



LA ACCION CIVIL RESARCITORIA EN LA NUEVA LEGISLACION PROCESAL PENAL

Dr. Luis Gmo. Herrera Castro.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: Para intentar hacer un análisis de las ventajas o desventajas de la inserción de la acción civil resarcitoria en el proceso penal, debemos previamente recordar algunos aspectos relacionados con la responsabilidad civil derivada de las acciones delictuosas, según los Códigos, Procesal Penal de 1910, y Penal de 1941. Recordemos que en ambas legislaciones regía básicamente la concepción positivista con algunos elementos de la Escuela Clásica, por lo que nos atrevemos a afirmar, que nuestra legislación penal seguía una teoría ecléctica. En primer lugar, era una obligación legal de todo juez penal incluir en el fallo penal, en caso de condena por el hecho delictuoso investigado, pronunciamiento sobre la responsabilidad civil (1).

La concepción positivista de la vieja legislación se resalta en el hecho de que este pronunciamiento obligatorio se le considera una consecuencia necesaria de todo hecho delictuoso, y en

consecuencia, la obligación de incorporarlo en la parte dispositiva de la sentencia penal. Por el contrario, el elemento clásico o privatista se manifiesta en la circunstancia de que pese a que "de oficio" se incorporaba el pronunciamiento sobre la indemnización civil, correspondía al ofendido proceder a la ejecución del fallo penal en la vía civil (2).

Sin embargo, entró en vigencia el nuevo Código de Procedimientos Penales, que como bien sabemos introdujo un nuevo sistema, a tal punto que se pasó de un sistema fundamentalmente escrito a uno fundamentalmente público y oral. Además, la nueva legislación eliminó el viejo y obsoleto sistema inquisitivo para dar paso a una moderna concepción del proceso penal, en donde el ejercicio de la acción penal pública se le atribuye en forma monopólica a un órgano del Estado, que en nuestro país se llama Ministerio Público y en otros, Ministerio Fiscal (art. 5 C.P.P.).

-
- (1) El artículo 120 del C.P. de 1941 dispone: "Toda sentencia condenatoria en materia criminal produce las siguientes consecuencias: . . . a) La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios provenientes del hecho punible". Por su parte, el art. 102 del C.P.P. de 1910 establece, que "La sentencia definitiva se formulará con los siguientes requisitos . . . 4) El Por tanto o parte dispositiva de la sentencia debe contener . . . el pago de costas y daños y perjuicios, cuando cupieren. . .".
- (2) El artículo 700 del C.P.P. de 1910 dispone: "Las responsabilidades pecuniarias declaradas a título de indemnización del daño privado del hecho punible y de costas, se harán efectivas ante los tribunales civiles según las reglas del procedimiento civil para la ejecución de sentencias". Si las partes no estaban expresamente declaradas en la parte dispositiva del fallo penal, tanto el ofendido, como el demandado civil, tenía que acudir a la vía civil ordinaria (art. 7 C.P.P.).

En lo que se refiere a la reparación civil la nueva legislación está influenciada por la Escuela Clásica, sea, el considerar el derecho resarcitorio así como el de acción, como de naturaleza privada. Son las víctimas (en sentido amplio) del delito, quienes escogen la vía para la obtención del pago: la vía civil ordinaria o la vía del proceso penal (3).

Expuesto como está en forma muy breve los fundamentos de las dos Escuelas que han influenciado las diversas legislaciones en lo que se refiere a la naturaleza privada o pública de la responsabilidad civil, podemos ahora hacer los planteamientos que nos permitirán con mayor facilidad abordar un análisis de nuestra legislación, y así, tratar de emitir una opinión con respecto a su eficacia o ineficacia. Debemos preguntarnos: ¿cuál de los dos sistemas incorporados, tanto en el Código derogado como en el vigente, es más efectivo, por adecuarse mejor a las condiciones socio-culturales de nuestra sociedad, y especialmente al abogado costarricense? Lógicamente, para poder dar una respuesta satisfactoria, tendremos que hacer un examen de ambas legislaciones en lo que interesa, así como considerar las opiniones de algunos procesalistas. Sin duda alguna tendremos que tomar en cuenta algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, para comprender el valor de la legislación en la práctica jurídica.

Finalmente, y en caso de que llegásemos a una respuesta no esperada por muchos, en especial por los defensores de la "doctrina cordobesa", como sería la demostración de la ineficacia de los dos sistemas, tendríamos entonces que pensar en la posibilidad de la estructuración de uno nuevo, que nos permita rescatar los elementos más valiosos de cada uno, con tal de que se acomode a la "idiosincrasia jurídica" de nuestro pueblo.

2. FUNDAMENTO PARA INSERTAR EN EL PROCESO PENAL EL EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA. Varias explicaciones nos da la doctrina para justificar el ejercicio de la acción civil resarcitoria en el proceso penal (4). Sin embargo, sin dejar de escatimar las bondades de cada una de ellas, lo que más interesa es resaltar los principios que motivaron la inserción de la acción civil en el proceso penal.

En primer lugar se ha hablado del principio de unicidad del proceso penal, con su corolario, la prohibición de fallos contradictorios, y, la economía procesal. Son estos los principios fundamentales que se esgrimen para justificar esa situación jurídica, es decir, brindarles a las víctimas del delito dos alternativas: una de acudir directamente a la vía civil, una vez finalizado el proceso penal; y otra, de incoar la acción dentro de éste, con la limitación, de que en este último caso, el objeto de la acción queda reducido a la pretensión estrictamente civil (arts. 57 y 386 párrafo 2 C.P.P.). En otras palabras, la pretensión del actor civil solamente puede abarcar: la restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor, la reparación del daño (material o moral), la indemnización de los perjuicios y las costas (procesales y personales) (5). Por su parte, el artículo 67 del C.P.P. le concede entre las facultades al actor civil, las que tiendan a acreditar el hecho delictuoso, aun cuando la realidad en todo el articulado del Código, es que su actuación está casi totalmente reducida a la de un simple espectador de la investigación. En realidad se trata de una gran paradoja de nuestro Código, ya que en definitiva, son los otros sujetos del proceso: el Juez, el imputado, el defensor y los representantes del Ministerio Público, los que tienen en sus manos los mecanismos procesales

- (3) Sobre la naturaleza jurídica de la constitución de parte civil, puede consultarse el valioso ensayo del Dr. Enrique Castillo "Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal", Editado por el Colegio de Abogados ps. 143 ss. y en lo que se refiere a los efectos que se derivan de la aplicación del principio "electa una vía, non datur recursus ad alterum", p. 179. Además puede consultarse Miguel Fenech, "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor S.A., 1952, ps. 515 ss.; Ricardo Levene, "Códigos Procesales Penales Argentinos", Editora Platense, 1973, tomo I, ps. 255 ss.
- (4) No vamos a entrar en detalle sobre las diversas opiniones de los tratadistas, ya que un estimable colega costarricense, el Dr. Castillo Barrantes las expone en forma muy clara y concisa en la ob. cit., ps. 104 ss. Puede además consultarse de Prieto Castro y Eduardo G. de Cabiedes, "Derecho Procesal Penal", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, ps. 131 a 134; Giovanni Leone, "Tratado de Derecho Procesal Penal", EJE, Buenos Aires, 1963, tomo I ps. 478 ss.; Colín Sánchez, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., México, 1977 ps. 192 ss.
- (5) Artículo 103 del C.P. vigente en relación con los artículos 122 a 138 del C.P. de 1941, que aún rigen de conformidad con la Ley No. 4891 de 8 de noviembre de 1971.

para el desarrollo del proceso. Verbigracia, las facultades concedidas al juez instructor (arts. 186, 188, 201, 291, etc.); al imputado y a su defensor (arts. 33 —recusación—; asistencia a las diligencias probatorias —art. 191-193—; participación a los actos de la instrucción —art. 194—; asistencia en la indagatoria —arts. 275, 278—; deducción de excepciones —art. 342—; réplica de las conclusiones —art. 389 párr. 4—; etc.); al Ministerio Público se le conceden las siguientes: ejercicio de la acción penal pública —art. 5, 10—; facultad para recusar —art. 33—; apelación del auto que rechaza la instrucción —art. 188—; participación activa en la instrucción —arts. 190, 196, 275, 279—; apelación de la excarcelación —art. 309—; apelación del sobreseimiento —322—; deducción de excepciones —330 y 354—; réplica —389 párr. 4—, etc. La mayoría de estas facultades le son negadas al actor civil, quedando este procesalmente en un plano de absoluta desigualdad con respecto a los otros sujetos del proceso, especialmente con respecto al demandado civil.

3. NATURALEZA DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA. La mayoría de los juristas coinciden en el sentido de que la acción civil resarcitoria es privada, para distinguirla de la acción pública, como es el caso del ejercicio de la acción penal (6). Se estima que el derecho de resarcimiento, así como el derecho a accionar son de naturaleza privada, por cuanto el efecto civil derivado del hecho delictuoso, afecta exclusivamente el ámbito particular de las víctimas; en consecuencia, la pretensión civil, solo puede interesar al particular agraviado. Siempre será la víctima, la que opta por el ejercicio de la acción (en sede civil o en sede penal), y en algunos casos excepcionales, expresamente previstos en la ley procesal, el titular del

derecho puede delegar el ejercicio de la acción a un órgano público; o bien, cuando la víctima carezca de capacidad jurídica o se trate de un menor de edad, pueden ser representados por órganos específicamente creados para tales efectos (art. 10 C.P.P.).

La privacidad, dice el Dr. Castillo Barrantes, la podemos apreciar desde un triple punto de vista:

a) En cuanto al interés tutelado. Sabemos que las acciones delictuosas afectan dos tipos de bienes, cuyos intereses son totalmente opuestos por la naturaleza del derecho que los regula. Uno, es de naturaleza pública, regulado por el Derecho Penal, en el cual se manifiesta el interés de toda la sociedad como colectividad jurídica y políticamente organizada. El otro interés, que es el que debemos considerar, se refiere al particular o la persona concretamente lesionada en su humanidad (daño material o físico), en su peculio (daño económico) o en su órbita ético-espiritual (daño moral), casos en los cuales el derecho les otorga un derecho subjetivo disponible unilateralmente por el afectado. En otras palabras, el delito penal constituye una de las fuentes que generan obligaciones civiles, que en nuestro Código Civil, se regulan en los artículos 693, 701 y 1045, básicamente.

b) Disponibilidad. Entre las características que se resaltan están: renunciabilidad, transabilidad, compensabilidad, desistible (7), transmisible por herencia y delegable el ejercicio de la acción (8).

4. LA ACCION CIVIL FRENTE A LO PENAL. Nos interesa resaltar algunos problemas prácticos que se presentan con el ejercicio de la acción civil en sede penal, ya que aun no están resueltos en forma satisfactoria por nuestra legislación.

-
- (6) Sobre la naturaleza de la acción civil puede consultarse: Dr. Castillo Barrantes, ob. cit. ps. 143 ss.; Prieto Castro, ob. cit. ps. 113 ss.; Miguel Fenech ob. cit. ps. 528 ss.; Ricardo Levene, ob. cit. ps. 259 ss.; Alfredo Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", Lerner, Buenos As. 1969, tomo I, ps. 304 ss.; Clariá Olmedo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar S.A., Buenos Aires, 1962 tomo II, p. 448; etc.
- (7) De acuerdo con el artículo 69 del C.P.P. la acción civil resarcitoria puede ser desistida expresa o tácitamente. El artículo subsiguiente, sea el 70, dispone que los efectos que se derivan de este acto se traduce en una renuncia del pretendido derecho resarcitorio. Se discute en la Doctrina, si el artículo 70 comprende a ambas formas de desistimiento. Nosotros creemos, al igual que lo expone el Licenciado D. Edgar Cervantes Villalta, que de acuerdo con la doctrina italiana y argentina, dicha norma es comprensiva únicamente del desistimiento expreso, por cuanto es el único acto jurídico en que el titular del derecho (material) renuncia en forma expresa a él. Por el contrario, en el desistimiento tácito, la voluntad del actor civil manifestada en los diversos supuestos que el Código prevé, el titular no renuncia al derecho resarcitorio, sino que tácitamente renuncia o abandona la instancia (del proceso penal); en consecuencia, los efectos deben ser exclusivamente de naturaleza procesal-penal (véase infra ps. 15 y 16).
- (8) Según el Dr. Castillo Barrantes, tantas veces citado, el "crédito resarcitorio" es cedible, pero el cesionario no puede ejercer la acción en sede penal por no estar permitido en forma expresa en nuestra legislación; este criterio lo compartimos, por cuanto en verdad, el artículo 9 del C.P.P. legitima exclusivamente en el ejercicio de la acción civil al "damnificado" (directo o indirecto) o a sus herederos (transmisibilidad por herencia), o bien, por los "representantes legales o mandatarios de ellos" (ob. cit. ps. 146, 147 y 159).

a) INDEPENDENCIA DE LA ACCION: Bien sabemos que la acción penal pública es en el orden lógico-procesal, la principal. En otras palabras, que nacido a la vida jurídica el proceso penal, la acción civil instaurada en éste, depende de aquélla en la mayoría de los casos. Son muy pocas las ocasiones en que la acción civil sobrevive a la penal. En principio, en todos los casos en que de acuerdo con nuestra legislación el proceso termina antes de la sentencia definitiva, conlleva el efecto paralizador de la acción civil, la que sigue la suerte de la penal, debiendo en consecuencia el titular del derecho acudir a la vía civil ordinaria, ya que su derecho aún no se encuentra extinguido, a no ser que por el transcurso del tiempo ésto ocurra conforme a la ley civil. Entre los casos en que el Tribunal de juicio debe pronunciarse siempre sobre la acción civil resarcitoria, previa celebración del Debate, están: a') cuando se extingue la acción penal en los casos de amnistía, perdón del ofendido, perdón judicial y prescripción, cuyas causales son descubiertas o producidas en el Debate, las que obligan al Tribunal a absolver al procesado y a pronunciarse, declarando con o sin lugar, la respectiva acción civil (art. 11 C.P.P.), y, b') en los casos de inimputabilidad (completa o disminuida) determinada en el juicio oral y público, el Tribunal debe imponer en sentencia las respectivas medidas de seguridad y pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria (art. 104 C.P.) (9).

En relación con la independencia de ambas acciones y la accesoriedad de la civil con respecto a la penal en lo que se refiere a la supervivencia, nuestra legislación no contiene una normativa clara, lo que impulsa a los jueces a una interpretación, debiendo éstos integrar la legislación procesal, penal, lo que en la mayoría de las veces produce una diversidad de criterios entre los tribunales, generando así más zozobra e inseguridad.

b) "ELECTA UNA VIA NON DATUR RECURSUS ALTERUM": Nuestra legislación tampoco contiene normas precisas que regulen las diversas situaciones que pueden presentarse en cuanto a la vigencia de este principio. A excepción del art. 11, que establece que la acción civil resarcitoria podrá ser ejercida sólo cuando esté pendiente la acción penal, no encontramos más disposiciones que

regulen todo lo relativo a los efectos que se producen si se ejercen en forma simultánea en la vía penal y en la civil, o si ejercida únicamente en la vía civil y dictada la sentencia —penal—, si ésta produce cosa juzgada material sobre la civil (10). Estas lagunas se presentan también en cuanto al principio "*le pénal tient le civil en état*" (lo penal mantiene a lo civil en estado de espera). Creemos al igual que el Dr. Castillo Barrantes, que debe introducirse en nuestro Código una normativa más clara y precisa sobre todos estos principios, por cuanto estas omisiones generan problemas de suma gravedad, que no es posible librar a la interpretación de los jueces.

c) REGLAS SOBRE LA PRUEBA. El C.P.P. no dispone absolutamente nada sobre la aplicación de las reglas que rigen la admisibilidad, calificación y valoración de las pruebas de la pretensión civil. Nos preguntamos, si a la acción civil resarcitoria se le aplica lo dispuesto por el artículo 198, o bien, si se rige por las normas del Derecho Civil. Observamos, que concretamente en cuanto a la recepción y ofrecimiento de pruebas en la instrucción, se le niega al actor civil toda participación, quedando en estado de desventaja con respecto al demandado civil (imputado); la misma situación de desventaja se presenta con respecto a otros demandados civiles, como el civilmente responsable.

Producto de esa situación, nos hemos preguntado si a las partes civiles se les aplica lo estatuido por el art. 719 del C.C. o la regla del art. 752 en lo que se refiere a la prueba de actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor superior a doscientos cincuenta colones. ¿Ceden estas disposiciones ante el artículo 198 del C.P.P.?

Por la falta de una regulación más concreta y técnica de estos problemas, creemos en principio, que la prueba del objeto de la acción civil se debe regir por las reglas generales del C.P.P., especialmente lo dispuesto por el art. 198 del C.P.P.; salvo en aquellas situaciones en que la ley procesal civil pueda compatibilizarse con la procesal penal. Este criterio, si bien no es el más aceptable, obedece a la falta de previsión legislativa, y en especial, por considerarse que la estructura del proceso es de naturaleza penal, y ésta tiene prioridad sobre la civil, que jurídicamente hablando, constituye tan

(9) Para una ampliación sobre todos estos aspectos, véase la ob. cit. del Dr. Castillo Barrantes, ps. 170-173; Clarif Olmedo, ob. cit. ps. 459 y 460; Miguel Fenech, ob. cit. ps. 546 ss.

(10) Castillo Barrantes, ob. cit. ps. 182 ss.

solo un procedimiento (incidental) especial, desarrollable dentro del proceso penal, en virtud de disposición legal (11).

d) EXCEPCIONES. En los artículos 329 a 337 se regula todo lo referente a las excepciones, tanto las llamadas de previo y especial pronunciamiento, como las perentorias. No obstante, este articulado está destinado exclusivamente al proceso penal en lo que se refiere a la pretensión punitiva, omitiéndose de manera inexplicable, lo concerniente a las partes civiles. Pensamos que quienes redactaron el Código, perfilaron su actividad más que todo desde una visión muy estrecha del Derecho Procesal Penal, ignorándose que aun el Derecho Procesal Civil es fuente supletoria de todas las ramas procesales del Derecho. Ya este Tribunal ha conocido casos en que se han interpuesto excepciones de ambas clases, y han sido admitidas, bien para resolverlas de previo a todo pronunciamiento, o bien defiriéndolas para sentencia definitiva.

e) EMBARGO Y TERCERÍAS. En el caso concreto del embargo, cuyo pronunciamiento se hace en el auto que ordena el procesamiento, el Código sí contiene una norma expresa que nos remite al C.P.C. (528 C.P.P.). Resulta interesante que en este caso, así como en la ejecución de la sentencia (art. 524 C.P.P.) y en el de la competencia y distribución de asuntos (art. 71 de la Ley 5711 de 27 de junio de 1975), sí se haya prevista la aplicación supletoria de la legislación procesal civil. Nos preguntamos, ¿por qué no se ha hecho lo mismo en lo que se refiere a la constitución de actor civil?

En cuanto a las tercerías, cuya intimidad con el embargo y el remate son inevitables, tampoco se ha dispuesto nada, y no queda más que aplicar en forma supletoria las reglas del C.P.C.

f) INCIDENTES. El Código Procesal Penal no dispone absolutamente nada sobre el trámite procesal de los incidentes, salvo en los casos específicos para los cuales crean un procedimiento incidental (incidente especial). El ejercicio de la acción civil puede dar origen a una gran cantidad de incidentes, sin que existan normas generales dedicadas a este tema. ¿Se aplicará la sanción de caducidad a que se refiere el art. 390 C.P.C.? En

principio creemos que no, por las razones anteriormente expuestas, sea, la prioridad de las reglas penales. No obstante, la omisión no se justifica, lo que obligaría al juez a adoptar dos posiciones: una formalista o exegeta, rechazando toda posibilidad de incidente no regulado en forma expresa en la ley. La otra sería crear el procedimiento, lo que equivale a que cada tribunal emita su criterio propio, surgiendo así una diversidad de trámites, sin que haya unidad procedimental.

g) LITIS CONSORCIO. Si la legislación civil es parca en la regulación de este importantísimo instituto, la legislación procesal penal es totalmente omisa. En forma alguna se resuelven la diversidad de problemas que podrían surgir con motivo de la participación de varios sujetos, cuando su concurrencia es necesaria para dictar sentencia. Por ejemplo, cuando siendo varios los herederos, ¿solamente uno ejercita la acción civil resarcitoria? En este caso, ¿qué procedimiento se sigue para citar a todos?; si el heredero constituido en actor civil desiste de la acción en forma expresa ¿afecta el derecho de los otros?; cuando ejercida la acción por un solo heredero, ¿debe el Tribunal pronunciarse con respecto a la totalidad de la pretensión, o solamente en cuanto a la parte que proporcionalmente le corresponde? ¿Están legitimadas otras víctimas del delito para ejecutar la sentencia obtenida en un proceso en que ellos no figuraron como actores civiles?

Muchos otros problemas podrían presentarse en el caso de la participación obligada de varios demandados civiles, como el caso de que fuesen varios los civilmente responsables.

Claro está, muchos de esos problemas encuentran solución aplicando supletoriamente otras leyes, como sería el Código Civil; o bien, la doctrina de mayor aceptación. Pero, la interpretación como método de integrar el Derecho no resuelve todos los problemas, ya que es más importante una norma clara y precisa, que una buena interpretación.

5. OTROS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA APLICACION DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Los problemas que a continuación vamos a exponer constituyen una prolongación del acápite anterior, con la particularidad de que las situaciones

(11) En relación con el tema de las tachas, puede consultarse un artículo que me fue publicado en la Revista Judicial No. 6 del año 1977, ps. 71 ss., titulado "Las Tachas en el Nuevo Proceso Penal".

que enseguida expondremos son el resultado de la aplicación de determinadas disposiciones legales relativas al tema en estudio. Entre los muchos que se presentan, hemos escogido los siguientes:

a) **LEGITIMACION (art. 9 C.P.P.):** De conformidad con este artículo solamente las víctimas del delito (ofendidos directos o indirectos), sus herederos en los límites de sus cuotas hereditarias, o los representantes y mandatarios de éstos, pueden ejercer la acción civil resarcitoria en el proceso penal. Lógicamente en todo lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas físicas así como la personería de los entes jurídicos, hay que remitirse a las disposiciones del Derecho Común.

El acto de constitución en actor civil puede ser realizado directamente o "personalmente" por el ofendido, si tiene capacidad jurídica o bien por medio de un mandatario judicial (art. 57) (12).

Ya, una vez constituido el ofendido en parte civil, si no tiene mandatario, debe nombrarlo o bien hacerse representar por un abogado (art. 87 C.P.P.). A pesar que nada se dispone en cuanto a defectos de personería, pensamos que deben ser subsanados de oficio a solicitud del juez instructor, o bien, la parte contraria podría invocarlos, si se trata del demandado civil, en la oportunidad a que se refiere el art. 61 en relación con el 62 del C.P.P.

Igualmente, el Código no regula nada en cuanto a la falta de legitimación por no ser las partes titulares del derecho o de la obligación de resarcir los daños y perjuicios, ni la posibilidad del demandado de deducir excepciones: falta de derecho, falta de causa o falta de interés.

Fácilmente nos damos cuenta, de que los problemas que surgen en torno a la legitimación, ya sea la llamada "ad procesum" o "ad causam", activa o pasiva, no están resueltos en forma satisfactoria en la legislación procesal vigente, y nadie puede ignorar que constituyen piezas fundamentales del Derecho Procesal Civil, pues de ellos depende la validez de la relación jurídico-procesal y consecuentemente del proceso mismo, así como el éxito de la acción.

b) **ESCRITO DE CONSTITUCION DE ACTOR CIVIL.** En la forma en que ha quedado redactado el artículo 57 del C.P.P., se le ha quitado toda la importancia del caso a la acción civil resarcitoria, relegándola a un segundo plano ante la sumisión total a las normas estrictamente de derecho procesal penal, así como ante la oscuridad e imprecisión de éstas. No comprendemos si el legislador (o quienes redactaron el Código), quisieron, movidos por la doctrina informante, flexibilizar el procedimiento en lo que se refiere a la acción civil, negándole importancia a un escrito que en el fondo es una verdadera demanda, o bien hacer desaparecer todo signo procesal civil. Tampoco sabemos si los requisitos que se establecen son de alguna naturaleza especial, ya que no están sancionados bajo pena de nulidad. La informalidad con que ha sido regulado este importante acto procesal, sea el de constitución del actor civil, revela realmente un desconocimiento de los principales principios de la teoría de la acción. A nuestro criterio este escrito es de suma importancia, por lo menos en lo que se refiere al actor civil, ya que contiene una pretensión que en la vía civil debería ser objeto de una demanda ordinaria. Las consecuencias legales que se derivan de éste pueden ser muchas, como, por ejemplo, determinar la existencia del daño o no, la fijación concreta del monto para efectos de ejercer el recurso de casación; o bien una indemnización basada exclusivamente en daño moral: en este caso, ¿debe hacerse la fijación de la cuantía o no? o ¿debe ser estimada como de cuantía inestimable?

Otro problema derivado de esa fijación del monto de la pretensión, es si el Tribunal legalmente está obligado a hacer una condena concreta en la sentencia penal o no (13), lo que ha producido graves discrepancias entre los Tribunales del país.

c) **OPOSICION.** La oposición que pueden realizar las personas que son demandadas, debe hacerse necesariamente dentro de un término que el Código fija en cinco días (arts. 61 y 62 C.P.P.); oposición que será tramitada por la vía incidental.

(12) El Tribunal Superior de Limón resolvió en resolución No. 349 de 1979, que si el ofendido está impedido físicamente para firmar, puede hacerlo por él cualquier persona, y estando autenticado el escrito por un abogado, equivale a una presentación personal.

(13) El criterio sostenido por el Tribunal Superior de Limón es de que no es necesario hacer la condena en concreto, pues si faltan elementos de prueba para la determinación concisa de cada partida, es mejor que se determinen en ejecución de sentencia. La Sala Segunda Penal ha dicho que se debe precisar el monto en sentencia para poder darle entrada al recurso de casación; (25F de 1978), pero si no se puede precisar el monto, la entidad del gravamen puede deducirse de otros elementos de juicio para poder darle entrada al recurso. Otros Tribunales, como el Superior Segundo Penal, Sección Segunda, consideran que siempre debe hacerse la condena en concreto.

Como el término, que en el fondo es un emplazamiento, es sumamente corto, no sabemos qué ocurre si el caso de delitos recíprocos, se puede contrademandar, o el demandado civil debe accionar separadamente constituyéndose en actor civil. No se dispone nada en el Código sobre la posibilidad del demandado para deducir excepciones, lo cual es una laguna de mucha gravedad, ya que legalmente se omite la posibilidad del accionado, de atacar los vicios de procedimiento y la falta de presupuestos de fondo.

d) FACULTADES DEL ACTOR CIVIL. Ya mencionamos con anterioridad, que las facultades que se le conceden en el proceso penal al actor civil, son muy limitadas, tal y como se desprende del texto del artículo 67 y del resto del articulado del Código, de donde se desprende que este sujeto procesal se encuentra en una condición de desigualdad con respecto al imputado-demandado civil, a quien la ley le concede las mismas facultades del imputado (art. 79 C.P.P.). Esta desigualdad procesal se traduce en un estado de indefensión para el actor civil, pues como bien sabemos su intervención en la instrucción es mínima, especialmente en lo que se refiere al ofrecimiento y a la recepción e intervención en las pruebas. Hay que considerar, que en la forma en que actualmente está estructurado el proceso penal, con la inserción del procedimiento de constitución de actor civil, la prueba no es solamente de naturaleza penal, sea, que tenga como finalidad exclusiva la demostración de la existencia o inexistencia del delito con todas sus circunstancias, así como la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, sino, que también sirve para la demostración del daño causado a las víctimas, su alcance y demás pretensiones del actor civil. Esta doble finalidad de la prueba, obliga a corregir esta desigualdad procesal de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

e) DESISTIMIENTO. Como lo hemos dicho anteriormente (véase supra nota No. 7, p. 6), es nuestro criterio de que el desistimiento tácito no mata el derecho substantivo, sino únicamente la instancia (civil) en sede penal, cuyas consecuencias son intrascendentes para el proceso penal, que jurídicamente tiene vida propia.

La realización de cualquiera de los hechos que la ley procesal prevé como constitutivo del desistimiento tácito, no implica ni afecta la voluntad del titular del derecho (resarcitorio), ni podría interpretarse en otro sentido. El Titular del derecho, quien ejerce la acción civil en sede penal, tácitamente desiste de la instancia; en otras palabras, desiste de una de las opciones que la ley le ofrece para el ejercicio de su acción. Siguiendo la mayor parte de la doctrina, este desistimiento tácito constituye un abandono de la instancia, y es lo que en el C.P.C. se denomina deserción (14).

6. CONCLUSIONES. La breve exposición anterior no ha pretendido agotar un tema tan vasto como la acción civil resarcitoria, sino tan solo, programamos como objetivo, la exposición de algunos de los problemas prácticos que surgen con la aplicación de las normas que regulan este tema, especialmente las del C.P.P. (15).

Una de las cosas que más me ha extrañado, es que tratándose de un tema tan importante y tan vasto, el Código lo reduce en el ámbito procesal a treinta y un artículos, de los cuales, la mayoría son poco claros u omisos. Sabemos que la doctrina que inspiró a los redactores del Código para insertar la acción civil resarcitoria en el proceso penal, fue la italiana, a través de la doctrina argentina, especialmente la derivada del Código de Córdoba, que sirvió como puente; tal vez influyó en importante medida un deseo innovador, pero poco auténtico u original, pues se desechó de un solo haz todo lo valioso y positivo de nuestra legislación anterior, olvidándose que los fundamentos de nuestra cultura vigente están en los cimientos pretéritos de las construcciones humanas.

En consideración a los problemas que hemos expuesto a lo largo de la exposición, surge la interrogante siguiente: ¿es posible dar alguna solución correcta reviviendo instituciones de la legislación derogada?

Estimamos que en la búsqueda de una adecuada solución, debemos considerar por el momento tres, que a continuación exponemos:

a) Que se integre una comisión con procesalistas (tanto penalistas como civilistas) y especialistas en Derecho Penal y Civil, a fin de que inicien un análisis profundo de nuestra legislación procesal

(14) Para una mayor información puede consultarse la Tesis de Grado (inédita) del Licenciado Ricardo Hille Quirós, especialmente las ps. 252 ss. en la cual encontramos una importante bibliografía.

(15) En otro libro que estoy escribiendo y que analizo detalladamente cada artículo del C.P.P., me planteo los grandes problemas de la responsabilidad civil, tanto desde un punto de vista doctrinal, como legal y jurisprudencial.

penal en lo que se refiere a la constitución de actor civil, de tal forma que esta comisión integre positivamente todas las opiniones de los abogados y jueces del país que se interesan sinceramente por el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico. El informe que esta comisión emita podrá servir de base a una eventual reforma general del articulado, así como a una ampliación necesaria del mismo. Esta primera solución tendría que llenar todas esas lagunas que hemos venido citando, pero que en definitiva, se pronuncia por el mantenimiento del ejercicio de la acción civil en sede penal.

b) La segunda solución, sería volver al sistema anterior, reviviendo en lo compatible, la legislación procesal penal de 1910. Es el sistema mixto (véase supra p. 1), en virtud del cual, en toda sentencia penal hay que hacer una condena en abstracto, independientemente de que los ofendidos se constituyan en acusadores particulares. Recordemos que de acuerdo con el Código derogado, cualquier persona podía presentar querrela si tenía capacidad para ella o bien por medio de mandatario (16), y para obtener el pago de los diversos extremos, había que ejecutar la sentencia penal en la vía civil.

c) La tercera solución sería mantener la condena en abstracto, sea, considerar a ésta como una consecuencia obligada de toda sentencia penal. Con esta posibilidad, el ofendido no puede constituirse en acusador particular, pero sí se le concede una participación limitada, de tal forma que coadyuve al Estado en el ejercicio de la acción penal pública (17).

Examinemos cada una de las tres soluciones que la doctrina y la legislación ofrece.

La primera, es el camino adecuado para solidi-

ficar la situación jurídica vigente, y compatible con el criterio de quienes defienden el sistema actual. Pensamos, que al implantarse el nuevo sistema, debió hacerse las adaptaciones necesarias, a fin de rescatar los elementos más positivos de la legislación de 1910. Desgraciadamente en nuestro país, es muy característico introducir innovaciones contrarias a nuestra realidad socio-cultural, por lo que podemos afirmar, que a nuestra cultura le falta autenticidad; esto ha ocurrido especialmente en el campo del Derecho.

Pese a las bondades que se anotan de la Doctrina italiana y desde luego la argentina, hemos llegado a la conclusión de que el sistema vigente es inadecuado e inadaptable al sentido socio-psicológico de la gran mayoría de los abogados costarricenses; esta es la única explicación lógica de por qué se plantean tantos problemas y discrepancias en el ejercicio de la acción civil resarcitoria. Creemos que la realización de profundas reformas a la normativa actual, no conduciría a nada concreto y efectivo, pues ya es harta conocida la apatía de nuestros abogados para ejercer la acción civil en sede penal. La estructura "oficiosa" de éste, el desplazamiento de la víctima del delito en la demostración del hecho delictuoso, son causas suficientes que explican por qué éstas prefieren instaurar la acción en la jurisdicción civil. Pero el problema de mayor gravedad, es que la gran mayoría de los abogados que optan por el ejercicio en sede penal, fracasan en su objetivo, ya que generalmente no ofrecen la prueba idónea en el momento procesal oportuno, pues psicológicamente el abogado piensa, que con el impulso de oficio y de los otros sujetos, se puede extraer la prueba de su pretensión. En definitiva, el nuevo sistema no se adapta al me-

(16) Véanse los artículos 1, 2, 6 y 155 y ss. del C.P.P. de 1910.

(17) Este sistema se sigue actualmente en México. El art. 141 dice: "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpaado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que si lo estima pertinente, en el ejercicio de la acción penal los suministre a los tribunales". Comentando esta disposición el tratadista mexicano Guillermo Colín Sánchez ha dicho: "Del contenido de ambos preceptos se desprende que: el ofendido, desde que se inicia el procedimiento penal, está realizando con su intervención un conjunto de actos tendientes a encaminar la labor del Ministerio Público hacia la consignación de los hechos; en consecuencia, tácitamente queda constituido como un coadyuvante. Coadyuvar significa ayudar a algo, así lo hace el ofendido ante el Representante Social para el logro de la condena del procesado y la obtención de la reparación del daño" ("Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", ob. cit. p. 196). Este criterio, al igual que otra parte de la doctrina, trata de reivindicar el papel del ofendido en el ámbito del proceso penal, por cuanto se le considera un sujeto de suma importancia en la averiguación del delito. En este país, la intervención del ofendido queda prácticamente limitada a la que le dé el Ministerio Público; así ocurre en la jurisdicción Federal, ya que en la estatal o regional, concretamente en el Distrito Federal, al ofendido se le concede la facultad de ofrecer pruebas en forma directa (obra cit. p. 196). En España existe un sistema muy sui generis. El ofendido puede accionar civil y penalmente en forma conjunta o separada (arts. 109 ss. de la Ley Enj. Crim.), pero si se trata de delitos de acción pública, siempre será obligatoria la intervención del M. Fiscal (Prieto Castro, ob. cit. ps. 103 ss.). Se sigue este sistema en Venezuela (arts. 2, 3, 90 y 100 C. Enj. Crim. Este sistema se asemeja en gran medida al del C.P.P. de 1910, con la diferencia que el representante obligado del Estado se llamaba Procurador.

dio socio-cultural costarricense y de allí la explicación de las voces de protesta de los abogados del "viejo sistema", cuya formación y experiencias sí estaban interconectadas en forma insoluble (18).

Pese a lo dicho, y para que no se me mal interprete, considero que la oralidad y publicidad del juicio penal constituye una innovación transformadora, compatible con el sistema político vigente.

La segunda solución, sea, volver al sistema anterior, resulta totalmente incompatible con la estructura esencial del sistema procesal penal vigente, por cuanto es el Estado quien asume el monopolio del ejercicio de la acción penal; función que en nuestro país le ha sido asignada al Ministerio Público.

La tercera solución, considero que es la más adecuada a nuestra legislación, por cuanto rescata los aspectos más positivos del Código de 1910 e introduce alguna importante innovación, para los que gustan de éstas. Se trata del sistema mixto, en virtud del cual se le ofrecería la oportunidad a las víctimas del delito a coadyuvar al Ministerio Público. Podría incluso ofrecérsele la oportunidad de que puedan directamente ofrecer pruebas en la instrucción, y por qué no, ejercer algunos recursos. La intervención, que quedaría debidamente limita-

da en el Código y sería exclusivamente penal, estableciéndose sanciones procesales por falta de interés, abandono, etc. Pero en todo caso, al igual que en la legislación derogada, la condena en abstracto será siempre una consecuencia obligatoria y como tal hay que incluirlo en la sentencia penal (19). Este sistema, como se ha dicho, se sigue en México, pero nosotros lo podríamos adaptar a nuestras instituciones y a nuestra legislación. Lo más importante, es que se reviviría lo más esencial del Código de 1910, sea, la prioridad de los rasgos de la Escuela Positivista.

Lo anterior, constituye tan solo una opinión muy personal de un aficionado al Derecho, pero comprendido éste dentro de una dinámica histórica total, donde el derecho es un verdadero instrumento de transformación y no de estancamiento u obstáculo para el cambio social. Espero, que este pequeño artículo promueva alguna polémica, y es mi deseo, de que llegue a culminar con un seminario o foro sobre este importante tema, para aprovechar las experiencias y conocimientos de los abogados costarricenses que se preocupan por el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico (20).

(18) Muchos defenderán la inserción del ejercicio de la acción civil en sede penal, alegando que está de por medio la unidad del proceso, la unidad histórico-fáctica, etc. Pero todos esos argumentos, muy razonables por provenir de respetables abogados, caen ante la vigencia de nuestro contexto socio-cultural, que exige la adaptación de las leyes a éste. Creemos que la introducción de la normativa que regula la constitución de actor civil en el proceso penal, fue un error fundamental, y las experiencias lo demuestran. Basta con observar las estadísticas, para darse cuenta que el porcentaje de casos en que las víctimas se constituyen actores civiles, es bajísimo, lo que no justifica su existencia. Es un sistema que ha sido rechazado por el abogado costarricense, por la sencilla razón de que es un profesional muy arraigado al Derecho Civil, especialmente a las formalidades procedimentales. El juicio "por excelencia" es el ordinario y el abogado siente gran satisfacción cuando obtiene una victoria. Está acostumbrado a manejar una serie de mecanismos procesales tales como: excepciones, reconveniones, tachas de testigos, incidentes de nulidad, tercerías, etc. Esta prevalencia del Derecho Civil y Procesal Civil, se manifiesta incluso en la misma estructura académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de C.R. El hecho de que yo reclame a nuestros legisladores la falta de una normativa clara y precisa que contemple algunos procedimientos importantes, no implica que soy defensor ignato del Derecho Procesal Civil. Por el contrario, considero que debe hacerse una reforma general, pero tratando de rescatar las instituciones más positivas de nuestra legislación. Así lo hice ver en el artículo "Comentario a las Bases de Trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense", publicado en la Revista Judicial No. 9, 1978, ps. 27 ss. No dudamos en que la legislación civil es la más estática de todas, y que, repitiendo las palabras de Eduardo Novoa, se alza como un verdadero obstáculo al desarrollo social y económico. Pero, en casos de reforma, debe rescatarse lo más valioso y aquellas instituciones que han mostrado mayor flexibilidad (El Derecho como Obstáculo de Cambio Social, ps. 14, 15, 18 y 59).

(19) Véase lo expuesto en nota No. 1.

(20) Como se puede notar, no entro en detalles ni sistematizaciones de este nuevo sistema que propongo, que sin duda alguna, será acogido por algunos colegas; la determinación de éstos, como por ejemplo la forma de comparecer el ofendido, los requisitos de legitimación, la clase de recursos, la expedición de la ejecutoria, etc., serán acordados por los especialistas.