



## El desistimiento en la Querella

<b>Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.</b>	<b>Descriptor: Actos Procesales.</b>
<b>Palabras Clave: Desistimiento, Honorarios de Abogado, Delitos de acción privada, Delitos de acción pública, Falta de legitimación. Jurisprudencia citada: Sent. 1456-2012, Sala Tercera. Sent. 43-2012, Trib. de Apelación Penal San Ramón. Sent. 915-2011, Sala Tercera. Sent. 209-2011, Trib. de Apelación Penal San Ramón. Sent. 366-2010, Trib. de Apelación Penal San Ramón. Sent. 992-2010, Sala Tercera. Sent. 704-2008, Sala Tercera.</b>	
<b>Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración: 28/07/2014.</b>

El presente documento contiene normativa y jurisprudencia sobre el desistimiento de la Querella, se consideran los supuestos de los artículos: 30, 79, 383, 383 del Código Procesal Penal. La jurisprudencia explica temas como: la querella, el desistimiento y honorarios de abogado, el desistimiento tácito, los delitos de acción pública, la actividad procesal defectuosa en materia penal, entre otros.

### Contenido

NORMATIVA.....	2
Artículos del CPP sobre desistimiento en la Querella.....	2
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Querella: Desistimiento y honorarios de abogado .....	3
2. Desistimiento tácito de la querella en caso en el que únicamente se presenta a la audiencia un abogado no autorizado por la parte.....	6
3. Delitos de acción pública: Distinción con la acción privada y alcances del desistimiento de la querella .....	11
4. Actividad procesal defectuosa en materia penal: Invalidez de desistimiento de querella hecho por albacea sustituto .....	12
5. Desistimiento de la querella: Desistimiento tácito de la acción se da solo cuando hay inasistencia de la querellante o del mandatario .....	19
6. Querella: Falta de legitimación activa de la madre cuando el menor alcanza la mayoría de edad durante el proceso .....	21
7. Desistimiento de la querella: Ausencia del abogado de la parte querellante no lo constituye.....	24

## NORMATIVA

### Artículos del CPP sobre desistimiento en la Querella

[Código Procesal Penal]<sup>i</sup>

#### **ARTÍCULO 30.- Causas de extinción de la acción penal.**

La acción penal se extinguirá por las causas siguientes:

(...)

b) El desistimiento de la querella, en los delitos de acción privada.

(...)

**ARTÍCULO 79.- Desistimiento tácito** Se considerará desistida la querella cuando el querellante, sin justa causa, no concurra:

a) A prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia, luego de ser citado.

b) A la audiencia preliminar.

c) A la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones.

En los casos de incomparecencia, si es posible la justa causa deberá acreditarse antes de iniciar la audiencia o, en caso contrario, dentro de cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquella. El desistimiento será declarado por el tribunal de oficio o a pedido de cualquiera de los intervinientes. Contra esta resolución, sólo se admitirá el recurso de revocatoria.

#### **ARTÍCULO 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.

## ARTÍCULO 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.

### JURISPRUDENCIA

#### 1. Querrela: Desistimiento y honorarios de abogado

[Sala Tercera de la Corte]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría:

**“VII.-** Como se ha adelantado, por estar relacionados entre sí, en este considerando se resuelven de manera conjunta el grupo de alegatos número **24.-** formulados en el recurso del querellante L, y el grupo de argumentos **2.-**expuestos en el recurso de Carlos Tiffer Sotomayor. Para la adecuada resolución de los reclamos conviene recapitular lo indicado al respecto por el Tribunal: *“En la querrela interpuesta por el señor L, en el hecho primero vincula al señor F como apoderado “para aquel entonces y en el presente de la empresa La Nación S.A.” A folio 726 este Tribunal admite querrela y da curso a acción civil resarcitoria contra los aquí querrelados y demandados civiles entre los que se encuentra el señor F. A folio 745 el señor A nombra al Dr. Carlos Tiffer Sotomayor como su abogado. Ante gestión del Dr. Tiffer a folio 756 el Juez de Juicio previene saneamiento de defectos formales por falta de precisión en la querrela y acción civil resarcitoria, por cuanto falta precisión en cuanto a si se está querrelando a F en su condición personal o como representante de la empresa La Nación , a su vez si se ejerce la A.C.R. en contra de este en su condición de persona física o como apoderado de la persona jurídica La Nación S.A. A folio 811 el señor querrelante aclara que la querrela no se plantea contra la empresa La Nación S.A, ni en contra de su presidente y representante legal, señor F, ni en contra de éste en lo personal. Aclara que en lo que respecta a la acción civil resarcitoria sí se plantea en contra de la empresa La Nación S.A, representada por la persona de su presidente y representante legal, señor F. Y la querrela en lo que atañe a la A.C.R. no se plantea en lo personal contra el señor F. A folio 844 el Dr. Tiffer solicita se condene al querrelante L al pago de las costas procesales y personales por la querrela interpuesta contra F. (sic) con fundamento en los artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal, por cuanto el querrelante al presentar la querrela contra su cliente lo hace en su condición personal a folio 1 y le atribuye hecho en este mismo folio, por el presunto delito de difamación por la prensa. Y a folio 16 el señor L plantea expresamente la acción civilresarcitoria contra el señor F (sic) en su calidad personal Sin embargo (sic. Los errores de puntuación están en la sentencia original) el querrelante mediante escrito presentados el día 29 de junio de 2010, desiste expresamente de la querrela contra el señor F, al señalar que en la presente causa no deberá tenerse por querrelado a éste. Lo anterior a pesar de que en el*

escrito inicial de la querella claramente señala al señor F como imputado del presente proceso de difamación. A folio 880 el señor Juez Esteban Amador Garita resuelve reservar la resolución de dicha solicitud para que sea resuelta en la fase de juicio, por el Tribunal Colegiado. **Por lo que los suscritos juzgadores consideramos que lleva razón el Dr. Tiffer Sotomayor por las razones expuestas, al haber el querellante desistido expresamente en su libelo de folio 811 de querellar en contra del señor F en el punto primero párrafo primero, después de haberlo querellado en su escrito de demanda inicial a folio 2. Nos encontramos dentro del presupuesto del primer párrafo del artículo 383 del Código Procesal Penal. Por lo que este tribunal declara extinguida la pretensión penal por desistimiento, y se sobresee a F de los delitos de difamación y otros en daño del querellante L, todo de conformidad con el párrafo tercero del numeral 384 del C.P.P. Al haberse dictado sobreseimiento definitivo a favor de F, se condena al querellante L a pagar al querellado las costas, mismas que se fijan de conformidad con el artículo 42 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, Número 32493-J en la suma de CIEN MIL COLONES."** (Cfr. Folios 974 y 975 de la sentencia. La negrilla se adiciona.) **Vistos los argumentos expuestos en el apartado 24.- del recurso del querellante, y en el acápite 2.- del recurso interpuesto por Carlos Tiffer, por un lado, los alegatos del primero deben ser descartados, mientras que, por otro lado, los reclamos del segundo en cuanto a este punto en particular deben ser declarados con lugar, al menos parcialmente.** Al confrontar el escrito inicial de querella y acción civil resarcitoria (folios 1 a 32 del expediente), con el documento que rola de folios 811 a 820, y en particular con lo dicho a folio 811, puede apreciarse, con toda claridad, que mediante este segundo documento, debido a una prevención del Tribunal surgida de la gestión del abogado Tiffer Sotomayor, L, en su calidad de actor manifestó, expresamente, su voluntad de **no continuar el proceso**, es decir, por definición **desistió** (Así, Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial; citado por Sanabria Rojas, Rafael. Reparación Civil en el Proceso Penal, San José, Editorama, 2008, p. 379): (1.-) de la querella penal en contra de la empresa la Nación S.A., (2.-) de la querella penal originalmente planteada, de manera personal, en contra de F y (3.-) de la acción civil resarcitoria originalmente dirigida, de manera personal, también en contra de este último. Siendo así, no puede darse la razón al querellante en el tanto que pretende favorecerse de sus propios errores al formular la querella y la acción civil (los cuales incluso aceptó y enmendó con posterioridad), para no ser condenado en costas, lo cual es inaceptable. Aun cuando, debido a la propia estructura del proceso de querella privada, esos defectos no fueron subsanados o corregidos con anterioridad, lo cierto es que por esos errores del querellante una persona fue sometida innecesaria y arbitrariamente a proceso penal, sometida a pena de banquillo, y se vio amenazada no solo penalmente sino también en su patrimonio personal. Con el escrito de folios 811 y siguientes, el propio querellante reconoció esos errores, y desistió de su accionar y pretensiones iniciales. Esto hace que, de conformidad con lo establecido en el numeral 118 para la acción civil, y por los artículos 383 y 384 para la querella por delitos de acción privada, ambos del Código Procesal Penal, el actor civil y querellante L deba ser condenado al pago de las costas que provocó su accionar penal y civil. Su desistimiento (eso fue lo que hizo el querellante y actor civil, desistir de las pretensiones que originalmente planteó), conlleva una responsabilidad que implica la obligatoria condenatoria en costas en ambos extremos. **Por ello los alegatos de L sobre este extremo, no son atendibles. Concomitantemente, guarda razón el abogado Tiffer**

**Sotomayor, en su cuestionamiento del proceso argumentativo seguido por las señoras juezas y señor el juez de juicio al dictar la condenatoria en costas sobre este extremo, más no sobre el monto que pretende.** La sentencia recurrida efectivamente carece de la fundamentación requerida por la legislación costarricense para la condenatoria en costas. Por razones de economía y celeridad procesal, esta Sala de Casación Penal procede a realizar el cálculo respectivo. Como se ha visto el desistimiento de L se dio tanto respecto de la acción penal formulada mediante querrela contra La Nación S.A. y de manera personal contra F, como también en relación con la acción civil resarcitoria, dirigida también de manera personal contra éste último (Cfr. Folio 811 del expediente). Siendo así, el cálculo de la condena en costas debe realizarse para ambos extremos desistidos. El Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado Número 32493-J, aplicable al efecto, tiene la particularidad de que no regula específicamente el cálculo de honorarios para el caso específico del desistimiento de la querrela privada. Por esa razón, para la fijación de la condenatoria en costas por este extremo debe tomarse en consideración el artículo 42 del citado arancel, en cual se establece de manera general que *“En las causas cuya competencia en juicio corresponda al Tribunal Colegiado, los honorarios mínimos serán de doscientos mil colones si se celebra el juicio oral, reduciéndose dicho monto mínimo en un cincuenta por ciento si concluye antes por cualquier motivo.”* (La negrilla se adiciona). En el caso particular que nos ocupa, dado que para los supuestos arriba descritos la causa conocida por el Tribunal terminó por el desistimiento de la querrela por parte de L, lo que corresponde, con base del artículo citado, es fijar el pago de costas por este extremo en la suma de cien mil colones. El cálculo de la condenatoria en costas que deriva del desistimiento de la acción civil, originariamente planteada de manera personal en contra de F, debe realizarse de manera independiente al anterior. Como punto de partida al respecto, debe tenerse lo establecido en el artículo 45 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, Número 32493-J, el cual indica: **“Artículo 45.-** *Los honorarios por la acción civil resarcitoria son independientes de los que correspondan al trámite de la causa penal. Asimismo son independientes los honorarios del profesional que concurra a las diligencias previas para determinar la eventual elevación a juicio, cuyos honorarios se fijan en cien mil colones. El abogado del actor civil cobrará honorarios por esta acción de acuerdo con la tarifa que establece el artículo 18, tomando como base la suma acogida en sentencia o definida finalmente por cualquier causa, por concepto de daños y perjuicios. En caso que se presente querrela, conjuntamente con la acción civil, se devengará quince por ciento (15%) adicional de la tarifa establecida anteriormente. Si se obtuviere condenatoria, los honorarios mínimos por la acción civil serán de ciento cincuenta mil colones. Para determinar los honorarios que corresponden al profesional en la acción civil y la querrela, se estará a lo dispuesto para el proceso civil.”* Este artículo, según lo impone por vía de remisión el numeral 109 del Código Penal, debe leerse además en relación con el numeral 234 del Código Procesal Civil, el cual, en lo que interesa, establece: **“Honorarios de abogado, reglas específicas.** *En los procesos ordinarios estimables, los honorarios de abogado se fijarán sobre el importe de la total condenatoria o absolución. Si el proceso no hubiera llegado al fallo definitivo, por haber mediado arreglo o desistimiento, el juez regulará los honorarios en atención al trabajo efectuado, según la tarifa correspondiente (...)* (La negrilla se adiciona). De manera que, para el cálculo de las costas por el desistimiento de la acción civil a que se ha hecho referencia, se debe partir de la tarifa general prevista para un proceso ordinario civil, haciendo un cálculo proporcional al trabajo efectuado,

debido a que existió un desistimiento. De este modo, debe atenderse lo fijado por el artículo 18 inciso b. del Arancel de repetida cita, en el sentido de que para los procesos ordinarios (este es el parámetro del que se debe partir, pues en esa sede se discutiría una pretensión sobre responsabilidad civil extracontractual), el cálculo de las costas debe hacerse por un quince por ciento, cuando el monto de la pretensión es mayor a quince millones y hasta setenta y cinco millones de colones. Si se parte de la estimación del supuesto daño moral, hecha por el actor civil a folio 27 por un monto de setenta y cinco millones de colones, entonces el quince por ciento de esa estimación estaría representado por un monto de once millones doscientos cincuenta mil colones, si el proceso hubiese culminado con un fallo definitivo sobre la acción civil. Ahora bien, como ya se ha adelantado, dado que al mediar desistimiento sobre ese punto no se llegó al fallo definitivo, el monto debe vincularse de manera proporcional con el trabajo realmente efectuado al efecto por el abogado de quien al inicio figuró como demandado civil. Ese trabajo, para el extremo analizado, se limitó a plantear la solicitud de aclaración de la resolución que admitía la querrela y acción civil en contra de F, luego de lo cual, ante la prevención de folios 750, el propio querellante y actor civil L expuso que no continuaría con la acción civil planteada de manera personal en contra de aquél (folio 811 del expediente). Aparte de lo anterior, durante la audiencia de conciliación (Cfr. Folio 878), el abogado Tiffer Sotomayor reiteró sus argumentos para cuestionar la manera en que el actor civil había dirigido sus pretensiones en este extremo en contra de F, y solicitó la extinción de la acción penal, aspecto cuya resolución se dejó para el juicio (Cfr. Folios 880 y 881). A pesar de ello, el actor civil ya había desistido de ese extremo de su pretensión civil desde la presentación del documento que rola a folio 811 y siguientes, por lo que, para el caso específico de F, el abogado Tiffer Sotomayor, ni siquiera realizó la contestación de la acción civil resarcitoria (la cual solamente fue contestada para N y para el Grupo Nación S.A. Cfr Folios 771 y siguientes y folios 853 y siguientes), ni mucho menos desarrolló labor profesional alguna sobre este punto, en etapas posteriores del proceso. Atendiendo al trabajo realmente efectuado, esta Sala considera que un monto proporcional por los trabajos realmente efectuados es el de doscientos mil colones. Por lo tanto, debido al desistimiento de la querrela y de la acción civil, en cuanto a los extremos analizados, **se condena en costas a L, por un monto de cien mil colones por el desistimiento de la acción penal privada (querrela), y por un monto de doscientos mil colones por el desistimiento de la acción civil, para un total de trescientos mil colones.**”

## **2. Desistimiento tácito de la querrela en caso en el que únicamente se presenta a la audiencia un abogado no autorizado por la parte**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

“I.- Como ***primer motivo del recurso***, el querellante y actor civil Á, en escrito autenticado por el licenciado Carlos Eduardo Rojas Rojas, reclama la existencia de una actividad procesal defectuosa y una “*violación al principio de defensa, derecho a la justicia y por*

*inobservancia del principio de fundamentación racional de la sentencia condenatoria*". Refiere que no está de acuerdo con el sobreseimiento emitido por el Tribunal de Juicio al declarar desistida la acción penal ante su incomparecencia a la audiencia de conciliación señalada para el 11 de agosto de 2011, ya que ello se debió a problemas de salud. Argumenta que "(...) por mi estado de salud y por problemas de localización de mi médico particular con el fin de justificar la inasistencia a la audiencia cuando una vez recuperado y obtenido el dictamen médico lo llevé a que se me recibiera en el despacho, me indican que ya no se puede presentar dicho dictamen ya que únicamente se conceden cuarenta y ocho horas de la ausencia para justificarla y transcurrido ese tiempo, ya no se puede. Le indico al funcionario judicial, que por mi estado de salud y por el debido atraso con el dictamen de mi médico no fue posible entregarlo y que por lógica médica y jurídica ese plazo no puede cumplirse ya que mi condición de salud no le permitía (...)" (ver folios 49 y 50, la transcripción es literal). Agrega que existió una primer convocatoria a audiencia de conciliación señalada para el 3 de agosto de 2011 en la que él y su abogado se presentaron, sin embargo no se realizó debido a que, por un error de los funcionarios, no se le notificó al imputado y al defensor. Termina diciendo que el artículo 41 de la Constitución Política no se le aplicó, ya que el sistema se encargó de condenarlo procesal y civilmente, con la preocupación de que su problema con el denunciado aun persiste. **Por mayoría, el reclamo debe declararse sin lugar**: Conforme lo estima la mayoría de este Tribunal de Apelación de Sentencia, no le asiste razón el quejoso en su alegato, pues claramente el inciso b) del numeral 383 del Código Procesal Penal dispone, como efecto legal, el desistimiento tácito de la querrela en los delitos de acción privada cuando el querellante o su "**mandatario**" no concurren a la audiencia de conciliación. 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 (sic) 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 valorará 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 N° 2010-00366 de las 8:10 horas del 21 de setiembre de 2010). En el presente caso, tal y como consta a folio 41 del expediente, tanto el querellado C, como su abogado (*patrocinio legal*), el licenciado William Gonzalo Villalobos, se hicieron presentes a la diligencia convocada para el día 11 de agosto de 2011, no así el querellante Á, como era su deber hacerlo. Cabe indicar que si bien a la audiencia llegó el licenciado Carlos Eduardo Rojas Rojas, profesional en derecho que autenticó el escrito de querrela y acción civil resarcitoria interpuestas por A, es lo cierto que no existe constancia alguna en el expediente de que este último le hubiera otorgado poder a dicho profesional para representarlo en esta causa, es decir, no consta que aquél fuera su "**mandatario**" o representante legal, como lo exige la normativa procesal para poder actuar en representación de otro. En torno al tema de los poderes del "**mandatario**" en el ámbito procesal, este Tribunal de Casación Penal ha señalado también lo siguiente: "(...) En efecto la Constitución Política establece en el numeral 41 el llamado "**principio de tutela judicial efectiva**", a través del cual las personas pueden, instando a los órganos competentes o respectivos, lograr una solución o satisfacción por los daños o perjuicios que ha sufrido por el actuar de otros. No obstante lo anterior, tal posibilidad no puede alcanzarse de manera antojadiza, arbitraria o improvisada, sino que debe hacerse conforme a las formas que el propio ordenamiento jurídico ha dispuesto para ello. No en vano el artículo constitucional de cita señala claramente que: "**Ocurriendo a las leyes**, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y **en estricta conformidad con las leyes**" (el subrayado no aparece en el original). En otras palabras, si la persona pretende alcanzar un resarcimiento o reparación por los daños que estima haber sufrido, requiere que su solicitud o pretensión no sólo la interponga ante el órgano competente, sino también que lo haga en acatamiento a todas las formalidades, exigencias y obligaciones que la ley prevé para ello, pues lo debe hacer "**ocurriendo a las leyes**" y en "**estricta conformidad con las leyes**", según lo dispone el numeral constitucional citado. Bajo esta tesitura, en los delitos de acción privada, como es el que -en principio- dio origen al presente proceso, la persona afectada no sólo debe interponer la querrela respectiva ante el órgano competente y nombrar un profesional en derecho que lo represente a lo largo del procedimiento, sino también debe acatar o cumplir con todas las exigencias, formalidades y obligaciones que la ley impone al efecto. Dentro de estas obligaciones está precisamente, entre muchas otras, la de comparecer a la audiencia de conciliación que se programe por el Tribunal de Juicio, salvo que, previamente a ella, manifiesta su desinterés en conciliar y su decisión (por esa razón) de no asistir a la misma (cf. del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, el voto No. 2006-1276 de las 9:35 horas del 1º de diciembre de 2006). De no comparecer a esta diligencia sin justa causa, tal y como lo indica la normativa procesal que regula esta clase de procedimiento, se tendrá por desistida, en forma tácita, la acción penal por ella interpuesta. Esto último fue lo que ocurrió en este caso, pues, no obstante que el Tribunal de Juicio señaló la audiencia de conciliación para las 7:45 horas del 16 de junio de 2011, incluso como consecuencia de una solicitud de cambio de señalamiento formulada por la propia parte querellante, la misma no se hizo presente a esa

diligencia. Esta incomparecencia ocurrió a pesar de que desde el 31 de mayo de 2011 se le notificó la resolución en la que se cambió, a petición de su abogada, la hora del señalamiento para el día 16 de junio siguiente, según las constancias de folios 78 a 82. De igual forma, no obstante que el propio ordenamiento jurídico establece la posibilidad de que la parte pueda justificar su incomparecencia a la audiencia, para lo cual otorga un plazo de cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquella (párrafo in fine del artículo 383 ibidem), en este caso nunca se presentó -dentro del plazo previsto- la justificación por la cual no pudieron hacerse presentes a la audiencia de conciliación. Es más, a la fecha no se ha demostrado que el querellante y su abogada directora, hubieran atravesado alguna situación que implicara una justa causa para no haberse presentado a la citada audiencia, ya que nunca se dio un choque de señalamientos, ello por la sencilla razón de que la audiencia de conciliación (programada para las 7:45 horas) no interfería con la recepción de prueba en el Juzgado Civil, cuyo inicio se fijó para las 8:30 horas de ese 16 de junio de 2011. Como resultado de esta situación, no se aprecia arbitrariedad o defectos en la resolución que ahora se impugna, pues la propia normativa procesal señala que la consecuencia en estos casos no es solo el decretar el desistimiento tácito de la acción penal y el correspondiente sobreseimiento a favor de la parte querellada o acusada, sino también la condenatoria en las costas del proceso (cf. artículo 384 C.P.P.). En razón de lo anterior, no le asiste razón a la la parte querellante en su queja, pues además de que no se presentó a la audiencia de conciliación estando notificada de la misma, tampoco justificó su ausencia a dicha diligencia dentro del plazo previsto **“en estricta conformidad con las leyes”**. Así las cosas, lo que se impone es declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por el querellante contra la sentencia dictada por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela (...)” (Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, votoNº **2011-00390** de las 16:20 horas del 13 de setiembre de 2011). Unido a lo anterior, el querellante A nunca aportó, dentro del plazo previsto en la normativa procesal penal, como en Derecho correspondía (Art. 383 C.P.P.), la respectiva justificación de su ausencia al acto convocado, lo cual genera la declaratoria del desistimiento tácito de su querella. Ni siquiera con la prueba aportada en casación en este caso logra demostrar que existió un impedimento para justificar su ausencia a la diligencia convocada, dado que ésta estaba señalada para el 11 de agosto de 2011 y el querellante, según el certificado médico de incapacidad aportado por él, visible a folio 56 y fechado el 11 de agosto de 2011, únicamente estuvo imposibilitado para esa fecha (en razón de que el médico que lo atendió únicamente *recomendó reposo por ese día*), es decir, tuvo la posibilidad de presentar el documento y la respectiva justificación en las siguientes cuarenta y ocho horas, mas no lo hizo. Finalmente, el hecho de que en otra oportunidad se hubiera presentado a la primer audiencia de conciliación que se convocó (esto en fecha 3 de agosto de 2011), no lo eximía de su obligación de cumplir con los deberes procesales que la normativa impone, como lo era apersonarse a la audiencia de conciliación, salvo que en forma previa hubiera manifestado su deseo de no hacerlo en razón de no querer llegar a una conciliación con el querellado, manifestación que tampoco la vertió en la causa. O bien, debió nombrar a un profesional en derecho con el respectivo poder (**“mandatario”**) para que lo representara en esa diligencia y no lo hizo. Como consecuencia de lo anterior, por mayoría se declara sin lugar el reclamo formulado en este motivo. El juez Mario Alberto Porras Villalta salva el voto.”

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

[Sala Tercera de la Corte]<sup>iv</sup>

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.”

#### **4. Actividad procesal defectuosa en materia penal: Invalidez de desistimiento de querrela hecho por albacea sustituto**

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]v

Voto de mayoría

“I- Primer y único motivo de casación. Indebida e insuficiente fundamentación. El recurrente se apoya en los numerales 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 2, 18, 21, 22, 216 inciso 2) 359 y 365 del Código Penal, artículos 1, 2, 6, 9, 31 a 33, 141, 142, 175, 176, 178 inciso a, 340, 312, 363, 369, 422, 458, 459 y siguientes del Código Procesal Penal. El licenciado Alfredo Madriz Araya en su condición de representante del denunciante, querellante y actor civil, señor ET, presenta recurso de casación en contra de la sentencia de sobreseimiento definitivo número 246-P-2010 dictada por el Tribunal de Juicio de Puntarenas de las ocho horas treinta minutos del nueve de agosto del dos mil diez, en favor de los querellados W, E, O, JC, B, U, MT, M, A, L e I conocido como [...]. Aduce simplemente, para dictarse la sentencia que se impugna, el juez se basó en un documento que presentó el nuevo albacea de la sucesión señor R, donde estableció que con base a su representación (la sucesión) revocó el poder especial al licenciado Alfredo Madriz Araya y presentó posteriormente la desestimación de la querrela y la acción civil resarcitoria establecida en el proceso. Indica el recurrente que el señor juez de mérito, dejó de lado el importante dato de que precisamente el nuevo albacea de la sucesión es esposo de la querellada B, siendo evidente entonces su marcado interés en la desestimación de la causa para favorecer a su esposa y dejó en total indefensión a los ofendidos EG, ET, AT, K, D y C. Refiere que al dictarse el sobreseimiento que se impugna se pretende dejar impune los delitos de Falsificación de Documento Público, y Uso de Documento Falso. Establece que es evidente la gran cantidad de intereses contrapuestos y que por ende, no podía resolverse el sobreseimiento de la forma en que se dictó, pues evidencia la falta de fundamentación y el desamparo para las víctimas que interpusieron la querrela. Indica el recurrente: " b) *Que el señor R, representa específicamente a un grupo en el Sucesorio de marras, específicamente a los querellados y precisamente es el marido o esposo de la querellada B, por lo que en la especie es claro el marcado y latente interés de don R al solicitar la desestimación que se conoce (ver Certificación de matrimonio que aportó). Su actuación completamente complaciente con su esposa, cuñados y suegra es total y absolutamente ilegal, pues aunque la parte querellante por motivos de fuerza mayor no pudo asistir a la Junta de referencia, debió actuar con más medida y convocar a otra junta con el fin de decidir el futuro de la querrela presentada por don ET actuando como Albacea Provisional de la Sucesión. ...d) No cabe duda que el señor Juez de Juicio se precipitó al resolver como lo hizo, dejando en total desamparo e indefensión a los ofendidos **EG, ET, AT, K, D Y C**, en otro orden de ideas, procedió en FORMA PREMATURA AL EMITIR EL SOBRESEIMIENTO QUE IMPUGNO, SIN IMPORTARLE LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS DENUNCIADOS Y QUERELLADOS Y LAS GRAVES OMISIONES PROCESALES APUNTADAS. NOTEN SEÑORES MAGISTRADOS, QUE SE DEJAN IMPUNES UNOS*

*DELITOS SUMAMENTE GRAVES, VALIÉNDOSE DE LA FALSIFICACIÓN DE UN DOCUMENTO PÚBLICO Y USO DE DOCUMENTOS FALSOS PARA DESPOJAR A LOS HERMANOS Y FAMILIA [...] DE SU HERENCIA, ¿PODEMOS LLAMAR A ESTO UN PROCESO JUDICIAL O HACER JUSTICIA?. (ver folios 388 y 389). Solicita se declare con lugar el recurso. Se dicte una actividad procesal de carácter absoluto y que se subsane el proceso dándose la continuación del mismo.*

**II- Se acoge el reclamo formulado por el recurrente.** Luego del análisis de la sentencia que se critica, esta Cámara de Casación considera que los argumentos expuestos por el recurrente son suficientes para poder efectivamente declarar una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto y ordenar que se enmiende el procedimiento. Tal y como consta en autos, se determina que el presente proceso fue iniciado bajo la doctrina que informa la conversión del procedimiento de acción pública a privada (folio 2) y a raíz de lo anterior, se presentó al Tribunal de Juicio de Puntarenas querrela pública por los delitos de falsificación de documento público, uso de documento falso con ocasión de estafa mayor, de conformidad con los artículos 359, 365 en relación con el artículo 216 incisos 2 del Código Penal. Tal y como consta en autos (folios 3 al 28 del expediente) precisamente el señor ET, siendo en ese momento el albacea provisional de la sucesión de A, procedió a querrellar a W, E, O, JC, B, U, MT, M, A, L. conocido como O. Posteriormente a eso aparece un documento al folio 358, el cual es suscrito por el señor R, quien manifiesta que es el nuevo Albacea Propietario de la sucesión dicha, esto de acuerdo a la convocatoria de Junta de Herederos realizada a las nueve horas del dos de junio del año dos mil diez en el Juzgado Civil y Agrario de Puntarenas, donde estuvieron: E, L, M, A, U, B, quienes le eligieron como tal. De acuerdo al documento presentado por el señor R, éste le indica al Tribunal de Juicio de Puntarenas, que revoca el poder especial judicial al licenciado Madriz Araya y que precisamente le había sido otorgado por el señor ET, el cual -de acuerdo a la nueva junta de herederos- ya no ostentaba el cargo referido. Llama poderosamente la atención de esta Cámara de Casación, que, a pesar de esta revocatoria del poder especial, al folio 362 de los autos, se encuentra "ACTA DE CONCILIACIÓN" realizada ante el Tribunal de Juicio, en la cual PARTICIPA activamente y con la autorización jurisdiccional, el señor AM, indicándose en el acta que lo hace como "apoderado especial" del querellante ET sin objeciones del querrellado. Se determina que dicha diligencia se llevó a cabo a las ocho horas treinta minutos del treinta de junio del año dos mil diez, fecha para la cual ya se había presentado el documento por parte de R, donde deslegitimaba al licenciado AM, pero pese a eso, se le permitió participar en el carácter indicado de apoderado y se procedió con la audiencia, la cual, como consta en el acta se acordó que antes de tomar una decisión, cada uno iba a conversar con los otros hermanos involucrados en el proceso, es decir en ese momento no se llegó a conciliación alguna. Posteriormente a ello, (folio 363) el señor R, en su condición de Albacea propietario, presenta ante el Tribunal de mérito indicado, documento en el cual DESISTE de la querrela y acción civil que se presentó en el proceso y solicita que se dicte sobreseimiento definitivo a favor de los encartados supraindicados. A raíz de esta petición, el Tribunal de Juicio de Puntarenas, según rola de folios 372 a 375 de los autos, procedió a dictar la sentencia de sobreseimiento definitivo número 246-P-20110, de las ocho horas con treinta minutos del nueve de agosto del año dos mil diez, en la cual procede a tener como HECHO PROBADO, "a) El Albacea Propietario de la Sucesión de quien en vida se llamó A, señor R en escrito visible al folio 363 frente del expediente, desistió expresamente de la querrela y acción civil que presentara en contra de los querrellados W, E, JC, B, MT, M, A, I, U y

L". (folio 374 vuelto y 375 frente) De igual forma el juzgador de marras, procede a fundamentar la decisión, indicando únicamente que, como se explicó en el considerando anterior, el representante legal de los acusadores expresó su deseo de desistir de la querrela y la acción civil resarcitoria que incoara en contra de los querrellados. Tal fundamentación de parte del Tribunal de mérito es ilegítima, por cuanto no determinó que en la especie el desistimiento es improcedente pues quien lo insta no está legitimado. Se está presentando un vicio de doble representación y de intereses contrapuestos entre querellantes y querrellados, siendo que todos están inmersos en el proceso sucesorio del causante A, y quien comparece desistiendo está ligado a los querrellados y por ello ni representa a los ofendidos ni está legitimado para disponer de la acción penal de la cual no es titular. De acuerdo a los antecedentes expuestos en esta resolución, se determina claramente el error de apreciación de las situaciones que han ocurrido en la especie y que generan una falta de fundamentación en la decisión del señor juez de instancia al dictar la sentencia impugnada. Veamos, establece como hecho probado que el señor R -actual albacea de la sucesión indicada- tiene legitimación para desistir de la querrela pues fue el que la estableció contra los imputados y que, por ende él fue su acusador, situación que a todas luces no responde a la realidad procesal. Recordemos que el *a quo* señaló: " *a) El Albacea Propietario de la Sucesión de quien en vida se llamó A, señor R en escrito visible al folio 363 frente del expediente, desistió expresamente de la querrela y acción civil que presentara en contra de los querrellados W, E, JC, B, MT, M, A, I, U y L*". Del párrafo anterior y de la fundamentación de la decisión, se colige claramente que se confunde el señor juez al considerar a don R el acusador y por ende, quien presentara la querrela y acción civil contra los imputados, cuando en realidad quien se presentó como víctima y querellante en el proceso penal incoado, fue el señor ET, quien fungía como albacea provisional y que representaba a su vez a otros posibles herederos dentro del proceso sucesorio citado. Aunque don ET dijo actuar como albacea provisional, en realidad denunció hechos de acción pública, en aquel momento y que le perjudicaban en lo personal, por ende, denuncia en la condición de víctima. Vemos que al dictarse la sentencia que se impugna, no se valoró el posible conflicto de intereses y doble representación que se está dando en esta sumaria, pues como se dijo, con vista al acta de Junta de Herederos, los comparecientes y quienes nombran al nuevo albacea propietarios, SON PRECISAMENTE los imputados aquí querrellados, dentro de los cuales figura la señora B, quien a su vez - según los datos de su indagatoria- de folio 99, tal y como lo reclama el recurrente, efectivamente indica que don R es su esposo, lo cual evidencia la doble representación que reclama el recurrente, al ser el albacea propietario quien procede a pedir desestimación del proceso penal QUE EL NO ESTABLECIÓ sino que fue el querellante ET, amén de que con la petición de desistir del proceso y acción civil, favoreció a su esposa y querellada B. Hay que recordar que independientemente de que el señor ET, ya no ostente su condición de albacea provisional y por ende no tenga representación del juicio universal incoado en el Juzgado Civil de Puntarenas, lo cierto del caso es que se dejó de lado que según los hechos de la querrela él tiene la condición de víctima, que él se representaba a sí mismo y a los posibles herederos de la sucesión indicada señores AT, K, D, C y EG, los cuales en forma lógica tienen intereses tanto en el proceso penal, como en el civil y fueron dejados de lado a la hora en que el *a quo* dictó la sentencia de sobreseimiento definitivo sobre la base falsa de que don R había sido quien presentó las querellas contra los acusados. Es importante hacer notar que la condición de víctima y de querellante aceptada dentro de este proceso penal a favor de don ET, no se le elimina por el simple hecho de no ser ya más representante de la sucesión

del causante A, es más, sus derechos como querellante y víctima dentro del proceso penal permanecen incólumes pese a ese hecho. El juez no valoró estos importantes aspectos y además, tampoco previno al querellante de subsanar los posibles defectos en la representación de sus hermanos, víctimas también, al no poder actuar ahora con respecto a ellos, por no ser ya albacea y no tener un poder de ellos, lo que debió serle prevenido. Nuestro proceso penal ha ido evolucionando en varios tópicos y el derecho a la víctima a ser reconocida y respetada dentro del proceso penal no ha sido una excepción. Por el contrario, hoy se habla del resurgimiento de la víctima, por cuanto siempre ha existido, pero anteriormente se le discriminaba en el proceso y se le vedaba de toda información y buen trato. Por ello, las últimas reformas procesales penales se han caracterizado por incorporar una serie de derechos para las víctimas de los delitos y por ende, lejos de ser soslayados, como ocurrió en la especie, deben de ser respetados en su totalidad. Veamos, tales postulados se ubican en nuestro código instrumental, concretamente en los numerales 70 y 71, a saber. **Artículo 70.- Víctimas Serán consideradas víctimas: a)** La persona directamente ofendida por el delito. **b)** El cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. **c)** Las personas socias, asociadas o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan. **d)** Las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. (Así reformado por el artículo 16 de la ley Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009). **Artículo 71.- Derechos y deberes de la víctima.** Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos dentro del proceso: **1) Derechos de información y trato: a)** A recibir un trato digno, que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o evitar la revictimización con motivo del proceso. **b)** A que se consideren sus necesidades especiales, tales como limitaciones físicas, sensoriales o mentales, así como las diferencias sociales, culturales o étnicas. **c)** A ser informada, en el primer contacto que tenga con las autoridades judiciales, de todos los derechos y facultades, así como sus deberes, con motivo de su intervención en el proceso, además, tener acceso al expediente judicial. **d)** A señalar un domicilio, lugar o un medio en el que puedan serle comunicadas las decisiones que se adopten y en el que pueda ser localizada, así como a que se canalice esa información, por una vía reservada a criterio de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, en caso de que se encuentre sujeta a protección. **e)** A ser informada de todas las resoluciones finales que se adopten, así como de los cambios o las modificaciones en las medidas cautelares que se hayan adoptado por la existencia de un riesgo para su seguridad, vida o integridad física, siempre y cuando haya señalado un domicilio, sitio o medio en que puedan serle comunicadas. **f)** A ser informada de su derecho a solicitar y obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves para sí misma o su familia, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso. **g)** A ser informada sobre la necesidad de su participación en determinados exámenes o pericias, a que se le expliquen sus alcances y a contar con la presencia de una persona de su confianza, que la acompañe en la realización de estas, siempre que ello no arriesgue su seguridad o ni ponga en riesgo la investigación. **h)** A ser informada por el fiscal a cargo del caso, de su decisión de no recurrir la sentencia absolutoria o el cese o la modificación de las medidas cautelares adoptadas por la existencia

de riesgo para su vida o su integridad física, dentro del plazo formal para recurrir cada una de esas resoluciones y con indicación de las razones para no hacerlo, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio para ser informada. **2) Derechos de protección y asistencia:**

**a) Protección extraprocesal:** La víctima tendrá derecho a solicitar y a obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves para su vida o integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal de juicio que conozcan de la causa adoptarán las medidas necesarias para que se brinde esta protección. La víctima será escuchada, en todo procedimiento en que se pretenda brindarle protección. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, coordinará con todas las fiscalías del país la protección de las víctimas y canalizará, por su medio, la información necesaria para sustentar las medidas de protección o las solicitudes de medidas cautelares, según lo regulado en el párrafo final del artículo 239 de este Código.

**b) Protección procesal:** Cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida o su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima tendrá derecho a que se reserven sus datos de identificación, como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y que no consten en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis de este Código, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado u otras personas relacionadas con él, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar su testimonio y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles como la videoconferencia o cualquier otro medio similar, que haga efectiva la protección acordada, tanto cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba como en juicio, en los términos y según el procedimiento regulado en los artículos 204 y 204 bis de este Código.

**c) Las personas menores de edad víctimas, las mujeres víctimas de abuso sexual o de violencia y las víctimas de trata de personas y de hechos violentos, tendrán derecho a contar con medidas de asistencia y apoyo, por parte del personal designado para tal efecto, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio de Seguridad y otras instituciones, a fin de reducir la revictimización con motivo de su intervención en el proceso y facilitar su participación en las distintas diligencias judiciales, como pericias o audiencias.**

**d) Las personas menores de edad víctimas tendrán derecho a que se considere su interés superior a la hora de practicar cualquier diligencia o pericia y, especialmente, a la hora de recibir su testimonio; para ello, el Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca de la causa, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba su testimonio, en las condiciones especiales que se requieran. Podrá solicitarse, en caso necesario, un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto, debidamente nombrado, resguardando siempre el derecho de defensa, tal y como lo regulan los artículos 212, 221 y 351 de este Código.**

**e) La víctima tendrá derecho a licencia con goce de sueldo por parte de su patrono, público o privado, cuando tenga que asistir a diligencias judiciales, a pericias o a comparecer ante el llamamiento judicial y por el tiempo necesario para ello. Con el objeto de comprobar la asistencia a tales actos, el despacho que conoce de la causa o ante quien se realice la diligencia, deberá extender el comprobante respectivo, en el que se indique la naturaleza del acto y la duración efectiva del trámite. El Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca de la causa, adoptarán las medidas necesarias para evitar que la víctima sea sometida a múltiples citaciones o comparecencias; además, cuando sea posible, deberán programarse las audiencias, para que se rinda el testimonio, a la brevedad posible y no se**

haga uso abusivo de la licencia concedida. **3) Derechos procesales:** **a)** La víctima tiene derecho a denunciar por sí, por un tercero a quien haya autorizado o por mandatario, los hechos cometidos en su perjuicio. **b)** La víctima directamente ofendida por el hecho tiene el derecho de ser escuchada en juicio, aun si el Ministerio Público no la ofreciera como testigo. En todas las gestiones que este Código autoriza realizar a la víctima, prevalecerá su derecho a ser oída. No podrá alegarse la ausencia de formalidades de interposición, como causa para no resolver sus peticiones, y tendrá derecho a que se le prevenga la corrección de los defectos en los términos del artículo 15 de este Código. **c)** A apelar el sobreseimiento definitivo, en las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, así como la desestimación. **d)** Cuando el Ministerio Público le comunique su decisión de no impugnar la sentencia absolutoria, el cese o la modificación de las medidas cautelares adoptadas por la existencia de un riesgo para su vida o integridad física y la víctima no esté conforme, tendrá el derecho de recurrir a tales decisiones, en los términos establecidos en el artículo 426 de este Código. **e)** A ser convocada a la audiencia preliminar, en todos los casos, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio en que pueda ser localizada y a que se considere su criterio, cuando se conozca de la aplicación del procedimiento abreviado, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación o la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos y alcances definidos en este Código. En cualquier caso en que se encuentre presente se le concederá la palabra. **f)** A ejercer la acción civil resarcitoria, en los términos y alcances que define este Código, a plantear la querrela en los delitos de acción privada, a revocar la instancia en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, a solicitar la conversión de la acción pública en acción privada, así como a desistir de sus querellas o acciones, todo en los términos y alcances que define este Código. **g)** A que el Ministerio Público le comunique su decisión de acusar, solicitar el sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, a fin de que, en los términos regulados en este Código, decida si formula querrela y se constituye en querellante, o si formula la acción civil resarcitoria. **h)** Cuando se solicite la prisión preventiva por la existencia de riesgos o amenazas a la vida o la integridad física de la víctima o de sus familiares, tendrá derecho a ser escuchada por el juez, al resolver de la solicitud que le formule el Ministerio Público, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio para ser localizada. Podrá hacer su manifestación por escrito para ser presentada por el fiscal junto a la solicitud de prisión, sin perjuicio de que el juez decida escucharla. Para tales efectos, el fiscal a cargo del caso podrá requerir información a la Oficina de Atención a la Víctima del delito del Ministerio Público, con el objeto de fundamentar su solicitud, en los términos que se regulan en el párrafo final del artículo 239 de este Código. **i)** A acudir ante el juez de la etapa preparatoria, a señalar los errores, las omisiones o los retrasos que estime han ocurrido en la investigación de los hechos en su perjuicio, en los términos establecidos en el último párrafo del artículo 298 de este Código. Asimismo, podrá objetar el archivo fiscal en los términos que regula el numeral 298 citado. **j)** A que le sean devueltos a la brevedad posible, aun en carácter de depósito provisional, todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados por las autoridades, con el propósito de ser utilizados como evidencia. (Así reformado por el artículo 16 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009). Tal y como se desprende de la lista de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas, señaladas en la legislación expuesta, en este caso concreto al señor ET en su condición de víctima y querellante, se le cercenaron derechos de capital importancia, pues su condición fue ligada expresamente al ser albacea provisional de la sucesión del causante A y al dejar de serlo por el cambio en la junta de herederos ya

comentada, se dejó de lado que independientemente de ya no ostentar la condición de representante del juicio universal citado, su condición de víctima, de denunciante y querellante no podía ser erradicada por el cambio en la dirección de la sucesión, máxime si se toma en cuenta que precisamente los querellados fueron los que procedieron al cambio de la representación de la sucesión colocando como albacea propietario al esposo de una de las querelladas y por otro lado, el juzgador dejó de lado que no fue don R, sino don ET tanto en su condición de albacea como ofendido directo, quien presentó denuncia en contra de B, y el resto de imputados que conformaron la nueva reunión de herederos sin tomar en cuenta al resto de ellos que precisamente son los que representa la víctima ET, parte a su vez del juicio sucesorio que se discute en la vía civil y presuntamente afectados por los hechos que contempla la querella. Sobre este particular, esta Cámara de Casación, estima prudente aclarar que tanto don ET, al presentar la querella, como don R, al presentar la desestimación que origina la sentencia impugnada, lo hacen en representación de la sucesión, no en su carácter personal. Sin embargo, el punto a observarse en el presente asunto y que no se valoró por el a quo, es que la actuación de ET no solamente se refería a derechos que le incumbían a la sucesión (como ente jurídico), sino también a él (como persona y ofendido). De manera tal que no podría válidamente el señor R (como albacea), disponer de aspectos que le incumbían únicamente a ET como ofendido directo por los hechos. Por otra parte, dentro de la sucesión del señor ET no solamente se encontraban los imputados, sino también los ofendidos por el hecho que aquí se investiga a saber los otros hermanos [...]. De tal manera que siendo esposo de una de las imputadas el señor R tenía un interés propio, derivado del derecho a suceder de su esposa y de la relación marital, que le impedía la actuación aquí cuestionada. Debe tenerse presente que los artículos 541 y 543 del Código Civil impiden a quien tenga interés propio ejercer como albacea en el acto concreto. Ahora bien, el albacea tiene las facultades de un mandatario con poder general y ello no le faculta para "renunciar, transigir o comprometer en árbitros, derechos que se cuestionen sobre inmuebles de cualquier valor o sobre muebles valorados en más de diez mil colones" (Artículo 549 Código Civil). Existiendo en el presente asunto un reclamo civil (acción civil) por parte de la sucesión respecto a un inmueble con un valor superior al anterior, entonces el señor R necesita dicha autorización especial y no consta que la tuviese (cfr. folios 363 a 364. Por todo ello R no se encontraba legitimado para formular la solicitud que posteriormente acogió el señor juez y por ende la misma debe ser privada de efectos legales. Por lo anteriormente expuesto se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por el licenciado Alfredo Madriz Araya en representación de los intereses del querellante ET y se anula el fallo venido en impugnación. Se declara actividad procesal de carácter absoluto y se dispone el saneamiento del proceso por parte del Tribunal de Juicio de Puntarenas, despacho que deberá dar audiencia al señor ET a efectos de determinar si es su deseo desistir de la querella y acción civil por él presentadas, o continuar su trámite, así como prevenirle que proceda a subsanar la representación del resto de ofendidos, en caso que así lo dispongan éstos, quienes también deberán ser notificados a tales fines."

## 5. Desistimiento de la querrela: Desistimiento tácito de la acción se da solo cuando hay inasistencia de la querellante o del mandatario

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

**“ÚNICO.-** [...] La querellante presenta el mismo día en que iba a realizarse la audiencia un escrito, a mano y únicamente firmado por ella, en donde solicita que no se realice el debate, pues sus testigos no podrán acudir a rendir declaración, adjuntando un oficio del Ministerio de Seguridad Pública en donde se menciona que los dos oficiales de policías ofrecidos como deponentes, fueron destinados a otra diligencia ese mismo día (cfr. folios 70 y 71). Evidentemente resultaba informal la gestión de la señora C , pues la ley procesal le obliga a que sus actuaciones sean realizadas mediante patrocinio profesional (art. 73 CPP), además de que la mera solicitud de suspensión del debate no implica por sí sola que el mismo no deba realizarse. Sin embargo, conforme se desprende del Acta de Debate, en la audiencia sí estuvo presente la querellante C , aunque la misma no pudo realizarse por ausencia de su representante legal (cfr. folio 72). Por lo anterior se dictó sentencia de sobreseimiento en favor de la querellada y se condenó en costas a la demandante, declarándose desistida la acción penal. El fundamento de la anterior decisión es el siguiente: *"Ahora bien el artículo 73 del Código Procesal Penal establece que en la querrela, en los delitos de acción privada, el querellante debe estar representado por un abogado. Concretamente el artículo 73 del Código Procesal Penal establece: 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. En el presente asunto al dar inicio a esta audiencia el día el hoy, el tribunal constató que solamente se encontraba presente la señora C , no así su abogado representante quien es el licenciado Carlos Alberto Argüello Arias. Al hacerle la consulta en relación con la ausencia de su abogado defensor por parte de este Tribunal a doña C , doña C. manifestó que dado que dos de los testigos no podían asistir al debate al día de hoy, en virtud de encontrarse realizando diligencias policiales, pues son miembros de la Fuerza Pública, su abogado le había manifestado que no se iba a presentar, que nada venía a hacer el día de hoy. Esa situación resulta totalmente improcedente, por qué, porque el artículo 312 del mismo cuerpo normativo dispone que quien actúe de esa forma debe o más bien provoca que en el caso de la querellante se tenga que dictar una sentencia de sobreseimiento definitivo por un desistimiento tácito. En el caso que ocupa nuestra atención, como ya se dijo, el licenciado Luis Carlos Arroyo Arias no se hizo presente a la audiencia y no existe justificación alguna para que no procediera tal y como lo exige la ordenanza procesal. El artículo 383 del CPP establece: el querellante podrá desistir expresamente en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores, acto seguido dice: se tendrá por desistida la acción privada, que es el caso que nos ocupa pues es un delito de acción privada, dice se tendrá por desistida la acción privada, inciso tercero c, cuando el querellante o su mandatario no concurren sin justa causa a la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presenten conclusiones. En este caso concreto se cumple a cabalidad con la exigencia que establece el artículo 383 inciso c) del CPP, si usted doña C. no es representada en este acto en la primera audiencia del debate, la consecuencia es que a favor de doña P.*

*debe dictarse una sentencia de sobreseimiento por desistimiento tácito de la acción*" (vídeo, 11:09:21 a 11:13:40). Estima esta Cámara que no nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 383.c CPP, el cual señala que se tendrá por desistida la acción privada *"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"*. 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 valorará 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. Se remite la causa al Despacho de origen para su nueva sustanciación, de previo debe el *a quo* valorar la inasistencia del licenciado Carlos Alberto Arguedas Arias al debate, a efecto de tomar las disposiciones concernientes conforme a la legislación aplicable."*

## **6. Querrela: Falta de legitimación activa de la madre cuando el menor alcanza la mayoría de edad durante el proceso**

[Sala Tercera de la Corte]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

**"I.** Alega la defensora de C.R.C. que en las conclusiones argumentó la falta de legitimación activa de la querellante, O.L.A.C. , pues la querrela fue interpuesta en su calidad de madre

de la menor M.R.A., que si bien en aquel momento era menor de edad, al celebrarse el juicio ya había adquirido su mayoría, por lo que la única forma de que la causa siguiera adelante era que esa promovente compareciera al proceso para impulsar la acción penal, o bien hubiera otorgado el poder judicial especial correspondiente a su madre para que la representara, pero ninguna de las dos situaciones se dio. En virtud de lo anterior, lo que procede es la “desestimación” (sic) de la querella. Lleva razón la petente. Sin embargo, lo sucedido tiene consecuencias diversas a las que exige, pues lo que corresponde no es declarar la “desestimación” (sic) o desistimiento de la querella, sino retrotraer el proceso al momento en que la joven M.R.A. adquirió la mayoría de edad y podía ejercer sus propios derechos, decayendo en consecuencia la legitimidad de su madre, quien a pesar de lo anterior siguió adelante con la causa, impulsándola y planteando las pretensiones punitivas que llevaron a la condenatoria de cuatro años de prisión contra los encartados. En efecto, la representación ejercida por los padres o madres, está prevista para que (siempre que no haya intereses contrapuestos) los derechos de los menores puedan ser tutelados por aquellos; tal y como lo prevé en materia de querella en delitos de acción pública el artículo 75 del Código Procesal Penal. No obstante, como es comprensible, una vez que el menor deja de serlo y se vuelve mayor de edad, este puede tomar sus propias decisiones y actuar por sí mismo, decayendo por ende la legitimidad del padre o la madre a esos efectos. En el caso de los menores, la representación se ejerce mientras son menores; pero, cuando ya han adquirido su mayoría, se tendrá por cumplida la tarea o función para el que la ley la otorga, es decir la tutela de los derechos de una persona menor de edad, pues esta ya ha dejado de serlo. De tal forma que, aunque al formular la querella, en su carácter de madre de la menor M.R.A. (folio 1 del Legajo de Querella), la señora O.L.A.C. ostentaba legitimación *ad processum* activa (esto es, la calidad para comparecer en un proceso, que es diferente a la legitimación *ad causam* activa, que es la calidad para que se le concedan las pretensiones) por su condición de representante de su hija menor de edad, esa calidad la perdió cuando esta cumplió los dieciocho años. Una vez que esto sucedió, correspondía a la joven M.R.A. ejercer sus propios derechos y, entre ellos, decidir si seguía o no con la querella planteada diligentemente por su señora madre, e incluso hacer las peticiones sancionatorias propias de una causa penal. Llama poderosamente la atención que en el propio debate, el acusado C.R.C. señaló que la querellante ya era mayor de edad (ver la secuencia 10:42:28 de la grabación audiovisual), sin que el Tribunal reparara en el tema. Esta Sala, por su parte y haciendo uso de la base de datos de que dispone, y dejando en este acto constancia de esa consulta, comprobó que efectivamente, la joven M.R.A., cédula 1-1463-0617, nació el 10 de mayo de 1991, lo que implica que cumplió dieciocho años el 10 de mayo del 2009, o sea dos meses y veinte días antes del debate. Eso significa que, al celebrarse el juicio, no se había comprobado si la joven en cuyo nombre se había interpuesto la querella, estaba interesada en la prosecución de la causa y, por consiguiente, en la celebración del debate o en la solicitud de sanciones penales contra los endilgados. No aparece en el expediente entre ambas fechas (el 10 de mayo y el 30 de julio, ambas del 2009), prevención alguna hecha a la querellante en tal sentido (ver folios 768 –segundo tomo- y 877 –tercer tomo-). Lo procedente en tales situaciones, como ya lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera específicamente para tales casos y concretamente para el tema de la querella pública, es que, al tratarse de una representación que no es definitiva, sino que desaparece cuando el ofendido pueda actuar por sí mismo (ver Maia Gonçalves, Manuel. *Código de Processo Penal*. Librería Almedina, Coimbra, 1991, p. 135), cuando eso sucede lo

procedente es hacer una prevención al interesado o interesada que ya puede ejercer sus derechos por sus propios medios. Siendo así, el *a quo*, de conformidad con el deber de subsanar las gestiones, actos o trámites defectuosos establecido en el artículo 15 del Código Procesal Penal, debió haber prevenido a M.R.A. para que manifestara si tenía el interés o no en que se continuara el proceso penal contra su padre. En caso de ser positiva la respuesta, habría sido necesario poner en su conocimiento todo lo actuado y hacerla saber de su deber de comparecer al debate (personalmente o por apoderado judicial), para llevar adelante la acción penal y eventualmente plantear sus pretensiones punitivas; mas no permitir que quien ya había perdido su condición de representante de la ofendida, continuara sus gestiones y llevara adelante la acción penal. Por otra parte, el propio litigante que patrocinaba la querrela debió, en aplicación de la lealtad procesal, haber puesto en conocimiento del Tribunal esa situación, para que se procediera a tomar manifestación a la joven M.R.A (esto en aplicación del artículo 1278, inciso 2 del Código Civil, y 158 del Código de Familia) y se corrigiera el defecto en su participación. Respecto a una situación similar, este Despacho había dictaminado que: *“...resulta claro que los defectos que se apuntaron a la instancia de constitución como actores civiles de las personas mencionadas, en especial el relativo a que no otorgaron a su abogado de confianza el mandato exigido por el artículo 111 del Código Procesal Penal (habida cuenta de que el escrito visible a folio 5 del legajo de acción civil resarcitoria sí aparece ahora firmado por todos los interesados), es un defecto formal cuya enmienda debió haberse prevenido por el Fiscal, el Juez penal o el propio Tribunal de juicio durante el debate... No es cierto, como aduce el impugnante, que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse respecto de un extremo que ya había sido discutido, pues lo cierto es que mientras el defecto persista, es decir, en tanto no se enmiende, el acto o gestión siguen siendo defectuosos”* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1217, de las 15:35 horas del 26 de octubre del 2000). En este caso, la situación es especialmente grave porque no se trata simplemente de una omisión con carácter de un puro defecto en la Administración de Justicia, sino que tiene repercusiones procesales determinantes, toda vez que el juicio se celebró y la sentencia se dictó, con base únicamente en la querrela. Así consta en el acta de la audiencia preliminar, en la que el Ministerio Público solicitó sobreseimiento para los tres acusados (folio 660) y en la apertura a juicio, donde se ordena la misma con base en la querrela formulada por la señora O.L.A.C. (folio 684). En el juicio, incluso el propio *a quo* reiteró que la querrela en cuestión es la base de la apertura a juicio (10:13:14), obviando considerar el punto de la titularidad de la acción en que esta se sustenta. En otras palabras, si el Ministerio Público hubiera continuado su actuación en este asunto, la representación defectuosa de la parte querellante sólo habría tenido consecuencias de omisión administrativa; pero, al no estar presente el Ministerio Público y más bien haber solicitado desde antes cerrar el trámite con un sobreseimiento, la acción penal continuó única y exclusivamente a cargo de quien no tenía la condición procesal para hacerlo. Al respecto, la doctrina nacional ha señalado: *“La mayor confusión podría asomar cuando, una vez sustanciado el proceso, se determine que el querellante, actor único en este asunto, no es el ofendido, no es el titular del interés afectado ni su legítimo representante... La solución sería declarar mal iniciada la acción y decretar la nulidad de lo actuado incluso de oficio (esto por interpretación analógica del inciso c del artículo 178 del Código Procesal Penal –nota del transcriptor–), ordenando la devolución del trámite hasta el punto en que el Ministerio Público haya convalidado el trámite con su actuación (que virtualmente podría ser hasta donde llega su intervención necesaria, el final del procedimiento preparatorio), y no sobreseer o absolver al encartado,*

*porque inhibiría la viabilidad de otro juzgamiento a gestión de la verdadera víctima” (AA. VV. Derecho Procesal Penal Costarricense. Tomo I. Asociación de Ciencias Penales, San José, 2007, pp. 359-360). Evidentemente , no podría decirse, como lo sostiene el codefensor Llobet Rodríguez en el primer motivo de su propio recurso, que al no presentarse esa ofendida al debate o no formular conclusiones, se operó un desistimiento tácito , pues no se le puede imponer consecuencias de actos procesales de los que no estaba informada. Así las cosas, en el presente caso, la devolución tendría que hacerse hasta el punto en que la señora O.L.A.C. actuó válidamente y cuando perdió la condición de representante de la presunta víctima de los hechos perseguidos; a saber, el día 10 de mayo del 2009. Para ese momento, el proceso estaba a la altura del señalamiento a debate. Siendo así, lo que corresponde no es dictar la “desestimación” de la querella, como arguye la defensora, sino anular el señalamiento a debate, el debate mismo y la sentencia emitida, ordenando el reenvío para que el Tribunal, con una nueva conformación, proceda a realizar la prevención a Mónica Rojas Alfaro, para que manifieste o no si está interesada en la prosecución de esta causa y se resuelva la misma conforme a Derecho.”*

## **7. Desistimiento de la querella: Ausencia del abogado de la parte querellante no lo constituye**

[Sala Tercera de la Corte]<sup>viii</sup>

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 mandatario de(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 querrelado 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 querrelado 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 querrelado, 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 personó*

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.”

**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, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del 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 las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. 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 CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> Asamblea Legislativa. Ley número 7594 del 10/04/1996. Código Procesal Penal. Fecha de vigencia desde 01/01/1998. Versión de la norma 21 de 21 del 05/03/2013. Gaceta núm. 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

<sup>ii</sup> Sentencia: 01456 Expediente: 10-000014-0162-PE Fecha: 20/09/2012 Hora: 09:10:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>iii</sup> Sentencia: 00043 Expediente: 11-000003-0548-PE Fecha: 30/01/2012 Hora: 01:45:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón.

<sup>iv</sup> Sentencia: 00915 Expediente: 05-001663-0283-PE Fecha: 29/07/2011 Hora: 11:00:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>v</sup> Sentencia: 00209 Expediente: 09-000029-0416-PE Fecha: 06/06/2011 Hora: 10:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

<sup>vi</sup> Sentencia: 00366 Expediente: 09-000019-0548-PE Fecha: 21/09/2010 Hora: 08:10:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

<sup>vii</sup> Sentencia: 00992 Expediente: 04-001370-0647-PE Fecha: 17/09/2010 Hora: 11:45:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>viii</sup> Sentencia: 00704 Expediente: 06-000023-0016-PE Fecha: 04/07/2008 Hora: 09:05:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.