al finalizar la etapa de investigación, el Ministerio Público formula una solicitud distinta a la acusación y la víctima dentro del plazo legal plantea su acusación particular, con sustento en la cual el juez de la etapa intermedia puede disponer el tránsito a la fase de juicio, en delitos de acción pública, con la sola intervención del acusador particular -artículos 306, 316,

318, 319 y 321 del Código Procesal Pena (en adelante Cpp.). Esta potestad del particular, no tiene la virtud de cambiar la naturaleza de la acción penal, que sigue siendo pública, aunque se promueva por la querrela y tampoco cambia la naturaleza jurídica de ésta, que sigue siendo promoción privada o particular de la acción. No hay en el Cpp. norma expresa que señale que en estos casos excepcionales en los que se sigue el procedimiento ordinario al juicio en un delito de acción pública, con acusación particular, la acción penal cambia su naturaleza –como sí se hace expresamente en los casos de conversión de la acción pública en privada, que hacen incluso que cambie el tipo de procedimiento que se aplica-. Por ello, debe señalarse que el alcance de esta situación no está claramente definido en la ley procesal. Contrario a ello, en el caso de la conversión de la acción pública en privada, regulado en el artículo 20 del Cpp., expresamente se habla de “conversión” de la acción penal pública en privada, cuando no exista un interés público gravemente comprometido, se investigue un delito perseguible a instancia privada o se trate de un delito contra la propiedad cometido sin grave violencia en las personas. Se regula expresamente que en estos supuestos, la acción penal pública “se convierte” en privada, de manera que se entiende excluida cualquier participación del Ministerio Público en ese proceso. Los efectos de esta conversión afectan estructuralmente a la acción que pasa, en los casos dichos a ser “privada” para todos los efectos, incluido el proceso y el poder dispositivo de su titular respecto de la acción, claro está, poderes de la misma naturaleza que los del querrelante en delitos de acción privada, a saber, desistiendo, conciliando o pactando acuerdos con el acusado y no sustituyendo al Ministerio Público en sus potestades propias de órgano titular de la acción penal pública, por ejemplo, cuando decida aplicar un criterio de oportunidad o pactar el procedimiento abreviado, pues éstas son prerrogativas contempladas únicamente para el titular de la acción penal pública (así, Llobet, Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado (Cpp. Comentado)*, San José, Editorial Jurídica Continental, tercera edición, 2006. 650 p. pp. 106 y ss). La conversión de la acción pública en privada es una posibilidad cuidadosamente reglamentada, al punto que la Sala Constitucional consideró: “ [...] *el instituto de la conversión de acción pública en acción privada que prevé el artículo 20 aquí impugnado, deriva de esa concepción que busca insertar a la víctima dentro del proceso penal, otorgándole un mayor reconocimiento de sus derechos. El Estado, en este caso renuncia al monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, permitiendo que en los casos en que la víctima lo solicite y; cuando a) no exista un interés gravemente comprometido, b) se trate de un delito que requiera instancia privada, c) se trate de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas; el delito se convierta de acción pública a acción privada. En este caso, es la voluntad de la víctima la que determina que el proceso continúe hasta el final o que fenezca con motivo de una solución alternativa; sea, la víctima tiene un poder de disposición sobre la acción propiamente, pues, se considera que se trata de intereses particulares, que no afectan gravemente a la colectividad. Otro elemento de razonabilidad que tomó en cuenta el*

legislador, no sólo en esta norma, sino en muchas otras que pretenden descongestionar el aparato judicial (aplicación de criterios de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, entre otros) es el hecho de que no es posible investigar, acusar y juzgar todos los hechos punibles que se cometen. El sistema es limitado en cuanto a sus posibilidades de recursos, tanto materiales como humanos. De ahí que se pretende racionalizar la selección, que ya de hecho existe, a fin de que el Estado ponga énfasis en la investigación y persecución de los delitos que causen una mayor dañosidad social [...] la Constitución Política no establece un modelo específico de proceso que debe seguirse, sino, un catálogo de derechos y garantías inalterables, que conforme se analizó son respetados en el procedimiento de querrela [...]” Sala Constitucional, precedente 2326-02 de las 15:13 horas del 6 de marzo de 2002. El jurista Antillón, comentando los supuestos de los artículos 75 y 392 ibídem, es decir la acción popular o la querrela del particular para perseguir los delitos cometidos por los miembros de los Supremos Poderes, o que constituyen violación a los derechos humanos cometidas por funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos o con motivo de ellos, es decir, por delitos todos de acción pública, señala *“la interposición de la acción no muta la condición de querellante privado del actor, de modo que él puede desistir expresa o tácitamente, ateniéndose a las consecuencias (artículos 78 y 79 ibídem); y de no haber otro acusador, la causa termina [...] Empiezo observando que la querrela ejercida por el ofendido del delito, o por el titular de la acción penal, no difiere de la acción penal pública, si nos atenemos a sus efectos vinculantes para el juez. La diferencia depende de la distinta cualificación jurídica que recibe en cada caso el titular, y esa diferencia es la que determina el régimen de disponibilidad de la acción. No es lo mismo la disponibilidad totalmente libre que tienen los particulares en el campo privado y su recepción dentro del proceso penal (artículo 78 y 79 ibídem), que la regulación del principio de oportunidad a la que está sujeto el MP, según las disposiciones arriba citadas [...]*” Antillón, cit. p. 327 y 328. El caso del querellante en delitos de acción pública como actor exclusivo, es ciertamente, excepcional pues -se insiste- su participación no desnaturaliza la acción penal, esto es, no la convierte en acción privada y se da en un proceso que ha tenido etapa de investigación preliminar a cargo del Ministerio Público y al que se llega incluso a la etapa intermedia, que es cuando, la diferencia de pretensiones, provoca la posibilidad de que a juicio se llegue, siguiendo el procedimiento ordinario, con un actor privado –la víctima- que lleva adelante la acción pública, de la cual no es titular, pero, podría afirmarse, ostenta dicha titularidad porque el acusador público no llevó adelante la acción. Como bien comenta Javier Llobet, en el proyecto de Cpp. publicado por la Corte Suprema de Justicia en 1995, en el artículo 26, que seguía a aquel que regulaba el criterio de oportunidad, se titulaba *“Conversión de la acción pública en privada”* se establecía *“La aplicación de un criterio de oportunidad debe serle comunicada a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción. Esta aplicación convierte la acción pública en privada, excepto en los casos del inciso segundo del artículo anterior”*, excepción referida al inciso en que se

contemplaba la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad por la contribución del “colaborador”, pues habría que valorar posteriormente la importancia del aporte, de donde la extinción de la acción penal podría resultar prematura. Evidentemente este no fue el texto que se aprobó e incluso el artículo que regula la conversión de la acción pública en privada -20 ya citado- se trasladó a otro apartado y se le rodeó de ciertos requisitos y presupuestos. Habría que entender, en consecuencia, que la voluntad legislativa fue precisamente la de no trastocar la naturaleza pública de la acción cuando el particular querellante tiene una posición diferente de la del acusador público y aquélla es la que prevalece en la etapa intermedia y la que motiva el tránsito a la fase de juicio, no obstante lo cual, dejó sin resolver temas esenciales como los efectos del desistimiento de la querrela en delitos de acción pública, cuando es la única acusación. Se ha dicho con razón que al Ministerio Público no podría obligársele a participar en este juicio, pero ello no implica que el particular adquiera por esa razón algún poder dispositivo sobre la acción misma. Es decir, la acción penal sigue siendo de naturaleza pública; sin embargo, el querellante en estos supuestos, adquiere, por ende, carácter de sujeto esencial, titular del acción por ser la víctima cuya imputación se admitió para el juicio.

III. *Desistimiento en la querrela por delitos de acción pública*: El desistimiento es una figura propia de la acción penal ejercida por el particular en los delitos de acción privada. Se aplica al querellante *adhesivo o coadyuvante*, porque su participación no es esencial y no tendría mayores efectos en el curso del proceso. El Ministerio Público no “desiste” de sus acciones, sino que de manera reglamentada, declina el ejercicio de la acción penal cuando decide aplicar un criterio de oportunidad en los casos específicos contemplados en la ley, además de aquellos casos en los que consiente la aplicación de soluciones alternativas como la suspensión del proceso a prueba o la aplicación del procedimiento abreviado e incluso la conversión de la acción penal pública en privada. La desestimación y el archivo fiscal no son supuestos en los cuales se decline ejercer la acción por simple voluntad, sino que tienen lugar en aquellos casos en los cuales no se pueda avanzar porque no se ha individualizado al imputado o bien porque los hechos no encuadren en una norma penal –artículos 282 y 298 de la ley procesal penal-, por mucho que en la práctica estos institutos se apliquen simplemente para descongestionar el sistema y realizar una “selección” de casos que se quieren investigar realmente. Y nunca podría declararse el desistimiento de la acción penal pública si el fiscal no comparece al juicio, pues su presencia es esencial y habría que suspender el juicio y convocar a un nuevo señalamiento, sin perjuicio de comunicar a los órganos encargados para que adopten las medidas disciplinarias que correspondan contra el fiscal incompareciente. El alcance del desistimiento es muy claro cuando se valora el caso del querellante en los delitos de acción privada. Como sujeto esencial que es, su impulso es necesario para que el proceso avance, de allí que su inercia o negligencia al asumirlo puede traerle como consecuencia el cierre de la vía

procesal con carácter definitivo, pues ésta sería una forma de darle contenido jurídico a su conducta de cara a sus intereses, enteramente disponibles precisamente por la naturaleza de la acción penal de la cual es titular. *“Atento al poder dispositivo que el querellante tiene respecto del contenido sustancial y formal del proceso por él iniciado, se le impone mantener la instancia bajo apercibimiento de abandono de la causa [...] El desistimiento aparece como figura procesal, pero su eficacia es sustantiva. De aquí que su admisión sea causal expresa de sobreseimiento con valor definitivo (art. 431. Córdoba). Este desistimiento puede ser expreso u obtenerse como consecuencia de una concreta inactividad (art. 430, Córdoba [...])”* Clariá Olmedo, *cit.* Tomo II, p. 36. Además, como único actor penal posible, es claro que es su actuación –la querrela- la única que puede llevar al imputado ante la justicia penal y, por ende, su renuncia o desistimiento, expreso o tácito tiene efectos sustantivos y procesales e implican, por ello, la finalización del proceso liberando al imputado de toda pena y responsabilidad en aras del principio *non bis in idem*. *“El desistimiento expreso es una facultad del querellante que puede poner en práctica en cualquier estado del proceso de mérito. Su efecto es sustancial porque implica renuncia a la pretensión penal, y capta la pretensión civil si se hubiere hecho valer en sede penal o, en caso contrario, si no se hace reserva de hacerla valer en sede civil [...] Producido el desistimiento, el tribunal debe sobreseer al querrellado, imponiendo las costas al querellante si sobre ello no se acordó otra cosa [...])”* Clariá Olmedo, *cit.* Tomo III, p. 355. La solución legal que no podría ser otra, va muy de la mano con las características propias del poder dispositivo de su titular y del procedimiento especial en el cual, salvo necesidad excepcional de alguna indagación previa, se pasa directamente al juicio, luego de agotada la posibilidad de conciliación en la audiencia previa. Si el querellante –o su mandatario, es decir, quien lo representa como tal y por ende, lo sustituye- no comparece a la audiencia de conciliación, se estima que hay desistimiento tácito y, en consecuencia, deberá dictarse sentencia de sobreseimiento. Lo mismo frente al desistimiento expreso en cualquier etapa. Esto debe ser así porque la seguridad del acusado no puede estar sometida al capricho del titular de la acción y si una vez iniciada no prosigue con el impulso procesal necesario y desiste, el efecto debe ser la liberación total de responsabilidad respecto de esa causa, por extinción de la acción penal, como lo regula el inciso b) del artículo 30 del Cpp., que valga señalar, se refiere únicamente a la acción penal privada. Sin embargo, esta solución no parece tan clara cuando analizamos la sui generis figura de nuestro proceso penal del querellante en delitos de acción pública que actúa como actor *exclusivo*. Cuando se trata del querellante *adhesivo o coadyuvante* con el Ministerio Público, su desistimiento o desinterés no afecta el curso de la acción penal, porque su titular –el acusador público- sigue adelante y el proceso debe continuar y para este caso es que resultan de aplicación las disposiciones de los artículos 78 a 80 del Cpp .. El problema es cuando se trata del querellante como actor penal exclusivo en los términos que se han expuesto. En primer lugar, no se regula, al contrario, por excepción y exclusión se entiende que al

no operar la conversión de la acción pública en privada en estos casos, el particular no tiene ningún poder de disposición sobre la acción penal, es decir, su expresa voluntad -o inercia- no pueden extinguir la acción penal, no obstante, el mismo sistema le permite al particular -a la víctima- encabezar la acción acudiendo como único actor penal a juicio. De lo dicho habría que inferir -en principio- que en los casos del querellante como actor exclusivo en delitos de acción pública, que acusa por prevalecer su instancia a la solicitud del Ministerio Público según valoración jurisdiccional en la etapa intermedia, el desistimiento expreso o tácito no tiene efectos sustanciales, es decir, no extingue la acción penal, que sería la única forma en que el sistema podría responder frente al desistimiento, como lo hace en el caso de los delitos de acción privada, precisamente *porque el particular no tiene poderes de disposición sobre la acción penal pública*. No debe olvidarse que en nuestro medio y no obstante la reforma procesal penal operada, sigue en vigencia el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, la conclusión, aunque aparentaría estar acorde con la estructura del sistema, encuentra obstáculos en primer lugar en el vacío legal que existe en cuanto a los efectos del desistimiento en la querrela en delitos de acción pública exclusiva. En segundo lugar, tampoco parece congruente con el sometimiento del acusado a juicio por voluntad del particular, cuando el Ministerio Público opinó diferente en cuanto a la suerte de la acción. También es claro que no parece razonable que superada la etapa de investigación y la intermedia, si el particular asume la responsabilidad de llevar adelante el juicio, que es la única fase procesal que seguiría, su desinterés expreso o tácito no implique liberar de responsabilidad al imputado. La acusación del particular, frente a la posición distinta del Ministerio Público, permite al juez obviar -en caso de que estimara necesario el juicio- la disconformidad porque habría una acusación -la del particular- que puede ser sostenida en juicio. Ante el vacío legal y la práctica de nuestros tribunales, al existir querrela y ponderar el juez que hay mérito para ir a juicio, el Ministerio Público queda relegado a participar si así lo desea, pero la causa sigue adelante en cabeza del querellante. Como se analizó ya, esta posibilidad no afecta la naturaleza de la acción penal que sigue siendo pública. La normativa procesal no regula los efectos del desistimiento expreso o tácito de este querellante exclusivo en delitos de acción pública, como se indicó. Esta Sala ha interpretado con anterioridad que, en virtud de la naturaleza pública de la acción, el desistimiento del querellante implica el cierre del proceso en lo que a esa parte respecta, sin efectos extintivos de la acción penal, que quedaría "latente" por si se decidiera reanudar la investigación por el Ministerio Público. Esta conclusión, en principio, guarda coherencia con los remedios procesales previstos para el desistimiento tácito en el artículo 79 in fine, a saber únicamente el recurso de revocatoria, lo que resulta impensable -de cara al derecho de tutela judicial efectiva, sobre todo si se trata del desistimiento tácito- si el efecto es el de la extinción de la acción penal, pues ello claramente pone fin al proceso y ubica a la decisión en el marco del artículo 444 del Cpp., cuando esta situación sucede en fase de juicio, de

manera que el querellante tiene el derecho a recurrir en casación a discutir lo resuelto al declarar el desistimiento en ese supuesto, en especial cuando se trate del desistimiento tácito. Conviene por ello hacer referencia a los efectos de la declaratoria del desistimiento. Como se indicó ya, *no existe una previsión normativa expresa que señale cuáles son los efectos del desistimiento de la querrela en materia de delitos de acción pública* como sí la hay para el desistimiento de la querrela en los delitos de acción privada. El artículo 384 de la ley procesal penal señala que la consecuencia del desistimiento es la extinción de la acción penal, lo cual resulta comprensible desde que las acciones privadas participan del principio dispositivo del derecho privado, aún cuando se trate de materia penal, pues los bienes jurídicos tutelados en los delitos cuya acción es privada, dependerán para su tutela de la acción del particular afectado, que puede decidir no continuar con el ejercicio de la acción y la consecuencia natural y razonable es la extinción de la acción penal, para evitar que el capricho del particular pueda decidir cuándo y cuántas veces lleva a proceso al querrellado, aunque no llegue a juicio, como ya se analizó y por eso el artículo 30 inciso b) expresamente señala estos supuestos como causales de extinción de la acción penal. Nadie duda, en todo caso, que esa resolución que declara el desistimiento tenga recurso de casación, cuando se adopta en fase de juicio. Recientemente en cuanto a la acción privada y los efectos del desistimiento, esta Sala señaló “[...] *Un requisito indispensable para garantizar el debido proceso a los distintos participantes, es agotar las distintas etapas una a una. Es por ello que dentro del Procedimiento para los delitos de Acción Privada, no puede señalarse a debate si el Tribunal no agota antes la etapa de conciliación. Debido a que el impulso procesal en este tipo de asuntos depende de manera preponderante del querellante, siendo ésta la parte más interesada en él, se le obliga a estar presente en todas las etapas haciéndose acompañar por un profesional en derecho, tal y como se dijo en el considerando anterior. No es correcta la afirmación del impugnante, en cuanto a que el a quo le trató de manera discriminatoria, pues también era obligación del querrellado de asistir. Para llegar a esta conclusión, debe hacerse una lectura sistemática del Cpp.. Véase que de acuerdo con lo anterior, el efecto de la ausencia del querellante –con patrocinio letrado- y la ausencia del querrellado en la audiencia de conciliación tiene efectos diferentes, precisamente, por esa obligatoriedad que tiene el primero con el impulso procesal. De esta forma, el querellante que no asista a dicha diligencia sin presentar justa causa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha que se estableció para su realización, tiene como sanción procesal la extinción de la acción penal. Esto tiene su razón de ser dentro de un proceso marcadamente acusatorio como el nuestro, en el cual la parte que dirige la acusación –privada en este caso- debe ser quien accione en todo sentido, de manera que el juez únicamente es el tercero imparcial ante el cual las partes acuden para dirimir sus diferendos. No sucede lo mismo con la parte acusada, la cual goza de la posibilidad de acudir a dicha audiencia, sin que su presencia sea obligatoria, pues ninguna norma impone esa condición en el querrellado, siendo que*

la única que menciona el punto es el numeral 387 del Cpp., el cual establece que la inasistencia de él tiene el efecto de darle la pauta al Tribunal para que señale a debate. Es por todo lo anterior que, si el a quo verifica, como en el presente caso, que la parte promotora de la acción no se presenta, ni tampoco lo hace la otra parte, lo que procede es declarar desistida tácitamente la acción, en atención a la norma preceptiva contenida en el artículo 383 del Código de rito y no, como pretende el impugnante, continuar con los procedimientos y señalar a debate, pues este último supuesto sólo puede operar siempre y cuando el querellante se haya hecho presente a la audiencia de conciliación con patrocinio letrado o a través de un mandatario, quien debe reunir las mismas condiciones o ser su abogado director [...]” precedente número 727-07 de las 11:00 horas del 20 de julio último. Sin embargo, estas conclusiones que aparecen obvias en materia de acción penal privada, no lo son tanto cuando se trata de la acción penal pública y de la querrela en delitos de acción pública cuando es la única acusación, como sería la acción penal ejercida en este caso, tal cual se analizó.

IV. *Efectos del desistimiento de la querrela en delitos de acción pública:* Esta Sala ha interpretado que el desistimiento de la querrela en delitos de acción pública no extingue la acción y no impide el ulterior ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, aún cuando éste haya opinado en el proceso concreto, de manera distinta a la acusación y por ello se llegó a juicio únicamente con la querrela. . Así, al valorar los efectos de la revocatoria de instancia y al diferenciarlos del desistimiento, señaló: “[...]Debe establecerse en primer término que los institutos de la deserción, el desistimiento y la revocatoria de instancia son de diversa índole, pues mientras los dos primeros son actuaciones u omisiones del actor (penal o civil), la tercera (la revocatoria de la instancia) corresponde a quien solamente ostenta la calidad víctima en un asunto de acción pública perseguible a gestión privada, sin que ello le atribuya aquella condición (la de actor). De tal suerte que los sujetos a los que se refieren esas figuras técnicas son diversos y diverso también el papel que estos desempeñan [...]. mientras el desistimiento en delitos de acción pública no impide la ulterior persecución del acto, la revocatoria de la instancia lleva a un sobreseimiento que pone término a la causa [...] visto que hecha la revocatoria, el asunto no se puede reabrir [...]” precedente 1040-99 de las 10:30 horas del 20 de agosto de 1999. También en esta sede se ha conocido de recursos de casación contra sentencias que, absolviendo o sobreseyendo en juicio, se han basado en el desistimiento de la querrela pública para resolver, no obstante no se ha profundizado en las razones por las cuales el recurso de casación es admisible, así en precedente 563-03 de las 9:50 horas del 4 de julio de 2003; en alguna oportunidad declaró inadmisibile el recurso pero por extemporaneidad y no por legitimación, tema que tampoco se valoró, así en precedente número 949-04 de las 17:00 horas del 6 de agosto de 2004. Sin embargo, al conocer de una casación contra la condenatoria en costas a un querellante en delito de acción pública único actor, cuya acción se declaró desistida, esta Sala, en precedente número 713-05 de las 10:10 horas del 24 de junio de 2005, señaló expresamente que *el desistimiento de la querrela en delitos de acción*

pública no implica la extinción de la acción penal. Así, aún cuando ese no era el tema a discutir en esa oportunidad, precisó: “[...] se aprecia por esta Sala que, en este asunto no procedía el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo, pues contrario a lo que indican los Jueces, aquí no son aplicables los artículos 383 y 384 del Cpp. (relativos al desistimiento de las querellas por delitos de acción privada), sino el numeral 78 del mismo cuerpo normativo, concerniente al desistimiento expreso de las querella por delitos de acción pública. Si analizamos esas normas a la luz del artículo 30 inciso b) y 311 inciso d) del mismo Código, concluimos que solo en los delitos de acción privada el desistimiento de la querella causa la extinción de la acción penal y en consecuencia, cabe el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo. Por el contrario, cuando la parte desiste de su querella tratándose de delitos de acción pública (como es el caso del prevaricato), no se extinga acción penal y en ese tanto queda abierta la posibilidad de una nueva persecución [...]”. A propósito del caso que nos ocupa y en atención a principios constitucionales de justicia pronta y cumplida, razonabilidad y proporcionalidad y a normas sobre Derechos Humanos consagradas en convenios internacionales suscritos por nuestro país y cuyos mandatos tienen rango superior a la ley, esta Sala estima que el tema debe replantearse, en el sentido de que no obstante la acción penal no muta su naturaleza pública, *el desistimiento de la querella en delitos de acción pública cuando es exclusiva debe dar cabida a la extinción de la acción penal, pues el imputado que es llevado a juicio únicamente por el querellante, no puede permanecer sin una solución pronta, oportuna y definitiva de su situación jurídica* y tampoco resulta razonable que al Ministerio Público, que abandonó en el camino la persecución del hecho, se le deje injustificadamente abierta una vía, basados únicamente en la naturaleza de la acción, “por si acaso” decidiera retomar la investigación o el proceso. Nótese que el acusador público tuvo una opinión distinta de acusar que se supone motivada y que fue sometida al contralor de legalidad que es el juez de la etapa intermedia. Por su parte, la víctima tuvo acceso directo a la justicia haciendo valer su pretensión de llevar adelante la acción penal y por ende, ir a juicio a hacer valer sus derechos, con todas las responsabilidades de un actor. En todos estos supuestos de querella en delitos de acción pública como acusación exclusiva, la única fase siguiente es el juicio, pues el tema se decide luego de la investigación y en la audiencia preliminar, precisamente porque no se operó una conversión de la acción penal pública en privada. Por ende, llegado a juicio –fase esencial del proceso- a impulso procesal de la querella de la víctima, no resulta razonable que si ésta abandona expresa o tácitamente el proceso, el acusado deba permanecer sin una respuesta definitiva, solamente por conceder un tiempo –que sería el que resta para la prescripción de la acción- por si acaso el Ministerio Público reconsidera su posición, pues es claro que por haber desistido, el querellante no sólo se expone a la condenatoria en costas sino que no podría accionar nuevamente. Esta combinación de variables procesales como datos de hecho, a los que deben sumarse las exigencias de un acceso a la justicia y solución pronta o en un plazo razonable –artículos 39 y 41 de

la Constitución Política, 8.1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- y 4 del Cpp. de los que derivan el derecho de toda persona inculpada de un delito a obtener un pronunciamiento o decisión definitiva en un plazo razonable, llevan a replantearse la posición e interpretación de la Sala en cuanto a los efectos del desistimiento en la querrela en delitos de acción pública cuando se trata de la única acción. La ley procesal no da una solución al tema, no obstante surge la necesidad de dar una respuesta de conformidad con las exigencias que el respeto a los derechos fundamentales impone. Por ello, estima la Sala que lo que procede es integrar la interpretación de los efectos del desistimiento de la querrela en delitos de acción pública, cuando es exclusiva y equipararlos a aquellos que se asignan al desistimiento de la querrela privada, a saber, la extinción de la acción penal, como lo señala el numeral 30 inciso b) del Cpp.. Disponer el archivo de la causa y sancionar procesalmente al querellante con la condenatoria en costas –que es la solución que procede si se estima que el desistimiento del querellante único actor no tiene efectos sustanciales sobre la acción– es una solución que resulta desproporcionada e irrazonable si se le coloca de frente al derecho fundamental del imputado de obtener una decisión en un plazo razonable, sobre todo si se toma en cuenta que en estos supuestos, se está ya en la fase de juicio, al que se llega únicamente por la querrela de la víctima Teniendo presente que el querellante es la víctima y que es ésta la que abandona expresamente o por desinterés procesal el juicio –que es la fase en que esta situación se produciría- y por ende la acción penal, lo razonable es entonces que en ese estadio se resuelva de manera definitiva la situación del acusado, declarando la extinción de la acción penal pues no sólo el Ministerio Público abandonó la decisión de acusar, sino que la propia víctima estaría declinando llevar adelante la acción. Recuérdese que tal y como se razonó, los artículos 79 y 80 del Código Procesal no se aplican al caso del querellante como único actor en delitos de acción pública, pues el legislador no previó las consecuencias del desistimiento en este caso y que se produce, por todo lo ya expuesto, en fase de juicio, cuando es el único actor procesal. Esta solución es la que resulta acorde con los principios ya señalados y en todo caso, por su propia naturaleza permitiría al querellante impugnar en esta sede la decisión en caso de que estime que no operó desistimiento alguno, como sucedió precisamente en este asunto. En el caso concreto, el Tribunal dictó una *sentencia de sobreseimiento* que, por su forma, naturaleza, estructura y contenido, produce la extinción de la acción penal, según la relación de los artículos 311, 312, 313, 340 y 444 todos del Cpp., con lo cual cerró irremediamente al querellante cualquier posibilidad de instar en defensa de sus intereses y liberó de responsabilidad a los acusados, de suerte tal que de quedar firme dicha resolución, los cobijará el principio de cosa juzgada material y la garantía de non bis in idem. La posibilidad de impugnar tiene mayor interés cuando lo que se declara es el desistimiento tácito. Ésta es una figura que como su nombre lo indica, no surge de la manifestación de voluntad del actor o querellante sino de una valoración por

parte del juzgador de algunas formas de comportamiento procesal que conducen a estimar *su desinterés en llevar adelante el proceso* y por ello a sancionarlo con la declaratoria del desistimiento, que cierra el proceso y eventualmente generaría la condenatoria en costas, es decir, se constituye en una limitación al actor penal y civil para continuar el ejercicio de la acción que ha intentado. En este caso concreto, se trata del querellante *como único actor penal* en este proceso, que llegó a la fase de juicio por la promoción privada de la acción penal pública. El desistimiento declarado afecta sus intereses y por ende le asiste legitimación para impugnar en esta sede lo resuelto. V. *El caso concreto*: El Tribunal declaró el desistimiento tácito de la querella en este caso, no por la incomparecencia del querellante –víctima y ciudadano, titular del derecho de acceso a la justicia-, quien, por el contrario, acudió a todas las audiencias, sino con sustento en la incomparecencia *de su asesor jurídico*, lo que resulta abiertamente inadmisibles. El titular del derecho de accionar judicialmente dentro del proceso como querellante, en este caso la víctima, es titular además del derecho de acceso a la justicia, consagrado en el numeral 41 de la Carta Fundamental y en este caso estuvo presente y mostró su interés de llevar adelante el proceso, no obstante lo cual se declara desistida su acción por su pretendida “incomparecencia”, confundiendo el Tribunal a la parte y su derecho de acceso a la justicia, con la posición de su patrocinador legal, a través del cual, ciertamente y por disposición legal, no puede actuar en el proceso, pero que no lo sustituye –salvo el caso del poder especial judicial para tal efecto- ni podría su incomparecencia traer consecuencias sustantivas perjudiciales para la víctima (cfr. acta de debate de folios 371 a 377). La representante legal justificó su inasistencia en razones médicas y el Tribunal consideró que los dictámenes presentados –sin dar margen en todo caso al transcurso de las cuarenta y ocho horas que dice la ley- para justificar la inasistencia de la profesional no lograron su cometido, con lo que el tema en efecto causa perjuicio al actor penal y a su derecho de acceso a la justicia. El querellante y actor civil sí estuvo presente –es decir nunca hubo inasistencia- lo que sucedió fue que quedó sin representación legal, de manera que lo que procedía, si al final se estimaba injustificada la incomparecencia de la profesional, era separarla del cargo -cual sucede con el defensor del acusado- y dar al querellante plazo para que designe otro profesional que lo represente, porque el querellante, en este proceso por las características dichas, es un sujeto esencial y no podía seguir el juicio sin una adecuada representación, que el Tribunal debió prevenir y nunca sancionar con la extinción de la acción penal, pues como querellante y único actor penal nunca mostró desinterés y por el contrario, siempre mantuvo el impulso procesal e incluso no sólo acudió a todas las audiencias sino que instó la revocatoria de la decisión y ha llevado el caso hasta la sede en la que se encuentra actualmente. Tal cual se expuso no hubo incomparecencia del querellante sino de su patrocinador legal, por lo que lo procedente era sustituir al profesional que incompareció, comunicar al Colegio de Abogados lo pertinente y prevenir al querellante del nombramiento de otro profesional, de conformidad con lo razonado y lo dispuesto en el artículo 41 de la

Constitución Política y 3 del Cpp .. La inercia o incumplimiento de estas prevenciones por parte del querellante, podría dar lugar a declarar desistida la acción. Si bien la incomparecencia injustificada del querellante puede dar lugar al desistimiento de la querrela, no puede confundirse al titular del derecho con su representante legal. Si el querellante como tal no comparece, puede declararse el desistimiento que, por las razones extensamente expuestas, daría paso a la extinción de la acción penal. Se tiene además que en este caso, el impugnante W. actuaba como víctima y como apoderado generalísimo de su hermano y coquerellante H.[ofendido] en todo lo relacionado con la propiedad en cuestión, por lo que podía representarlo y por ende, el hecho de que éste no asistiera a esa primera audiencia no implica el desistimiento de la querrela en lo que a él se refiere (cfr. certificación registral de poder generalísimo de folio 438). La admisibilidad o no de esta representación así como la distinta situación de ambos querellantes no fue analizada por el Tribunal que no descendió a las características de la representación jurídica de H.[ofendido] y también confundió al querellante que sí compareció, con su asesora legal, quien fue la que no acudió a la audiencia, todo lo cual hace no solo infundada sino incorrecta la decisión que se adoptó, por todas las razones ya expuestas. El desgaste procesal del Tribunal en cuanto a las gestiones para procurar la comparecencia de la abogada del querellante –sin el margen de las cuarenta y ocho horas que en todo caso contempla la ley-, en realidad si bien podrían aceptarse si se relacionan con el derecho de la parte de escoger a su representante legal, tampoco eran necesarias pues bien pudieron, luego de su inasistencia, prevenir al querellante el nombramiento de otro profesional y posponer el señalamiento, pues el querellante sí estuvo presente y sí manifestó su total interés en promover la acción y por ello mal se hace aplicándole una sanción por causas que no le son atribuibles y que podían remediarse con la prevención señalada.

Así las cosas, se declaró de manera ilegal la extinción de la acción penal basada en el desistimiento de la querrela no obstante que el querellante sí estuvo presente, sin considerar la representación legal del coquerellante H[ofendido], según los documentos aportados dentro del plazo legal por el aquí impugnante, todo lo cual afecta sensiblemente la fundamentación de la sentencia. Así las cosas, procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto. Se anula la sentencia de sobreseimiento y se dispone el reenvío del proceso para que se celebre el juicio, cuyo Tribunal deberá integrarse de manera distinta al que intervino ya en este caso.”

5. Desistimiento Tácito en los Delitos de Acción Privada y los Alcances de la Participación del Mandatario

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^x
Voto de mayoría

“III.[...] Sobre los alcances de la participación del mandatario y el tema del desistimiento tácito de la acción privada, ya este Tribunal de Casación se ha pronunciado, indicando lo siguiente: “(...) Aunque se ha dicho que “[...] si el querellante acude sin abogado a la primera audiencia del debate debe considerarse desistida la querrela, dándose al respecto una solución diversa a la correspondiente a la inasistencia a la audiencia de conciliación, ya que incluso el juicio oral no se puede iniciar si el querellante no es acompañado por su abogado” (LLOBET. Proceso Penal Comentado, 2009, p. 572); esta Cámara no comparte tal idea. La norma citada establece una consecuencia negativa para el querellante, por su negativa a impulsar el procedimiento, la cual debe ser interpretada restrictivamente (art. 2 CPP). De tal manera que únicamente la inasistencia de la «querellante» o del «mandatario», facultan para que tácitamente se entienda desistida la acción. Ahora bien, en el presente asunto la querrelada se presentó al juicio y fue la ausencia de su abogado lo que impidió que el mismo se realizará. Aunque efectivamente es cierto que por imperativo legal (art. 73 CPP) es imprescindible que la querellante se haga asistir de un profesional en derecho, la sola ausencia del abogado no es contemplada expresamente por la ley procesal como motivo para considerar tácitamente desistida la acción. Diferente es la situación cuando quien, sin razón, no asiste al debate es el «mandatario», pues éste sí ejerce la acción, aunque no en nombre propio, razón por la cual su ausencia legalmente lleva aparejada la consecuencia de tener por desistida la acción. Sin embargo, no puede identificarse la condición de quien ejerce el «patrocinio profesional» y con la del «mandatario». Respecto a esta última, refiriéndose a la representación del imputado y bajo el epígrafe de «defensor mandatario», la legislación procesal indica que “en el procedimiento por delito de acción privada o en aquellos por delitos que no prevén pena privativa de libertad, el imputado podrá ser representado por un defensor con poder especial para el caso, quien lo podrá reemplazar en todos los actos, excepto en la declaración” (art. 103 CPP). Compaginándose lo anterior con la definición general del concepto, pues mandatario es aquél que “[...] recibe por escrito, verbal o tácitamente, de otra, llamada mandante, la orden o encargo, que acepta, de representarla en uno o más asuntos, o desempeñar uno varios negocios” (CABANELLAS DE TORRES. Diccionario Jurídico Elemental, 1993, voz «mandatario»). Así entonces, el «patrocinio legal», aún siendo una forma de representación, no faculta para actuar en nombre del querellante, tal como sí lo permite la figura del «mandatario», distinguiéndose por ello ambas figuras. Dicho lo anterior, debe indicarse que la resolución impugnada se apoya precisamente en la equiparación de ambos términos para dictar el sobreseimiento de la causa, cuestión

que esta Cámara estima incorrecta ya que en virtud de consecuencias asociadas al desistimiento tácito, éste debe ser interpretado restrictivamente, debiendo tenerse presente que la ley procesal supedita el mismo a la inasistencia del «querellante o su mandatario» (art. 383.c CPP), presupuesto que no puede extenderse analógicamente a la ausencia de patrocinio letrado. En este sentido, se ha dicho: "El Tribunal declaró el desistimiento tácito de la querrela en este caso, no por la incomparecencia del querellante –víctima y ciudadano, titular del derecho de acceso a la justicia-, quien, por el contrario, acudió a todas las audiencias, sino con sustento en la incomparecencia de su asesor jurídico, lo que resulta abiertamente inadmisibile. El titular del derecho de accionar judicialmente dentro del proceso como querellante, en este caso la víctima, es titular además del derecho de acceso a la justicia, consagrado en el numeral 41 de la Carta Fundamental y en este caso estuvo presente y mostró su interés de llevar adelante el proceso, no obstante lo cual se declara desistida su acción por su pretendida "incomparecencia", confundiendo el Tribunal a la parte y su derecho de acceso a la justicia, con la posición de su patrocinador legal, a través del cual, ciertamente y por disposición legal, no puede actuar en el proceso, pero que no lo sustituye –salvo el caso del poder especial judicial para tal efecto- ni podría su incomparecencia traer consecuencias sustantivas perjudiciales para la víctima (cfr. acta de debate de folios 371 a 377). La representante legal justificó su inasistencia en razones médicas y el Tribunal consideró que los dictámenes presentados –sin dar margen en todo caso al transcurso de las cuarenta y ocho horas que dice la ley- para justificar la inasistencia de la profesional no lograron su cometido, con lo que el tema en efecto causa perjuicio al actor penal y a su derecho de acceso a la justicia. El querellante y actor civil sí estuvo presente –es decir nunca hubo inasistencia- lo que sucedió fue que quedó sin representación legal, de manera que lo que procedía, si al final se estimaba injustificada la incomparecencia de la profesional, era separarla del cargo cual sucede con el defensor del acusado- y dar al querellante plazo para que designe otro profesional que lo represente, porque el querellante, en este proceso por las características dichas, es un sujeto esencial y no podía seguir el juicio sin una adecuada representación, que el Tribunal debió prevenir y nunca sancionar con la extinción de la acción penal, pues como querellante y único actor penal nunca mostró desinterés y por el contrario, siempre mantuvo el impulso procesal e incluso no sólo acudió a todas las audiencias sino que instó la revocatoria de la decisión y ha llevado el caso hasta la sede en la que se encuentra actualmente" (Sala Tercera, V. 113-08). Por todo lo dicho, si el señor Juez estimó no justificada la ausencia del letrado debió proceder a declarar el abandono, prevenirle el nombramiento de nuevo representante legal –otorgándole plazo para ello- y comunicar la falta al Colegio de Abogados, no trasladarle la responsabilidad del profesional por su incomparecencia a la querellante. Así entonces, aunque en el recurso interpuesto se pretende la nulidad del fallo, estimándose justificada la inasistencia del letrado en virtud de la nota manuscrita presentada momentos antes del juicio y por cuanto al dictarse el sobreseimiento no

valoraró la prueba ofrecida, argumentos que no comparte este Tribunal, sí se estima que no debió tenerse por desistida la acción en virtud de las razones antes dichas. Por ello, al considerarse que no nos encontramos en presencia del presupuesto exigido por el artículo 383.c CPP, dado que no hubo ausencia de querellante o su mandatario, se anula la resolución impugnada en su totalidad (...)" (Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, voto No. 2010-00366 de las 8:10 horas del 21 de setiembre de 2010). Si en el presente asunto el querellante S. otorgó poder judicial especial al licenciado Cristian Vargas Araya, a fin de que actuara como su mandatorio en la causa, resulta claro que lo representaba para todos los efectos y, por ello, si este último no se presentó a la hora exacta que fue fijada para la iniciación de la audiencia de conciliación, ello no conllevaba ni implicaba un desistimiento tácito, en la medida en que a esa hora se encontraba presente el licenciado Vargas Araya, quien actuaba como el mandatorio de S. Unido a lo anterior, se debe indicar que este motivo de la impugnación carece por completo de interés, a falta de agravio, y de ahí su ilegitimidad. Por ello, el reclamo se declara sin lugar. Se cuestiona a la vez la sentencia en cuanto a que en la misma se debió decretar el desistimiento tácito de la acción penal o querrela formulada contra E., no obstante que por los hechos contenidos en esa acusación se absolvió de toda pena y responsabilidad a E., es decir, no se le causó perjuicio alguno. En este mismo orden de ideas, el artículo 439 del Código Procesal Penal resulta muy claro en cuanto a la legitimidad de las partes para recurrir de las resoluciones con las que no están conformes, toda vez que señala que *"sólo podrán impugnar las decisiones que les causen agravio"*. Esto significa que si no existe perjuicio alguno para ellas en razón de lo resuelto por los juzgadores, aquellas no podrían impugnar tal decisión, en tanto no existiría o tendrían un interés procesal en que se decrete el defecto reclamado, claro está, en el supuesto de que exista. En el presente asunto, si bien de manera expresa el Tribunal de Juicio no se pronunció específica o concretamente en torno al excepción de inadmisibilidad de la querrela privada que interpuso S. contra E., queda claro al analizar el fallo oral vertido que tal omisión no le causó perjuicio alguno a E., toda vez que éste fue absuelto de toda pena y responsabilidad de todos los hechos de los que fue acusados por parte de S. La única objeción que sobre el fallo formula el representante de E. es que no hubo pronunciamiento expreso sobre tal incidencia y esa situación afectó particularmente a la parte que le fue desfavorable dicho pronunciamiento, en tanto no pudo conocer cuáles fueron los motivos para tomar esa decisión. Sin embargo no demuestra por qué ello le resultó desfavorable o agravante, dado que se emitió una resolución que le vino a beneficiar, al absolverlo de toda pena y responsabilidad. En consecuencia, no llevando razón el impugnante en sus alegatos, lo que procede es declarar sin lugar los mismos."

6. Admisibilidad del Recurso de Apelación contra la Resolución que Rechaza la Querella y Dicta el Archivo Definitivo de la Causa

[Tribunal de Apelación de Sentencia]^{xi}

Voto de mayoría

"II. Sobre la admisibilidad del recurso. En cuanto a este aspecto ya este mismo despacho, bajo su condición de Tribunal de Casación Penal, se había pronunciado con relación a que en este tipo de supuestos procedía la admisión de la impugnación. Así se dijo: *" En cuanto a la impugnación subjetiva o legitimación para recurrir, no resulta discutible en el caso del querellante, al tener la condición de parte en el proceso y acordársele las mismas posibilidades de recurrir que al Ministerio Público (Arts. 80, 422 y 424 del C. P.P.). Lo que sí ha suscitado discusión en estos casos es lo relativo a la impugnabilidad objetiva, pues el Código Procesal Penal no contempla expresamente que resoluciones como la que aquí se impugna, es decir, la que rechaza de plano la querella en un delito de acción privada, tenga recurso de casación (o de apelación) cuando es dictada por el Tribunal de juicio. La razón por la cual no está prevista tal posibilidad, se debe a que el legislador no lo estableció como necesaria, toda vez que no autorizó en ningún caso a los jueces que conocen de esta clase de procedimientos, para que cuando estimen que los hechos resultan atípicos, puedan rechazar de plano las querellas que se formulan. No obstante lo anterior, bajo una interpretación constitucional del artículo 444 del Código Procesal Penal, se debe concluir afirmativamente en la procedencia del recurso contra este tipo de decisiones, las que no encuentran respaldo alguno en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, si bien no se denomina así, no cabe duda alguna que la resolución que en la especie se impugna tiene el carácter de sentencia, pues claramente el Tribunal de Juicio no sólo rechazó la acción presentada por la parte, decisión que no encuentra sustento legal alguno, sino que además ordenó el "archivo definitivo" de la causa, es decir, le puso fin al proceso. No es posible bajo lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política que, por una decisión que no encuentra respaldo legal en el sistema procesal penal costarricense, se quebrante el derecho que toda persona tiene a poder dirimir sus conflictos por medio de la ley (proceso penal en este caso), como en este caso, y más absurdo sería concluir que ante ello, no se tiene recurso alguno. En consecuencia, el recurso es admisible..."*

(Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, resolución número 2007-00232 de las 9:40 horas del 27 de abril de 2007, en igual sentido resolución 2007-00263 de las 10:40 horas del 11 de mayo de 2007). Siendo dicha situación idéntica a la que aquí nos ocupa y no existiendo motivo para variar el criterio externado, resulta evidente que el recurso, en este caso como apelación de sentencia resulta admisible, en cuanto objeta la derogatoria de sus pretensiones penales y civiles.

III. Sobre el fondo: Tal y como también en los precedentes aludidos se dispuso, al decir: *"... existe una violación al debido proceso en este caso, específicamente de los artículos*

39 y 41 de la Constitución Política, al decidirse en el pronunciamiento impugnado la negativa a dar curso a la querrela interpuesta ... Debe recordarse que en delitos de acción privada, a diferencia de lo que disponía el párrafo segundo del artículo 431 del Código de Procedimientos Penal de 1973, el Tribunal de Juicio no está autorizado en el sistema procesal penal vigente para rechazar u omitir el dar curso a una querrela, independientemente de que se estime que el hecho contenido en ésta configure o no delito. Lo único que le corresponde hacer en estos casos es proceder con el trámite que dispone la ley (Arts. 380 y siguientes del C.P.P.), esperando la realización del debate y el dictado de sentencia (de llegarse hasta dicha fase) para determinar si el hecho constituye o no delito alguno contra el honor. Al respecto nos señala LLOBET que: "El alegato de que los hechos querellados no son ofensivos y por consiguiente son atípicos corresponde que sea resuelto en sentencia luego de realizado el juicio oral." (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)", Editorial Jurídica Continental, San José, Tercera Edición, Costa Rica, 2006 p. 488, puede verse también del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, el voto No. 380 del 17 de setiembre de 1999, o de la Sala Tercera de la Corte, el voto No. 243 de las 15:20 horas del 27 de marzo de 2006). En consecuencia, conforme al artículo 450 del Código Procesal Penal, y sin pronunciarse sobre la existencia o no de un delito contra el honor en este caso, toda vez que este aspecto debe ventilarse mediante el procedimiento previsto para este tipo de asuntos, específicamente a través de la realización del debate y del dictado de la sentencia, se anula la resolución impugnada, en el tanto la misma no encuentra sustento legal alguno en nuestro ordenamiento jurídico, y se ordena el reenvío del expediente al Tribunal de origen para que se proceda conforme a Derecho" (voto ya referido 2007-00232). Es claro que nos encontramos ante una situación idéntica en el presente asunto, en la que el juez de juicio dispone el rechazo de la querrela y el archivo definitivo de la causa, tanto en el aspecto penal como en el civil. Dicha situación, en aplicación de los precedentes aludidos, criterio que no encuentra ninguna razón para ser variado en esta ocasión, debe ser resuelta en forma similar. Por lo dicho lo procedente es anular la resolución recurrida ordenando el reenvío de la causa al Tribunal de origen para que se proceda conforme a Derecho. Se omite pronunciamiento, por resultar innecesario, sobre el recurso de casación interpuesto."

7. Efectos de la Inasistencia a la Audiencia de Conciliación del Querellante en Delitos de Acción Privada

[Sala Tercera]^{xii}

Voto de mayoría:

“III. Como segundo motivo, alega “Omisión de considerar las reglas de interpretación apropiadamente” (cfr. Folio 304. El resaltado corresponde con el original). Indica que la sentencia de sobreseimiento no toma en consideración “...que no pudo haberse ningún a (sic) lesión al interés del querellado y demandados civiles, dado que NO SE PRESENTARON a la audiencia y tampoco indicaron o aportaron alguna explicación de la ausencia”. (cfr. Folio 304). Según su juicio, ante la ausencia de la parte demandada, debió convocarse a debate, pues la audiencia de conciliación es para desestimar la querrela si el accionante no se presenta “siempre y cuando se presente la parte querellada” (cfr. Folio 305. El resaltado pertenece al original), y convocar a debate si el querellado no se presenta. Agrega que el trato fue desigual, pues el Tribunal le niega el acceso a la justicia, pese a que no existía la posibilidad de conciliar con la otra parte. En su tercer reclamo, indica el impugnante que existe infracción a los “...artículos 27 y 41 de la Constitución Política, en cuanto a los derechos de petición, pronta resolución y acceso a la justicia sin denegación y en estricta conformidad con las leyes...” (cfr. Folio 307). Señala que las normas procesales son de acatamiento obligatorio y de interpretación restrictiva, por lo que concluye que “...si el querellado no asiste a la audiencia de conciliación, el requisito legal para invocar la no asistencia del querellante, que en este caso inclusive sí se presentó bajo la figura del poder especial otorgado a su hija, quien bajo ese mandato se apersonó a la citada audiencia, lo cual está acorde con lo dispuesto en la legislación civil para efectos de manifestar su voluntad, expresamente indicada en el poder otorgado; se aparte del espíritu de la ley, que en forma categórica establece que el procedimiento debe continuar hasta la etapa de juicio justamente por la ausencia del querellado...” (cfr. Folio 307). Agrega que el artículo 384 del Código Procesal Penal señala que el desistimiento expreso sólo comprenderá a los partícipes, lo que interpreta como “todo aquel que tiene parte en alguna cosa” (cfr. Folio 308. El resaltado corresponde al original), por lo que considera que al no haber tenido “participación” el querellado en la audiencia de conciliación, lo procedente es señalar a debate la causa. Por tener planteamientos semejantes, se decide darles solución conjunta a ambos motivos, concluyendo que no le asiste razón al impugnante. Un requisito indispensable para garantizar el debido proceso a los distintos participantes, es agotar las distintas etapas una a una. Es por ello que dentro del Procedimiento para los delitos de Acción Privada, no puede señalarse a debate si el Tribunal no agota antes la etapa de conciliación. Debido a que el impulso procesal en este tipo de asuntos depende de manera preponderante del querellante, siendo ésta la parte más interesada en él, se le obliga a estar presente en todas las etapas haciéndose acompañar por un profesional en derecho, tal y como se

dijo en el considerando anterior. No es correcta la afirmación del impugnante, en cuanto a que el a quo le trató de manera discriminatoria, pues también era obligación del querellado de asistir. Para llegar a esta conclusión, debe hacerse una lectura sistemática del Código Procesal Penal. Véase que de acuerdo con lo anterior, el efecto de la ausencia del querellante –con patrocinio letrado- y la ausencia del querellado en la audiencia de conciliación tiene efectos diferentes, precisamente, por esa obligatoriedad que tiene el primero con el impulso procesal. De esta forma, el querellante que no asista a dicha diligencia sin presentar justa causa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha que se estableció para su realización, tiene como sanción procesal la extinción de la acción penal. Esto tiene su razón de ser dentro de un proceso marcadamente acusatorio como el nuestro, en el cual la parte que dirige la acusación –privada en este caso- debe ser quien accione en todo sentido, de manera que el juez únicamente es el tercero imparcial ante el cual las partes acuden para dirimir sus diferendos. No sucede lo mismo con la parte acusada, la cual goza de la posibilidad de acudir a dicha audiencia, sin que su presencia sea obligatoria, pues ninguna norma impone esa condición en el querellado, siendo que la única que menciona el punto es el numeral 387 del Código Procesal Penal, el cual establece que la inasistencia de él tiene el efecto de darle la pauta al Tribunal para que señale a debate. Es por todo lo anterior que, si el a quo verifica, como en el presente caso, que la parte promotora de la acción no se presenta, ni tampoco lo hace la otra parte, lo que procede es declarar desistida tácitamente la acción, en atención a la norma preceptiva contenida en el artículo 383 del Código de rito y no, como pretende el impugnante, continuar con los procedimientos y señalar a debate, pues este último supuesto sólo puede operar siempre y cuando el querellante se haya hecho presente a la audiencia de conciliación con patrocinio letrado o a través de un mandatario, quien debe reunir las mismas condiciones o ser su abogado director. En cuanto a la posibilidad o no de conciliar, no es vinculante para determinar si se declara o no extinguida la acción penal, pues el único requisito establecido por la norma de cita, es que no se haga presente el querellante. En cuanto a la interpretación del artículo 384 del Código Procesal Penal que propone el recurrente, es errónea, por cuanto la norma habla de partícipes en un sentido jurídico, de manera que el legislador quiso decir con ello que el desistimiento expreso sólo incluirá a los autores, coautores, cómplices o instigadores que señale de manera patente. En el caso del desistimiento tácito, se decretará extinguida la acción a favor de todos. Por todo lo anterior, se declara sin lugar el reclamo planteado.”

8. El Desistimiento de la Querella, ¿Declarable de Oficio?

[Sala Tercera]^{xiii}

Voto de mayoría

"I. Mediante escrito visible en autos a folios 150 a 155, el doctor Juan Marco Rivero Sánchez, en condición de apoderado especial judicial de la querellante Alterra Partners Costa Rica S.A., impugna el auto del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, de 14:40 horas del 27 de julio de 2005, que dispuso desestimar la querella establecida para averiguar la posible comisión del delito de difamación de persona jurídica en perjuicio de su representada, contra Randy Fuentes Alvarado, Melissa Rodríguez Araya y Mario Alberto Bonilla Morales. De previo a resolver lo pertinente, corresponde aclarar que si bien en el encabezado de la impugnación se indicó que se trataba de un "recurso de apelación" contra la sentencia del Tribunal que desestimó la querella, resulta evidente que es incorrecta la denominación incluida en el escrito – pues se trata más bien de un recurso de casación – obedeciendo ello a un error originado por la forma en que se decidió este asunto, ya que conforme dispone el párrafo 3° del artículo 282 del Código Procesal Penal aplicado por el a quo, cabe apelar el auto que admite la desestimación del proceso, por lo que corresponde avocarse a conocer la impugnación. La gestión resulta atendible: En el presente caso, el Tribunal citado, mediante "sentencia" # 327-2005, de 14:40 horas del 27 de julio de 2005, en causa privada establecida por Alfredo Aguilera Ángeles, apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Alterra Partners Costa Rica S.A., contra Randy Fuentes Alvarado, Melissa Rodríguez Araya y Mario Alberto Bonilla Morales por el delito de difamación de persona jurídica, ordenó desestimar y archivar el proceso aplicando para ello por analogía el contenido del artículo supracitado del Código Procesal Penal, por disponer que: *"... Cuando el hecho denunciado no constituya delito o no sea posible proceder, el Ministerio Público solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio, mediante requerimiento fundado, la desestimación de la denuncia, la querella o las actuaciones policiales"*, aduciendo en sustento de su decisión, que: *"... Si bien una norma igual no la encontramos en la regulación correspondiente a los delitos de acción privada, lo cierto es que la citada norma resulta en estos casos de aplicación analógica in bonam partem, de acuerdo con el artículo 2 párrafo segundo del Código Procesal Penal. Además, no resultaría razonable que tratándose de delitos de acción pública, si una conducta no constituye delito, se deba desestimar la misma, y que lo mismo no pueda aplicarse a los delitos de acción privada, pues igualmente gravoso es para un imputado ser sometido a proceso sin haber cometido delito, sea éste de acción pública o de acción privada... A nuestro juicio, al igual que sucede en relación con la actuación del Ministerio Público, órgano controlado por el Juez de la Etapa Preparatoria, el Tribunal debe controlar que la actuación del querellante privado no sea tampoco antojadiza o arbitraria, y en esa medida, si de entrada se advierte que los hechos*

querellados no llegan a configurar delito, no debe permitir que la causa continúe adelante, pues ello implicaría someter a un sujeto a proceso sin que exista causa justa para ello, con un costo adicional para la administración de justicia. Si la descripción de los hechos acusados no es típica, no se justifica autorizar la continuación del proceso, procediendo en consecuencia la desestimación de la causa, conforme lo establece el artículo 282 del Código Procesal Penal que señala que cuando el hecho no es delito lo que corresponde es la desestimación.”, (cfr. folios 141 y 142). Acorde con lo anterior, queda claro que el Tribunal - no obstante denominar su resolución como “sentencia”, ciertamente no dictó una decisión de esa naturaleza – que concluye el proceso en forma definitiva – sino que más bien, sobre la base de los hechos acusados - considerando que no eran ilícitos - desestimó la querrela incoada, ordenando un auto que no cerró de manera irrevocable el proceso, en virtud de que el propio artículo 282 ejúsdem, dispone expresamente que el dictado de la desestimación no impide reabrir el proceso. Asimismo, se aprecia que las Juzgadoras aplicaron el contenido del referido artículo ibídem, interpretando que su labor más que decisoria, era contralora de la actividad procesal incoada por el querellante, constituyéndose sobre esa base en jueces de un procedimiento preparatorio no dispuesto por el legislador en tratándose de delitos de acción privada, cuya regulación mediante un procedimiento especial, se aprecia en los numerales 380 a 387 del ordenamiento regulador del proceso en esta materia. Por otra parte, el artículo 372 del mismo cuerpo legal, dispone que: “... *En los procedimientos especiales previstos en el Libro siguiente se aplicarán las normas del procedimiento ordinario establecidas en este Libro, en cuanto sean compatibles y a falta de regla específica en aquellos*”. Ahora bien, el 282 supracitado se refiere al decreto de la desestimación a pedido del Ministerio Público, de manera que aún admitiendo de manera hipotética que esa norma fuese aplicable a los ilícitos de acción privada, obvió el Tribunal que quien ejerce como órgano acusatorio es el querellante y en este caso, sería esa parte la única autorizada para solicitar la desestimación del proceso - aspecto que en todo caso se extraña en este asunto - pues fue el a quo – sin mediar gestión de quien estaría autorizado para proceder de esa manera – el que dispuso desestimar la causa. A lo anterior se añade, que el procedimiento para juzgar delitos perseguibles mediante acción privada, no solo contempla la posibilidad de que el querellante solicite desestimar la causa en cualquier estado del proceso – lo que excluiría la necesidad de aplicar supletoriamente otra norma – sino que contempla supuestos específicos, en cuyo caso se tendrá por desistida la acción privada, procediendo disponer entonces sentencia de sobreseimiento, con lo que se lo cierra en definitiva (artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal). Así las cosas, el Tribunal con su actuación causó grave perjuicio al querellante, obstaculizándole para ejercer la acción privada que ha venido ejercitando, por lo que en consecuencia se declara con lugar el recurso interpuesto, se anula la sentencia impugnada y se ordena remitir el proceso a conocimiento del Tribunal, para que con diferente integración de jueces, continúe tramitando el proceso conforme a derecho."

9. La Interposición de la Querella como Acto Interruptor de la Prescripción en los Delitos de Acción Privada

[Tribunal de Casación Penal]^{xiv}

Voto de mayoría

"II. [...] *Sin lugar el motivo*. De acuerdo con lo establecido por los artículos 31 y 33 del Código Procesal Penal, en los delitos de acción privada la interposición de la querella interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal y hace correr uno nuevo de un año. En este caso la querella fue presentada el veintiocho de noviembre del dos mil dos (folio 1). Consecuentemente, la prescripción operaría el veintiocho de noviembre del dos mil tres. El Tribunal dio curso a la querella el dieciséis de diciembre del dos mil dos (folios 44). El veinticuatro de octubre del dos mil tres, se declaró la suspensión de la prescripción, hasta el veinticinco de setiembre del dos mil tres, al no haberse podido notificar la resolución que daba traslado a la querella y la acción civil a la imputada, porque ella no quiso acudir a una citación (folio 105 a 107). El tres de setiembre del dos mil cuatro se decretó la rebeldía de la imputada (folio 176). El veinte de mayo del dos mil cinco (folio 195), se notificó el traslado de la querella y acción civil a la imputada. El uno de setiembre del dos mil cinco se dictó la sentencia de sobreseimiento (folios 224 a 229). Conforme con lo anterior es claro que se ha producido la prescripción de la acción penal en esta causa, pues transcurrió sobradamente más de un año, a partir de la presentación de la querella, sin que se dictara la sentencia, única causal aplicable al caso en concreto. El trámite normal de esta causa no era citar a la imputada para notificarle el traslado de la querella y acción civil, sino entregarle personalmente esos documentos en su casa o bien en el trabajo. La citación era improcedente. Además, la declaratoria de suspensión de la prescripción emitida por el Tribunal se encuentra fuera de los casos autorizados por el artículo 34 del Código Procesal Penal. No existían motivos de orden legal o constitucional que impidieran la prosecución de este proceso, lo que se presentó fue una tramitación incorrecta. Incluso ante la incomparecencia a la citación, quedaba la posibilidad de ordenar una presentación, pero siempre dentro del año de prescripción. Al decretarse la rebeldía, el tres de setiembre del dos mil cuatro, ya había transcurrido el plazo de prescripción de un año y esta última decisión no puede tomarse en cuenta, pues puede interrumpirse la prescripción que no ha operado y en este caso ya había transcurrido el plazo correspondiente para la extinción de la acción penal, por la citada causal. Por otra parte, el antecedente que cita el recurrente (voto 2001-764, de las 10:25 horas, del 28 de setiembre del 2001), hace referencia a cuestiones absolutamente diferentes a las que originan este recurso y, además, lo relativo a la carencia de la defensa es un tema tratado en una nota del juez Dall Anesee, es decir, no se trata de la posición del Tribunal sobre la materia, sino la del citado juzgador. Con fundamento en lo anterior procede declarar sin lugar la casación."

10. Procedimiento para Juzgar los Delitos de Acción Privada

[Tribunal de Casación Penal]^{xv}

Voto de mayoría

"II. En el único motivo de casación por la forma se alega violación al debido proceso por infracción al artículo 355 del Código Procesal Penal, se invoca igualmente transgresión de los numerales 39 y 41 de la Constitución Política. Se argumenta, en sustento del reclamo, que al abrirse el debate se hizo un ofrecimiento de prueba para mejor resolver de tres testigos, los cuales, se dice, fueron rechazados en forma indebida, al obviarse la obligación del Tribunal de averiguar la verdad real. Rechaza, el impugnante, la calificación de sorpresiva de esa prueba que le da el tribunal sentenciador, argumentando que a ese momento no se había tan siquiera evacuado ninguna prueba. Dice que el proceder del tribunal afectó su derecho a un debido proceso justo, cita en sustento de su alegato el fallo de la Sala Constitucional número 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992, en cuanto estableció el principio de amplitud probatoria como integrante del debido proceso y en igual sentido refiere la resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 2003-01136 de las 10:30 horas del 5 de diciembre de 2003. Se declara sin lugar el reclamo. Para efectos de resolver el presente asunto, es necesario, previamente, analizar la estructura del procedimiento para el juzgamiento de delitos de acción privada, que es el que interesa en este caso particular. Como se desprende del Título III del Código Procesal Penal, el "Procedimiento por delitos de acción privada" es un procedimiento especial, diseñado para juzgar delitos en donde el marcado interés particular de la protección jurídico penal, hace que, se libre a la parte, la función que, en los demás delitos, se encomienda a un ente estatal (Ministerio Público). Ya de por sí, esta circunstancia, nos pone en evidencia la particular vigencia del principio acusatorio respecto de este tipo de procedimiento, dado que, es un hecho que respecto de este tipo de delitos existe una verdadera y absoluta disponibilidad del ofendido sobre el fondo del asunto, lo que se refleja en institutos expresamente regulados como lo es el *desistimiento* (confrontar artículo 383 del C.P.P.). Ahora bien, desde el punto de vista de la estructura procesal de este procedimiento, el mismo se diferencia del ordinario, previsto para la investigación de los restantes delitos, en que no se consagra, a nivel de la legislación, una fase previa de investigación, salvo la referencia eventual a un *auxilio judicial previo* (artículo 381 del C.P.P.); es claro que, esa investigación o averiguación del delito debe ser llevada privadamente por el titular de la posibilidad de accionar. Así las cosas, resulta evidente que la presentación de la querrela, sujeta a exigencias rigurosas de admisibilidad, tal y como lo establece el numeral 74 del Código de Rito, viene a ser el equivalente a la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público y, la admisibilidad de la misma, podría equipararse a la apertura a juicio en el procedimiento ordinario. Específicamente, ingresando al tópico determinante para la

resolución del presente asunto, vemos que el referido numeral 74, en su inciso 3) subpunto i), especifica las condiciones de admisibilidad en cuanto a prueba, requiriéndose no sólo el puro y simple ofrecimiento de los testigos, sino la indicación del contenido fáctico sobre el que serán examinados. Precisamente, este requerimiento es esencial dentro de este proceso, pues, posibilita, por una parte, el derecho de defensa, al poner al tanto al querellado sobre el eventual acervo probatorio que se esgrime en su contra; por otra parte, es el material que tiene a su disposición el tribunal para calificar la prueba pertinente, que deba de evacuarse en un eventual debate, si la fase de conciliación y retractación fracasa. Un déficit a este nivel, no sólo determina la inadmisibilidad del medio probatorio propuesto, sino, el rechazo mismo de la acusación contenida en la querrela, pues, ante una omisión tal, evidentemente se lesionaría el principio de defensa en juicio del acusado, dado que este no tendría los parámetros para determinar si en efecto existe una causa probable en su contra. Ahora bien, ciertamente, el numeral 355 del Código Procesal Penal, es una norma adjetiva que podría aplicarse al procedimiento para juzgar delitos de acción privada, sin embargo, los alcances de dicho artículo deben ser ciertamente clarificados, en orden a la parte procesal que los invoca en este caso. En efecto, la Sala Constitucional en resolución número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos dispuso, como uno de los derechos al procedimiento integrantes del debido proceso: *“a) El principio de la amplitud de la prueba: Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente.”* (la negrita no corresponde al original). Como puede claramente observarse, la referencia al principio de amplitud probatoria se circunscribe, sobre todo y en forma esencial, a la defensa. Sin embargo, en ese contexto debe de entenderse la alusión a la defensa en términos amplios, no específicamente relacionado con la parte procesal, sino, que abarca también a los otros sujetos procesales, lo que, parece ser una derivación lógica y consecuente con el principio de tutela judicial efectiva. Cabe apuntar que, en el proceso de transformación del sistema procesal penal tuvo una injerencia particular el cuestionamiento sobre el protagonismo del juez, como fuente de distorsiones en el proceso y, sobre todo, como una génesis sospechosa de pérdida de la imparcialidad. Precisamente, el cambio de paradigma se produce, a este respecto, con la legislación procesal de mil novecientos noventa y seis, en donde, esa tesitura implicó la evolución del procedimiento, abandonando la figura del juez de instrucción y poniendo en manos del Ministerio Público el peso de la investigación, el instrumento procesal utilizado para gestar esos cambios lo fue la instauración de un sistema predominantemente acusatorio, en donde, precisamente, se pretende que sean las partes las titulares de las pretensiones

y que, el juez, sea un espectador imparcial, a quien se trae las peticiones para que éste resuelva. Ciertamente, el sistema consagrado no fue puro, precisamente, una de las excepciones, lo viene a ser la prueba para mejor resolver que establece el numeral 355 del Código Procesal Penal y que es la que aquí se cuestiona. Por lo hasta aquí dicho, resulta evidente la necesidad de mantener esa norma dentro de los estrictos alcances de la misma, dado que ella implica un compromiso serio para la filosofía del sistema que se pretendió implantar. En ese sentido es que esta cámara ha provisto a esa interpretación, cuando en resolución número 1999-00408 del primero de octubre de mil novecientos noventa y nueve dijo: *“Respecto a la evidencia probatoria que pretende demostrar elementos de la acusación, no podría ordenarse prueba para mejor resolver sobre hechos o circunstancias que no hayan surgido durante el desarrollo de la audiencia oral, salvo que se trate de pruebas que favorezcan los intereses de la Defensa, ...”*, resulta hartamente claro, que si esto es así para el Ministerio Público en el procedimiento ordinario, con mucha mayor razón debe de aplicarse la misma solución en una acción de carácter privado como la que aquí nos ocupa, en donde la vigencia del principio acusatorio es indiscutible, tal y como se dijo. Precisamente, ese fue el sustento esgrimido por la jueza *a quo* al rechazar los testimonios que se echan de menos, en efecto, su línea de argumentación la podemos extraer del siguiente fragmento de su resolución: *“..., el numeral 355 del Código Procesal Penal expresamente autoriza por vía de excepción la prueba para mejor resolver a aquéllos hechos o circunstancias nuevos que surjan en el curso del debate. Esta norma entonces supedita la admisión de esas nuevas pruebas exclusivamente a que se genere este presupuesto de hecho.- De lo anterior se sigue que la pretensión del querellante de que se le admita las pruebas que hasta ahora ofrece está expresamente vedada por la norma de comentario, norma que en esencia tutela el debido proceso a favor de las otras partes, concretamente el imputado, de no resultar sorprendido en el debate con pruebas que eran manifiestamente conocidas por el querellante desde el momento en que interpuso su querrela, y que por desidia, no ofreció.”* (folios 74 y 75). El rechazo de la prueba, conforme a lo dicho, es consecuente con el diseño del proceso previsto para los delitos de acción privada que, incluso, determinaría una inadmisibilidad de la acción si la prueba no es ofrecida desde el escrito mismo de presentación de la querrela. Dado lo dicho, resulta evidente que no lleva razón el recurrente en la pretendida lesión a sus derechos y su reclamo debe ser desechado."

11. Diferencia entre los Delitos de Acción Privada y los Delitos de Acción Pública Perseguibles a Instancia Privada

[Tribunal de Casación Penal]^{xvi}
Voto de mayoría

"UNICO. El querellante y actor civil, Alexander Peña Sequeira, alega en su recurso de casación que en este caso no se tomó en cuenta la presentación de la querrela como causa útil para interrumpir la prescripción de la acción penal. Basa su argumento en lo dispuesto por el artículo 33 inciso b) del Código Procesal Penal y señala que: *“El legislador no hace diferencia entre delitos de acción pública a instancia privada y aquellos estrictamente de acción privada, ya que no podría haber jurídicamente hablando, ninguna acción pública de las que consigna el numeral 18 del Código Procesal Penal, sin la correspondiente instancia o acción privada que la origine en su trámite procesal.”* Añade que el juez no puede ni debe diferenciar donde el legislador, en vez de hacer diferencia, más bien *“...equipara y condiciona la capacidad y constitución de nuestros Jueces de la República, a un accionar privado y/o a una instancia privada.”* Con base en lo anterior, invocando además el principio de igualdad ante la ley, el recurrente pide que el fallo sea anulado totalmente. El reproche no es atendible. La ley distingue con claridad entre *“delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada”* y *“delitos de acción privada”* (ver artículos 18 y 19 del Código Procesal Penal). Los primeros, como su nombre lo indica, son delitos de *“acción pública”*, sólo que el ejercicio de esta acción requiere que, de previo, se remueva un obstáculo procesal, consistente en una actuación de la parte interesada. En efecto, el Ministerio Público sólo puede ejercer la acción una vez que los sujetos legitimados para ello hayan formulado denuncia ante una autoridad competente (artículo 17 del citado cuerpo legal). Cumplido ese requisito, se sigue el trámite propio de los delitos de acción pública, sin que sea estrictamente necesario que el ofendido (*víctima*) se constituya en parte querellante. En cambio, en los delitos de *acción privada* la fiscalía no tiene ninguna intervención como accionante, pues corresponde a los interesados ejercer directamente la acción penal, mediante la formulación de la respectiva querrela (doctrina de los artículos 72 y 380 del Código Procesal Penal). Lo anterior demuestra que el punto de partida asumido por el recurrente es equivocado, porque la ley sí distingue entre uno y otro tipo de delitos, de modo que también los tribunales de justicia están obligados a hacer esa diferenciación. De conformidad con el artículo 18 inciso c) del Código Procesal Penal, el delito de Lesiones Culposas –previsto por el artículo 128 del Código Penal– es de acción pública perseguible sólo a instancia privada. En consecuencia, para efectos del régimen de prescripción de la acción penal no procede aplicar en la especie lo dispuesto por el artículo 33 inciso b) del Código Procesal Penal, que se refiere expresamente a la presentación de la querrela *“...en los delitos de acción privada”*. Se debe añadir, a mayor abundamiento, que los delitos de acción pública (incluyendo los perseguibles sólo a instancia privada) no pierden en

ningún momento ese carácter, ni siquiera en los casos en que se ha autorizado la conversión regulada en el artículo 20 del Código Procesal Penal. Sobre ello, ha dicho esta cámara que: *“La conversión incide en el sujeto que ejerce la acción penal, pero no transforma la naturaleza pública de la acción penal y por este motivo, el delito sigue siendo de acción pública y no le es aplicable el apartado b- del artículo 33 del c.p.p. La conversión significa que el actor privado sustituye al Ministerio Público, pero los actos que realiza son los mismos que el acusador oficial, sin que el ilícito se convierta en un delito de acción privada [...] La privatización de la acción penal no modifica la naturaleza jurídica de la pretensión punitiva, por esta razón, se siguen aplicando el régimen de actos interruptores o que provocan la caducidad de la acción penal pública. No es admisible que el régimen que regula una acción penal pública presente una dualidad, mezclando el régimen público o privado a voluntad de las partes.”* (Sic, voto 2003-0659, de las 16:25 horas del 14 de julio de 2003). Resuelto el único argumento en que se basa la parte interesada y no habiéndose acreditado vicio alguno en el cómputo de la prescripción de la acción penal, procede en el presente caso declarar sin lugar el recurso."

12. Delitos de Acción Privada: Carga de la Prueba

[Tribunal de Casación Penal]^{xvii}

Voto de mayoría

II. Como *segundo motivo* del recurso por la forma y con cita de los artículos 1, 142, 184 y 361 inciso d) del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política, se alega quebranto a las reglas de la sana crítica, en cuanto al principio de razón suficiente. En el considerando segundo, sobre hechos no probados, se acota: *“No demostró el querellante que las frases proferidas por el querellado fueron injuriosas o difamatorias.”* En derecho penal no se demuestra, sólo se invoca el derecho violado y es el juez el que tiene que analizarlo. Añade que el tribunal de juicio razona que la conducta del querellado durante el debate oral y el escrito que rola a folio 140 obedecen al cumplimiento de un deber. Esto lesiona las reglas de la sana crítica, en cuanto al principio de razón suficiente y prueba de ello es que, después de quedar en libertad, el señor Santander Flores ha asistido a todas la audiencias programadas, sin ningún problema. Por ende, el comportamiento del acusado Murillo Guzmán no tiene respaldo y con su actuar vulneró el honor y la dignidad del accionante. El reproche no resulta atendible. Efectivamente el juzgador expresa en la sentencia, a título de hecho no probados, que: *“No demostró el querellante que las frases proferidas por el querellado fueran injuriosas o difamatorias.”* (Ver folio 502). Sin embargo, no se observa que esa conclusión resulte contraria a las reglas de la sana crítica, pues tratándose de un proceso por delitos de acción privada, correspondía a la parte acusadora acreditar no sólo que las manifestaciones habían sido hechas, sino además

que estaban dirigidas a lesionar el honor, aspecto este último que se descartó por completo en el fallo de instancia. En todo caso, no se trata de que el acusado haya sido absuelto argumentando sencillamente que el actor penal no demostró la calidad injuriosa o difamante de las afirmaciones cuestionadas. En la especie, el juez analizó el cuadro fáctico tenido por cierto, contrastándolo con los derechos subjetivos que se estimaron violentados, para concluir que, en realidad, aunque el justiciable Murillo Guzmán sí expresó las frases bajo análisis, esta conducta fue realizada en un contexto en que no tenían la intención de ofender el honor del querellante Santander Flores. Tampoco vulnera las reglas de la sana crítica el hecho de que el juzgador haya concluido que las manifestaciones del querellado (vertidas en un escrito judicial y en el curso de un debate) fueron hechas en el ejercicio legítimo de su profesión, porque el *a quo* aporta razones consistentes para llegar a ese convencimiento. Sobre el particular, se indica en la resolución de mérito que: *“El honor, que según lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, existe de dos tipos, es decir el honor subjetivo, que es el concepto que de sí mismo tenga el individuo, el amor propio o la autoestima, y el honor objetivo, que es la imagen que un sujeto proyecta ante los demás, y la forma como los demás perciben esa imagen, es un bien jurídico protegido por el derecho. Pero si el individuo, titular del derecho realiza actos que por sí mismos ponen en riesgo su honorabilidad y socaban (sic) la imagen que de él se tenga, no puede reclamar la tutela jurídica si se le pone en entre dicho. Además, para que los embates que sufra el bien jurídico tutelado sean capaces de provocar el reproche penal, es necesario que estén encaminados a destruir el honor y el buen nombre de una persona, y en el presente caso, encontramos una ausencia total de dolo en las acciones del querellado, pues su finalidad no era destruir la honra de don Carlos Isaías, sino que, en el ejercicio legítimo de su profesión y en aras de proteger los intereses de su cliente, el Lic. Murillo expuso ante el Tribunal de Juicio las razones por las cuales él creía que no era conveniente para el proceso y para los intereses de su representada, que al señor Santander Flores se le otorgara la libertad.”* (Véanse folios 526 y 527). En resumen, los razonamientos del juzgador no son arbitrarios ni absurdos, sino que derivan válidamente de las pruebas utilizadas para motivar la decisión. No observa esta cámara que el pronunciamiento esté basado en un análisis defectuoso de los elementos de juicio. Por el contrario, los fundamentos del fallo son consistentes y encuentran sustento en la pruebas recibidas durante el contradictorio, las cuales fueron valoradas en forma conjunta y armónica, asignándole a cada uno de los elementos el valor correspondiente, de conformidad con las reglas del correcto entendimiento humano (artículo 184 del Código Procesal Penal). Por ende, este extremo también debe ser declarado sin lugar. "

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. **Código Procesal Penal**. Vigente desde: 01/01/1998. Versión de la norma 20 de 20 del 31/10/2012. Publicada en: Gaceta No 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. **Código Procesal Penal**. Ídem.

ⁱⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. **Código Procesal Penal**. Ídem.

^{iv} MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (s.f.). **¿Qué es un delito de Acción Privada?**. Recuperado el día 20/08/2013, desde la web: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/informacion/derechosciudadano/Delitos%20de%20accion%20privada.html>

^v CALVO PICADO. Dr. Gerardo. (Marzo, 1991). **La Participación del Ofendido en el Proceso Penal**. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia N° 53, Año XVI. San José, Costa Rica. P 55.

^{vi} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 466 de las dieciséis horas con quince minutos del veintiséis de mayo de dos mil ocho. Expediente: 07-000085-0016-PE.

^{vii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 915 de las once horas del veintinueve de julio de dos mil once. Expediente: 05-001663-0283-PE.

^{viii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 704 de las nueve horas con cinco minutos del cuatro de julio de dos mil ocho. Expediente: 06-000023-0016-PE.

^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 113 de las nueve horas con treinta y tres minutos del quince de febrero de dos mil ocho. Expediente: 04-201947-0305-PE.

^x TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 518 de las nueve horas con cinco minutos del veinticuatro de noviembre de dos doce. Expediente: 09-200013-0288-PE.

^{xi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TECER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA EN SAN RAMÓN. Sentencia 568 de las dieciséis horas con cinco minutos del quince de diciembre de dos mil once. Expediente: 11-000018-0285-PE.

^{xii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 727 de las once horas del veinte de julio de dos mil siete. Expediente: 05-000034-0548-PE.

^{xiii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 243 de las quince horas con veinte minutos del veintisiete de marzo de dos mil seis. Expediente: 05-000029-0285-PE.

^{xiv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 1180 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del diez de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 02-000272-0016-PE.

^{xv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 265 de las ocho horas con cincuenta minutos del catorce de abril de dos mil cinco. Expediente: 04-000013-0162-PE.

^{xvi} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 984 de las diez horas del veintitrés de septiembre de dos mil cuatro. Expediente: 99-000052-0277-PE.

^{xvii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 369 de las diez horas con catorce minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro. Expediente: 02-200029-0288-PE.