Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PARTICIPACIÓN DEL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL

DR. GERARDO CALVO PICADO*

ÍNDICE

Pág.

Introducción 47

I. Intervención del ofendido en el aspecto penal 47

A. Sistemas del Procedimiento Penal 47
1. El sistema acusatorio 47
a. Oralidad 47
b. Publicidad 47
c. Contradictorio 47
2. El sistema inquisitivo 48
a. Escrito 48
b. Secreto 48
c. No contradictorio 48
3. El sistema mixto 48

B. Acciones que nacen del hecho punible 49
1. Delitos de acción pública 50
a. El ofendido denunciante 51
2. Delitos de acción pública dependientes de instancia privada 53
3. Delitos de acción privada: la querella 55
a. La querella: concepto 55
b. Forma y contenido de la querella. Facultad de disposición de la acción 55
c. El procedimiento 56

C. Participación del ofendido en el proceso penal alemán: El acusador adjunto 57
a. El actor privado 58
b. El actor accesorio 58
c. El actor civil (proceso adhesivo) 58

* *Juez Superior Penal, Poder Judicial.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. Intervención del ofendido en el proceso en el aspecto civil. 59

A. Breve desarrollo histórico 59

B. Constitución en el aspecto civil. 61

1. Constitución del damnificado como actor civil. 61
   a. Condiciones de ejercicio de la acción civil 62
   b. Oposición y rechazo de la constitución de actor civil 63
2. Consecuencias de la participación del ofendido como actor civil 63
3. Ventajas e inconveniencias de la constitución del actor civil en el proceso penal 64

Conclusión. 65

Bibliografía. 65

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la participación del ofendido en el proceso penal, tanto en el aspecto estrictamente penal, como en el civil. Es decir, cuál es su intervención en lo que se refiere a la comprobación y existencia del hecho punible y quiénes han sido sus autores, así como su intervención en la demostración de los daños y perjuicios que ese hecho le ha causado.

En el aspecto penal veremos cuál es la situación del ofendido como denunciante en los delitos de acción pública; en los delitos de acción pública pero de instancia privada y en los delitos de acción privada como querellante. En el aspecto civil se tratará sobre la constitución del ofendido como actor civil, así como las ventajas e inconveniencias que se pueden dar con la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal.

I. INTERVENCIÓN DEL OFENDIDO EN EL ASPECTO PENAL

Para comprender mejor la intervención del ofendido en el aspecto penal es necesario hacer un breve desarrollo histórico de los distintos sistemas que han regido el procedimiento penal. Me refiero a los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, siendo este último el que predomina en las distintas legislaciones actualmente. Esto es importante, porque conforme a las características propias de cada uno de esos sistemas, así será la mayor o menor participación que se da al ofendido en el proceso penal. Así, el ofendido tiene una importante participación dentro del proceso en el sistema acusatorio; prácticamente no la tiene en el sistema inquisitivo y su participación es moderada en el sistema mixto.

También veremos que la participación del ofendido en el proceso —en su aspecto penal— está íntimamente ligada a la naturaleza de la acción a la que da lugar un determinado hecho punible. Éstas pueden ser de carácter público; pero de instancia privada y de índole privada estrictamente. En las dos primeras y de acuerdo con nuestra legislación, el ofendido tan sólo puede denunciar y no tiene ulterior participación en el proceso. En la última, por pertenecerle enteramente su ejercicio, su participación durante todo el proceso es esencial.

A. Sistemas del Procedimiento Penal.

Nos referiremos en primer término a los sistemas que han regido el procedimiento penal.

1. *El sistema acusatorio.*

Cronológicamente hablando el sistema acusatorio es el que dio inicio al proceso penal en la mayoría de las naciones. Se caracteriza porque en él el individuo ocupa un primer plano y en donde el papel del Estado es secundario. Únicamente tiene la misión de resolver los conflictos que se producen entre los particulares. El juez actúa como un árbitro que se mueve a impulso de las partes. No hay actividad procesal anterior a una acusación particular, sea del ofendido o de cualquiera del pueblo. El juez no puede actuar de oficio. En este sistema la libertad y personalidad del individuo se anteponen y superponen a todo interés ulterior del Estado. Fue característico de la democracia griega y la república romana. Se mantiene actualmente en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica.

Los principios directores de este sistema lo constituyen la oralidad, la publicidad y lo contradictorio.

a. Oralidad: Siendo prácticamente el sistema más antiguo, la oralidad privaba sobre la escritura. En virtud de que sus orígenes lo constituyen la denominada "justicia privada", las partes concurrían ante un juez pasivo e imparcial a reclamar y a discutir sus derechos en forma oral y de igual manera lo hacían los testigos que debían intervenir.

b. Publicidad: La asistencia a los juicios que ya tienen la característica de un combate simulado y no efectivo como ocurría antes en que la justicia se hacía en forma privada y particular y a manera de "venganza", es pública. Todo el pueblo podía concurrir y de esta manera darse cuenta y enterarse de la forma como se desarrollaba el juicio.

c. Contradictorio: De esta manera se garantizaba la búsqueda de la verdad y el equilibrio entre las partes. Éstas alegaban ante el juez todas sus reclamaciones y en una posición de igualdad. Aportaban las pruebas para demostrar sus pretensiones y luego ese juez o árbitro se pronunciaba.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Consecuentemente los caracteres principales del sistema acusatorio lo constituyen:

a. La instancia única: La jurisdicción es ejercida en única instancia por una asamblea o un jurado popular. La soberanía reside en el pueblo y sobre éste no hay otro poder.

b. La acción penal o acusación: La acción penal emergente de un delito público, que lesionaba a toda la colectividad, es un derecho de cualquier ciudadano (acción popular) y pertenecía al perjudicado directamente cuando se trata de un delito privado. La acusación es la base indispensable del proceso, el cual no se puede iniciar de oficio. Solamente el particular podía provocar la intervención del tribunal.

c. Pasividad del juez: Las partes, acusador y acusado, se encuentran en una situación de igualdad, mientras el juez únicamente actuaba como un árbitro del combate o litigio que se lleva a cabo entre ellas. El juez carece de iniciativa propia en la investigación. Los elementos probatorios son introducidos al proceso tan sólo por las partes y el juez carece de poderes autónomos para investigar la verdad de los hechos, debiendo limitarse a examinar las pruebas acerca de las cuales había versado la discusión entre dichas partes. En la evaluación de tales pruebas impera el régimen de la íntima convicción. El juzgador decide conforme a la equidad y no conforme a derecho.

2. El sistema inquisitivo.

Los abusos del sistema acusatorio dieron lugar al nacimiento del sistema inquisitivo. Si bien aquél fue característico de regímenes democráticos, éste fue propio de regímenes despóticos y totalitarios. Sus orígenes se encuentran en la Roma Imperial y en el Derecho Canónico y tuvo completo desarrollo en la Edad Media.

Contrariamente al sistema acusatorio, los principios que rigen al inquisitivo son diametralmente opuestos. Es escrito, secreto y no contradictorio.

a. Escrito: Toda la investigación se realiza por escrito y da lugar a un expediente, en el que se van acumulando todos los elementos probatorios, los cuales sobre todo son de cargo, ante el carácter persecutorio en contra del imputado, propio de este sistema.

b. Secreto: La acumulación de pruebas que en forma escrita y de manera unilateral lleva a cabo el juez es secreta, incluso para el imputado, a quien generalmente no se le informa de los cargos que se le atribuyen y es considerado prácticamente como un objeto y no un sujeto del proceso y en el que la tortura era un medio muy utilizado para lograr su confesión del hecho.

c. No contradictorio: En este sistema ya las partes no tienen igualdad de participación. Por el contrario, la defensa del imputado se redujo a su máxima expresión, por lo que no se le daba oportunidad de rebatir las pruebas evacuadas en su contra. La investigación abarcaba casi todo el proceso, en el que el juicio consistía en una mera formalidad para dictar la decisión final. Como la investigación se podía iniciar con una denuncia anónima, el imputado muy raras veces conocía y tenía enfrente al acusador a quien rebatirle su persecución.

De lo anterior se desprende que los principales caracteres del sistema inquisitivo, son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida por magistrados permanentes que representan al Rey, Monarca o Emperador, lo cual lleva implícita la idea de la doble instancia imperante. La función de juzgar se especializa. El juez ya no es un árbitro nombrado por las partes, ni el igual del inculpado, sino un funcionario permanente, escogido entre los que han estudiado el Derecho. La justicia penal pierde su carácter popular.

b) La acción es ejercida por un procurador real, pero es promovida de oficio por el propio magistrado inquirente mediante el eventual concurso de una denuncia secreta. Se convierte en acusador y juez. Crea órganos permanentes para investigar y perseguir los delitos.

c) El juez tiene un poder absoluto de impulsión del proceso e investigador de la verdad; es el director único de aquél, mientras el acusado sufre torturas y carece total o parcialmente de defensa.

ch) La prisión preventiva e incomunicación del imputado es una regla sin excepción.

d) En la valoración de la prueba rige el sistema legal o positivo.

3. El sistema mixto.

Este sistema, cuyos orígenes pueden remontarse en el Derecho romano imperial, realmente fue organizado por el Código de Napoleón de 1808 y modificado en cuanto a la instrucción por las legislaciones modernas de Europa continental, durante la segunda mitad del siglo pasado. Constituye una reunión o yuxtaposición de elementos acusatorios e inquisitivos, aunque prevalecen los primeros. Varía según la mayor o menor influencia de los opuestos principios que lo nutren, pero responde a la idea básica de dividir el proceso en dos etapas distintas, la primera de las cuales —de investigación o instrucción— sirve para preparar la segunda. Sea, para dar base a la acusación propia del verdadero juicio, la etapa plenaria. Se caracteriza porque, como en el sistema inquisitivo, la investigación y persecución de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los delitos representa una función pública, que el poder organizado no abandona a la iniciativa de los particulares; pero al mismo tiempo como en el proceso acusatorio, no es una función del juez. El Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte y con ello peligraría la objetividad de su juicio. El juzgador no procede de oficio, sino que el proceso —y a través de él la imposición de la pena— está condicionado por una acusación. Pero el Estado no se desinteresa de la función de acusar y le da tal potestad a otro órgano suyo: El Ministerio Público, adscrito entre nosotros al Poder Judicial.

Los principales caracteres del sistema mixto son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida, durante la instrucción por un juez técnico, y durante el juicio por un tribunal popular (jurado) o técnico. Hay separación entonces de la función de investigación y acusación y la de juzgar. Los jueces que fallan no tienen intervención en la instrucción y para que haya juicio y eventualmente condena, es preciso que exista acusación.

b) La acción penal es ejercida por un órgano estatal, el Ministerio Público, aunque en algunos países se acuerda también al damnificado el derecho de acusar; y éste puede ejercer la acción civil resarcitoria que se basa en el delito.

c) La situación de los sujetos procesales es distinta en las dos etapas del proceso: durante la instrucción, el juzgador es el director de la investigación, mientras el agente fiscal y las partes solo pueden proponer pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos.

ch) En cuanto a la valoración de la prueba, rigen los sistemas de íntima o de libre convicción, según actúe, respectivamente, un tribunal popular o técnico.

d) El procedimiento varía fundamentalmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción es escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio; durante la etapa del juicio, el procedimiento es oral, público, contradictorio y continuo y se rige por el principio de inmediación de la prueba. La sentencia depende de la apreciación por el juez (no sometida a regla legal alguna) de lo realmente hecho y dicho ante él.

Nuestro Código de Procedimientos Penales vigente está inspirado en el sistema mixto, pues de sus distintas disposiciones se desprenden todas y cada una de las anteriores características propias de ese sistema. Pero como hemos dicho, la intervención y participación del ofendido en el proceso penal, no sólo depende del sistema imperante en esa materia, sino también de la naturaleza propia de la acción a la cual da lugar un hecho punible. Sobre este particular nos referiremos a continuación.

B. Acciones que nacen del hecho punible.

Sabemos bien que actualmente todas las legislaciones aceptan que cualquier infracción a la ley penal da lugar a una acción mediante la cual, debidamente ejercitada en un proceso concreto, se pueda aplicar a su infractor, el sufrimiento de una pena. Este tipo de acciones, según su titular e intereses tutelados, se dividen en: acción pública, acción pública dependiente de instancia privada y acción privada. El ejercicio de la acción penal pública —incluso la dependiente de instancia privada— corresponde a un órgano especializado, a quien la ley entre nosotros, le ha dejado el monopolio en ese sentido (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales). El ejercicio de la acción penal privada corresponde al particular ofendido, pues es a él a quien le pertenece (artículo 5 citado y 428 y siguientes de ese Código). También las legislaciones disponen que además de esa acción penal, la infracción puede dar origen a una acción para la reparación del daño causado, o acción civil, cuando ese daño pueda ser apreciado pecuniariamente, caso en el cual existe la obligación de repararlo por quien lo ha causado. Es decir, que conjuntamente con el "daño público" que causa la infracción a la sociedad y que justifica su castigo —penalmente considerado— a su autor por dicha sociedad, también existe un daño privado causado directamente al ofendido como resultado de la infracción cometida en su contra. Sin embargo, esta solución no fue sino la consecuencia final de la evolución del Derecho a través de la historia. En sus orígenes, nuestras civilizaciones primitivas únicamente conocían una represión de carácter vengativo. Antiguamente la venganza privada era el único medio de hacerse justicia. El individuo que sufría un daño personal o en sus bienes, castigaba al autor él mismo —mediante la fuerza— produciéndole un daño, incluso mayor en un principio y similar después, con la aparición de la Ley del Talión. Lo importante en todo caso era reparar la ofensa mediante la fuerza, en el cual el deseo de defensa para impedir nuevos hechos, era más importante que el deseo a la reparación. Posteriormente ya no es el individuo quien se hace justicia por su propia mano, sino que nacen otros órganos, de carácter público, para decidir el conflicto, pero actuando únicamente como árbitros pasivamente, para tomar la decisión final. A partir de este momento es que se reconoce

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que es al Estado a quien pertenece la facultad de castigar al autor de una infracción. Concomitantemente se estimó, esto durante el sistema acusatorio, que el particular únicamente lo que tenía era un derecho de accionar para solicitar la intervención del Estado en ese sentido, y solamente él —el particular— podía accionar e iniciar el proceso y no el Estado de oficio. Posteriormente y durante el sistema inquisitivo, ese "accionar" pasó a manos del Estado, para dar paso luego al denominado sistema mixto, en el que ese mismo derecho se delegó a un órgano especializado, el Ministerio Público, pero estrictamente para los delitos de acción pública, pues había otros en los que ese accionar quedaba supeditado a la voluntad del ofendido (delitos de acción pública dependiente de instancia privada) y aun otros en que esa acción se dejó íntegramente en manos del particular, la cual le pertenecía (delitos de acción privada), en los cuales sólo ese particular ofendido y mediante un procedimiento especial, puede iniciar y concluir el proceso y en los que el Ministerio Público no tiene participación alguna.

Conviene ahora analizar cuál es la participación que tiene el ofendido en el proceso penal, según sea la naturaleza de la acción a la cual da lugar un determinado hecho punible.

1. Delitos de acción pública.

Tenemos claro que lo que primitivamente fue un derecho del ofendido, hoy constituye, salvo excepciones, una función pública que el Estado confiere a un órgano específico: El Ministerio Público y sólo cabe discutir, exceptuando ese reducto excepcional de las "acciones" privadas, si a los particulares —entre ellos al ofendido— se les debe permitir que concurran con aquél en el ejercicio de la acción penal.

El fundamento del ejercicio de la acción penal pública en manos de un órgano estatal como lo es el Ministerio Público, estriba en que el delito es un hecho contrario a las condiciones fundamentales de la convivencia colectiva, por lo que no es posible confiar enteramente la acción penal a los particulares.

Por regla general, aún entre nosotros, todo delito da lugar a una acción pública, salvo las excepciones del artículo 81 del Código Penal, que enumera cuáles son de acción privada, y las del artículo 81 bis de ese Código, que establece cuáles son las de acción pública perseguibles sólo a instancia privada.

En lo que se refiere a la acción penal pública y conforme a los postulados del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, ésta será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público. Esto es lo que se ha denominado el monopolio de ejercicio de la acción penal pública en manos de esa institución. Significa también que el particular, incluido el ofendido, en los delitos que dan lugar a una acción de esa naturaleza, no tiene el poder de ejercitar al órgano jurisdiccional, sino que ésta es una potestad exclusiva del Ministerio Público y consecuentemente en tales delitos, el ofendido no tiene participación alguna en el proceso y a quien únicamente la ley le confiere el derecho de denunciar tales delitos (artículo 152 del Código de Procedimientos Penales).

No obstante esa situación, la ley le confiere al particular ofendido en nuestra legislación, una serie de garantías. A saber, que el Ministerio Público deberá ejercitar ese tipo de acción, aun de oficio y que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar y además, de que esa institución siempre está obligada a actuar, salvo las excepciones que la misma ley le acuerda en ese sentido. Es decir, que entre nosotros rige lo que se denomina "el principio de legalidad" y no de oportunidad en ese aspecto, propio de otras legislaciones (por ejemplo la francesa), conforme al cual y en ciertas circunstancias, el Ministerio Público puede negarse a actuar.

Para justificar la intervención del órgano estatal en este tipo de delitos se aduce que en el área del Derecho Privado la acción es el poder jurídico, que pertenece al sujeto a quien inmediatamente le interesa la observancia de la ley, y de requerir su actuación en el caso concreto —limitándose el Estado a prevenir, disponer y garantizar los medios para que el Derecho se realice. Sea a ejercitar el poder jurisdiccional—. En el campo del Derecho Penal, en cambio, el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diversos modos: Antes de la infracción, con medidas de prevención o de policía tendientes a impedirla; después que se presume cometido el delito, con una compleja actividad en todo aspecto y momento dirigida a actuar el Derecho. Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación y de la acusación, asumiendo así la triple función que la naturaleza pública del Derecho Penal le impone. Ello no impide y habida cuenta de los intereses tutelados para cierto tipo de delitos, que la actividad procesal necesaria para el juzgamiento de los mismos, quede en manos del particular ofendido (delitos de acción privada), a quien enteramente le pertenece, teniendo un poder absoluto de disposición de la acción, a la cual da lugar ese tipo de delitos. Para otro tipo de ellos la actividad procesal queda condicionada a la decisión inicial del ofendi-

do, quien es el que decide su juzgamiento o no (delitos de acción pública pero de instancia privada).

Si bien el sistema de la oficialidad, ligado al de la legalidad es el que impera entre nosotros para el caso de delitos de acción pública, cuyo ejercicio se deja en manos de un órgano estatal, como lo es el Ministerio Público, en que el ofendido no tiene participación alguna en el proceso, desde el punto de vista penal, en otras legislaciones la solución es diferente.

En efecto, vemos que en España existe la denominada "acción popular", para los delitos de acción pública, cuyo ejercicio puede hacerlo cualquier ciudadano, independientemente de la actuación del Ministerio Público a quien también le compete tal ejercicio, gozando además de una participación activa en el proceso. En Francia el ofendido puede ejercitar la acción pública penal y dar inicio con ello al proceso, cuando se constituya en parte civil. La solución en Alemania es muy particular y en ella también el ofendido tiene una activa participación en el proceso. Sobre esto nos ocuparemos más adelante.

Para justificar la participación del ofendido en el proceso, en su aspecto penal y por delitos de acción pública, se sostiene que él tiene un derecho en ese sentido y por tanto le debe corresponder la facultad de hacerlo valer, pero no se puede negar que el delito es un atentado al orden jurídico social, un ataque al Estado, de modo que éste es realmente el ofendido y el titular de la pretensión represiva emergente del delito y esto por el carácter eminentemente público del Derecho Penal. El único derecho que tiene el particular ofendido es el derecho al resarcimiento del daño que le causare el delito, y su reconocimiento le abre también acceso al proceso penal, pero sólo mediante el ejercicio de la acción civil resarcitoria del daño privado.

El delito es una violación al Derecho Público, en cuya defensa debe ocurrir el Estado. Si la represión no puede ser concebida hoy como el medio de satisfacer la venganza pública, menos puede pensarse en autorizar la vía de una venganza individual. Quien crea que el ofendido acusa en nombre de un interés público o en defensa de la colectividad, y no en un movimiento instintivo de venganza y de réplica a la ofensa recibida, pone su ingenuidad al servicio de una causa noble: cree que de ese modo se favorecerá la actividad del órgano específico que el Estado ha instituido para demandar la justa actuación de la ley. Es evidente que la imparcialidad y objetividad que caracterizan al Ministerio Público, en su afán de búsqueda de la verdad real, deben asegurarse mediante su independencia y que las deficiencias en su actuación, deben ser reparadas por una organización adecuada que lo convierta en un órgano eficaz de la justicia y la ingerencia del particular ofendido da lugar a una serie de inconveniencias prácticas dentro del proceso.

Es evidente el carácter representativo del Ministerio Público quien actúa a nombre y en defensa de la sociedad, quien es la fundamentalmente lesionada por el delito, por ello y con justa razón, negar que los particulares, incluso el ofendido, tengan derecho a lograr el castigo del delincuente, significa rechazar que sean titulares de la pretensión punitiva. Ésta solo pertenece al Estado como tal. El único derecho que realmente tiene el ofendido —repetimos— acordado por la ley civil, es el de ser indemnizado por los daños que el delito le cause. De manera que sólo en la medida en que para demostrar ese aspecto, deba intervenir en la existencia del delito, es que se justifica su presencia en el proceso penal.

Dentro de este orden de ideas, veremos entonces cuál es la intervención que en el aspecto penal tiene el ofendido en el proceso por delitos de acción pública: su situación como denunciante.

a. El ofendido denunciante.

Dispone el artículo 152 del Código de Procedimientos Penales que toda persona que tenga noticia de un delito de acción pública podrá denunciarlo al juez de instrucción, al agente fiscal o a la policía judicial, salvo que la acción dependiere de instancia privada, en cuyo caso solo podrán hacerlo determinadas personas. Es evidente que al establecer el Código la posibilidad de que "toda persona" pueda denunciar un delito de acción pública, entre ellas se encuentra incluido el ofendido, sea la víctima del delito. Si bien la denuncia implica el poner en conocimiento de la autoridad competente la realización de un presunto hecho delictivo, a los efectos de que el Ministerio Público ejercite ante el órgano jurisdiccional correspondiente la respectiva acción pública proveniente de ese hecho, no todos esos actos "de poner en conocimiento", constituyen una denuncia en el sentido estricto que la ley le da.

Estrictamente denunciante es toda persona que cumpliendo con las formalidades legales, transmite a la autoridad competente, el conocimiento de un hecho considerado delictuoso, para que el órgano público correspondiente ejercite la acción penal pública proveniente de tal hecho. No es un simple informante de un hecho a quien se le autoriza a actuar sin responsabilidad alguna, a pesar de que éste pueda también "con su notitia criminis", desencadenar la realización efectiva de la justicia penal, provocando la actuación de oficio de los órganos públicos. Algunos autores estiman que el denunciante debe

ser "penalmente imputable" como elemento necesario para contribuir a la seriedad del procedimiento. Nuestra legislación no exige expresamente tal condición, pues como vimos, el citado artículo 152 habla de "Toda persona" que tenga conocimiento de un delito de acción pública, podrá denunciarlo, la cual podrá presentarse en forma escrita o verbal; personalmente o por mandatario especial, en cuyo caso deberá acompañarse el poder. Si es verbal se extenderá un acta en los términos y con las formalidades que establece la ley, siendo necesario por parte del funcionario, comprobar y hacer constar la identidad del denunciante (artículo 153 del Código de Procedimientos Penales).

Sin embargo sí se exige un determinado contenido. La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal (artículo 154 C.P.P.). Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil (el ofendido o heredero), podrá manifestar si delega esa acción en el Ministerio Público (artículo 154 en relación con el artículo 10, inciso 1) C.P.P.).

El denunciante constituye entonces un colaborador del proceso, pues proporciona a la autoridad un conocimiento sobre lo que él ha percibido; le da noticia sobre la posible comisión de un hecho delictivo y con ello desencadena —insta— la primera actividad procedimental en procura del proceso, por lo que su actividad es previa a la realización de la justicia; se agota en un solo acto y no se proyecta durante la tramitación de la causa, sin perjuicio de la posibilidad de ser el denunciante llamado a declarar como testigo ante el juez para ratificar o ampliar su denuncia. Su actuación provoca o tiende a provocar el ejercicio de la acción penal por el órgano público titular de ese poder, a fin de que se promueva el proceso o para que actúe inmediatamente de promovido según los casos. El denunciante está excluido de ese ejercicio en forma absoluta, porque si lo tuviera se convertiría en acusador. Esto no impide, como lo adelantamos, que el denunciante sea el propio ofendido por el hecho del cual adquiere conocimiento. Lo mismo sucede con la persona damnificada, primero puede denunciar el hecho y después constituirse en actor civil dentro del proceso, o delegar el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público.

En términos generales la ley no obliga a nadie a denunciar un delito de acción pública. Ello constituye una facultad de cualquier persona (art. 152 C.P.P.). No obstante esta regla tiene su excepción. En primer lugar existe "prohibición de denunciar" en razón del parentesco, como "obligación de denunciar" en razón del cargo que se ocupe al momento de tener conocimiento del hecho. Ambas situaciones tienen su excepción también. En efecto, por un lado nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante, o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al grado de parentesco que lo liga al denunciado (art. 155 C.P.P.). Por otro lado, tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2) los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional (art. 156 C.P.P.).

En lo que se refiere a la intervención del denunciante en el proceso penal, nuestro Código de Procedimientos Penales establece expresamente que él no será parte en dicho proceso (art. 157). Esto obviamente comprende al propio ofendido, cuando ha sido él quien ha denunciado el hecho como cometido en su perjuicio; a menos y como se dijo, que se constituya en actor civil, sea delegando su ejercicio en el Ministerio Público al interponer la denuncia o él directamente luego de iniciado el proceso. De ello se evidencia que la denuncia es un acto único, en la cual la intervención del denunciante finaliza una vez realizada, por lo que la situación que se puede presentar posteriormente en cuanto a que se le llame a ratificarla o ampliarla, o para que declare como testigo, o para que participe en ciertas diligencias —reconocimientos, reconstrucción de hechos, etc.— ello tampoco le confiere la calidad de parte en el proceso, sino que se trata de un elemento probatorio, como cualquier otro dentro del mismo. Consecuentemente, el tribunal no tiene obligación alguna de atender sus gestiones y peticiones. Al denunciante, aun tratándose del ofendido, no se le notifican las resoluciones que se dicten en el transcurso del proceso; no puede establecer recursos contra ellas y en general no tiene ninguno de los derechos y obligaciones que la ley acuerda "a las partes" del proceso. El denunciante es un extraño a él. Habrá situaciones en que el denunciante ofendido, sin admitírsele la calidad de parte, puede coadyuvar con la investigación del hecho. Tal sería el caso en que aporte algún tipo de prueba y el tribunal, estimándola pertinente la acoja, pero esto en razón de la actividad propia de la autoridad que conoce del hecho, que es la investigación del mismo, pudiendo haber actuado de la mis-

ma manera si el conocimiento de esa prueba lo tiene por otros medios o personas. Podrá el denunciante ofendido solicitar al tribunal la devolución de la cosa u objeto del delito que le pertenezca. Pero salvo estas especiales y limitadas intervenciones —si es que se pueden llamar así— ninguna otra tiene el denunciante ofendido dentro del proceso en su aspecto penal.

Consecuencia de lo anterior lo constituye la circunstancia de que el denunciante —incluso si es el ofendido— no incurre con su denuncia, en responsabilidad alguna, salvo cuando sus imputaciones fueren falsas o calumniosas (art. 157). De ser así, su proceder eventualmente daría lugar a un proceso en su contra por delitos de denuncia calumniosa, calumnia real, o simulación de delito, según el caso, previstos y sancionados por los artículos 317 y 318 del Código Penal; delitos en los que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en virtud de la actitud irresponsable del denunciante que irregularmente y de manera dolosa, pone en movimiento innecesariamente un proceso, engañando y burlando con ese proceder a las autoridades, pudiendo causar con ello grandes daños, no sólo a una o varias personas en particular, sino también a la administración de justicia en general.

Veremos a continuación cuál es la situación del ofendido en el proceso, cuando se trata de delitos de acción pública dependientes de instancia privada.

2. *Delitos de acción pública dependientes de instancia privada.*

Dispone el artículo 6 del Código de Procedimientos Penales que cuando la acción pública dependa de instancia privada, como el estupro y la sodomía, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito, o en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla, pudiéndose proceder de oficio en los casos previstos por el Código Penal.

Es el Código Penal el que enumera cuáles son los delitos que tienen esa particularidad. Así, el artículo 81 bis establece que "Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada: a) El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación, en ésta cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se trate de uno de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 156; b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no concurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 (circunstancias de agravación o calificación por razones de parentesco, daños en la víctima, etc.); c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las Secciones IV y V del Título VII, Libro II (estafa y otras defraudaciones, administración fraudulenta, etc.); y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente, o descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sean cometidos por el bienhechor, en perjuicio de su protegido; y ch) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales.

Para proceder en estos delitos, determina el mismo artículo, se necesita la denuncia hecha por el ofendido, o en caso de muerte de éste, por sus herederos legítimos; o bien, cuando estuviere imposibilitado física o legalmente para formularla, por sus representantes o el guardador, en orden excluyente. Si el ofendido no tuviere quien lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto, el Ministerio Público procederá de oficio a instaurar la acción, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien también podrá denunciar el hecho punible ante los tribunales.

Hemos visto que una de las características principales de todo delito de acción pública es el de que cualquier persona pueda denunciarlo ante la autoridad competente, para que luego el Ministerio Público obligatoriamente ejercite dicha acción y se inicie así el respectivo proceso y que aun ese órgano pueda actuar de oficio, todo en razón del "daño social" que los delitos de esa naturaleza producen a la sociedad. Sin embargo, la ley también ha dispuesto conforme a las normas ya citadas que ciertos delitos y en determinadas situaciones, únicamente pueden dar lugar a dicho proceso, sólo si el ofendido de ellos directamente, u otras personas u órganos en su representación en orden excluyente, formulan la respectiva denuncia y sólo con base en ella el Ministerio Público queda autorizado para ejercer la respectiva acción, negándosele la posibilidad de actuación, tanto a otras personas para que lo denuncien, como al Ministerio Público para que actúe de oficio.

En defensa de esta nueva modalidad "de instar", es decir, de llevar al conocimiento de la autoridad competente —sea de denunciar— ese otro tipo de delitos, que la misma ley enumera taxativamente, se aduce que si bien los mismos dan lugar a una acción de carácter público (con lo cual se admite que ellos también lesionan intereses de la sociedad), en realidad existe un interés preponderante del particular ofendido, por lo que es éste y ninguno otro,

quien debe decidir si denuncia ese hecho cometido en su perjuicio o no. Estimándose que más grande sería eventualmente el daño que se le causa, si en todos los casos y por cualquiera otra persona u órgano del Estado, se autorizara esa promoción de la acción. Por esa razón, sabiamente, la ley ha incluido dentro de ellos, ciertos delitos de carácter sexual y en determinadas circunstancias (como se vio), así como ciertos delitos contra la propiedad cometidos en perjuicio de un pariente cercano. Considerándose para los primeros, que más se perjudicará al ofendido al verse envuelto en un proceso, con la consiguiente publicidad que ello conlleva, que al propio imputado al castigársele por el hecho cometido. En cuanto a los segundos se considera que es más importante para la sociedad proteger la relación familiar (pues se incluyen en razón del parentesco y por la poca gravedad de los mismos), que castigar al delincuente. Interesa más, según estos criterios —que son los que prevalecen— proteger a la víctima y esa relación armónica entre los parientes, que castigar al victimario. De manera que si por cualquier razón se iniciare un proceso por ese tipo de delitos, por persona no autorizada legalmente para "promover la acción", el mismo sería nulo, porque no fue válidamente iniciado. Igual sanción se aplica para el evento de que sea en el transcurso de él que se llegue a determinar que el delito que se conoce "es de instancia privada" y no fue iniciado debidamente por la persona autorizada. En estas situaciones "la inadmisibilidad de la promoción" podrá ser declarada de oficio por el tribunal o alegada por el Ministerio Público o las partes mediante la excepción (dilatoria) de falta de acción por no haber sido ésta legalmente promovida y de declararse con lugar, se ordenará el archivo del expediente.

Si el proceso por el contrario fue "válidamente promovido" por la persona autorizada para hacerlo, a partir de ese momento, habiéndose levantado el obstáculo legal de promoción, dada también la naturaleza pública de la acción a que ese tipo de delitos da lugar, el ofendido (o sus representantes en su caso), automáticamente quedan desvinculados del mismo y no tendrán en él ulterior participación. Es decir que a partir de ese momento el proceso sigue el mismo curso que cualquier otro por delito de acción pública "pura y simplemente", en el que el denunciante, aún el mismo ofendido, no tiene intervención, ni es "parte" en dicho proceso, tal y como ya lo analizamos anteriormente y que resulta innecesario repetir ahora.

En este tipo de delitos y por razones obvias, el Ministerio Público también podrá actuar de oficio, pero únicamente en el caso de que el ofendido no tuviere quién lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien a su vez podrá denunciar el hecho punible ante los tribunales. En todo esto lo que se pretende es evitar la impunidad del hecho, pero aún así, se deja como una facultad y no como una obligación de denunciar, prevaleciendo siempre el interés del ofendido.

Como corolario a lo expuesto en relación con la participación del ofendido en el proceso en lo que se refiere a los delitos de acción pública y pública pero de instancia privada, vale la pena comentar que si bien es cierto que la ley no le da intervención alguna en él —en el aspecto penal— y que no tiene ningún tipo de disponibilidad de esa acción, ya que ésta y en cuanto a su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, "salvo disposición en contrario" (art. 5 C.P.P.), hay excepciones en las que de cierta manera, la voluntad del ofendido influye en el juzgamiento de esos delitos, sin que ello implique, repito, una estricta participación en el proceso. Me refiero en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Penal, el cual establece que también extinguen la acción penal o la pena, el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida, cuando éste es legalmente posible en los delitos contra la honestidad y no haya oposición de parte de los representantes legales de la menor y del Patronato Nacional de la Infancia. Otra situación es la que se presenta en cuanto al perdón judicial, que es el que dan en sentencia los jueces y que tiene como consecuencia la extinción de la pena. En efecto, de acuerdo con el artículo 93 del Código represivo citado, los jueces podrán decretar el perdón judicial del acusado en los siguientes casos (entre otros): a quien haya incurrido en los delitos de encubrimiento, hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, daños o lesiones leves, cuando lo solicite el ofendido que tenga lazos de parentesco cercanos o haya convivido maritalmente por un cierto tiempo; también al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquél lo soliciten (salvo oposición del Patronato si fuere menor) y lo mismo a los autores de estos últimos delitos cuando manifiesten su intención de casarse con la ofendida mayor de quince años y ella consienta y esté de acuerdo el Patronato Nacional de la Infancia, aun en contra del criterio de sus padres. En todo caso el perdón judicial no afecta la responsabilidad civil proveniente del delito.

Trataremos a continuación la situación del ofendido con respecto a los delitos de acción privada y en qué consiste la querella.

3. Delitos de acción privada: la querella.

Es el artículo 81 del Código Penal, al igual que algunas leyes especiales el que establece cuáles son los delitos de acción privada. Ese artículo dispone que son delitos de acción privada: la injuria, la calumnia, la difamación, el incumplimiento de deberes familiares en sus diversas formas y la propaganda desleal. De acuerdo con esa misma norma, estos delitos pueden ser perdonados por el ofendido o sus representantes legales. Si los ofendidos fueren varios, cada uno de ellos puede otorgar el perdón separadamente; y si los responsables fueren varios, el perdón otorgado a uno de ellos favorecerá a los demás, pero no producirá ningún efecto en quien se niegue a aceptarlo.

A su vez, el artículo 80 de ese Código indica que la acción penal y la pena se extinguen, entre otros motivos, por el perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

Por su parte el último párrafo del artículo 6 del Código de Procedimientos Penales prevé que la acción privada se ejercerá por medio de la querella, en la forma especial que ese Código establece (artículos 428 y ss.).

Todo el contenido de las anteriores disposiciones pone de manifiesto que los llamados delitos de acción privada tienen en nuestra legislación —al igual que prácticamente en todas las demás— un trato diferente a los de acción pública y sobre ello nos ocuparemos de seguido.

Diametralmente opuestos son los criterios y fundamentos que justifican la existencia de la acción penal privada proveniente de un determinado delito, en relación con los ya examinados sobre la acción penal pública.

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

La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustantivo que la ley le confiere: el de provocar la represión con exclusión de toda otra persona.

Ante esa situación la ley procesal únicamente puede regular la manera en que este derecho puede ser ejercido, que es mediante la querella (art. 6 C.P.P.) y conforme al procedimiento especial que la misma ley prevé (arts. 428 y ss.).

a. La querella: concepto:

La querella es pues el medio procesal por el cual se debe ejercitar la acción penal privada, siempre y cuando se presente en la forma y con el contenido que la ley exige, ante el tribunal competente para conocer de ella (arts. 428 y 431) y está sujeta a un procedimiento especial, cuyas características principales lo constituyen la circunstancia de que en él no se da la fase de instrucción —formal o sumaria— propia de los delitos de acción pública y además, que en ese procedimiento no tiene intervención alguna el Ministerio Público. El ofendido ocupa su lugar de acusador. Es en este tipo de delitos en los que el particular ofendido tiene entonces en el aspecto penal, una activa y esencial participación, por constituir una de las partes principales del proceso y le corresponde, por ser el titular de esa acción y único acusador, la demostración de la existencia del delito y la culpabilidad de su autor en él. No obstante, también puede participar en ese proceso como actor civil, demandando la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios que se le hubieren causado (art. 428).

b. Forma y contenido de la querella. Facultad de disposición de la acción.

La querella deberá ser presentada personalmente o por medio de mandatario con poder especial, por escrito y con una copia para cada querellado y tiene necesariamente que contener, bajo pena de inadmisibilidad, los siguientes requisitos: a) el nombre, apellidos y domicilio del querellante y en su caso, también los del mandatario; b) el nombre, apellidos y domicilio del querellado, o si se ignoraren, cualquier descripción que sirva para identificarlo; c) una relación clara, precisa y circunstanciada

del hecho, con indicación del lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere; ch) si se ejerciere la acción civil, la solicitud concreta de la reparación que se pretenda, de acuerdo con el artículo 57; d) las pruebas que se ofrezcan, acompañándose: 1) la nómina de los testigos, con indicación del nombre, apellidos, profesión, domicilio y hechos sobre los cuales deberán ser examinados; y 2) cuando la querella verse sobre calumnias, injurias o difamaciones, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; e) la firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere o pudiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el secretario, o debidamente autenticada por un abogado (art. 431).

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del tribunal, en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales (art. 432).

El querellante podrá desistir de su acción expresamente en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores (art. 433). Esta norma pone de manifiesto la posibilidad de disposición que el ofendido tiene de la acción privada. A él le pertenece enteramente.

No obstante, la ley también prevé situaciones en las cuales dicha acción se tendrá por desistida: es el caso del denominado desistimiento tácito, que es una especie de sanción hacia el ofendido querellante, cuando no mostrare interés en la debida tramitación de la causa. Dicho desistimiento opera, si el procedimiento se paralizare durante un mes por inactividad del querellante o su mandatario, y esto no lo instaren dentro del tercer día de notificárseles el decreto, que se dictará aun de oficio, por el cual se les prevenga el motivo de su silencio; cuando el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación, si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquélla; cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciera ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad (art. 434).

Cuando el tribunal declare extinguida la pretensión penal por desistimiento —expreso o tácito— del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido, a este respecto, otra cosa (art. 435).

c. El procedimiento.

El procedimiento que como hemos dicho, carece de la etapa de investigación previa, propia de los delitos de acción pública, consta básicamente de dos etapas; una inicial de conciliación, con la cual eventualmente concluye el proceso y la otra, de continuarse el mismo, consiste en el juicio propiamente dicho. De ello se desprende que el tribunal competente para conocer y resolver los asuntos por delitos de acción privada es un tribunal de juicio, que entre nosotros lo es el juez penal. Existe una excepción sobre este particular y la es de que en tratándose de los delitos previstos y sancionados por la Ley de Imprenta, que también son de acción privada, su conocimiento compete a la Sala Tercera de Casación Penal y mediante otro procedimiento específico que esa misma ley prevé.

Pues bien, presentada la querella ante el juez penal, de cumplir con los requisitos exigidos, él convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso (art. 436). No obstante, cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado o conseguir la documentación (art. 437).

Cuando las partes lleguen a un acuerdo y se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas respectivas estarán a cargo de cada una de ellas, salvo que convengan otra cosa. Tratándose de injuria, calumnia o difamación, si el querellado se retracta en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el tribunal estime adecuada (art. 438). El tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previa información sumaria y después de recibir su declaración, solamente cuando, además de concurrir los requisitos previstos en los artículos 286 y 291, lo cual resulta difícil por las penas tan bajas y a veces tan sólo de días multa, con que se castigan esta clase de delitos. Pero tal medida se tomará cuando hubiere motivos graves para creer que tratará de eludir la acción de la justicia. Cuando el querellante ejerza la acción civil, podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, sin necesidad de hacer depósito alguno (art. 439).

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación, o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca pruebas con arreglo al

artículo 431, inciso 5) (ya visto), sin perjuicio de que el querellado, dentro de ese término, oponga excepciones previas, incluso la de falta de personería (art. 441).

Una vez vencido el término de citación a juicio, o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del proceso, se fijará día y hora para el debate y para lo cual rigen las mismas normas de designación de vista del juicio común. El acusador privado deberá depositar los viáticos de testigos, peritos e intérpretes que residieren fuera del sitio del que se realizará el debate (arts. 354, 355, 358, 442).

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones que rigen para el juicio común, en el que el querellante tendrá las mismas facultades y obligaciones que corresponden al Ministerio Público, en los casos en que éste debe intervenir. Esto quiere decir que el querellante puede establecer incidencias, recursos, interrogar al acusado, testigos y peritos, ofrecer nuevas pruebas para mejor resolver y emitir conclusiones. El querellante deberá actuar con patrocinio letrado, es decir, que deberá representarlo un abogado.

El artículo 443 dispone que el querellante podrá ser interrogado pero no se le requerirá juramento. Tal prohibición en realidad no tiene una clara justificación, pues en tratándose del ofendido, es él quien mejor podrá informar sobre la existencia de los hechos. En todo caso, en cuanto a las consecuencias prácticas de esa situación, consideramos que en realidad no hay ninguna, pues a pesar de que no se le juramenta, el tribunal mantiene su potestad de valorar su deposición de la manera que mejor estime y todo conforme a las reglas de la sana crítica, que es el sistema de valoración de prueba vigente entre nosotros (art. 393, párrafo 2). Tampoco incide la no juramentación del querellante en cuanto a que eventualmente se le exija responsabilidad por falso testimonio, ya que el artículo 314 del Código Penal, que es el que prevé y sanciona esa figura, no establece, dentro de los elementos constitutivos del tipo, la juramentación del testigo (esa sería la calidad del querellante ofendido), exigiéndose tan sólo que la falsedad sea hecha ante autoridad competente. La única importancia de la no juramentación del querellante ofendido sería en el caso de acumulación de causas por ofensas recíprocas (calumnia, injuria o difamación), pues en ese supuesto, el ofendido sería a la vez acusado y es obvio que a éste no se le juramenta.

Si el querellado o su representante —cuando esto último pueda darse (art. 86), para los delitos castigados sólo con días multa— no comparecieren al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 362 (acusado ausente del debate) y 364 (fuga del acusado).

Finalmente, la sentencia en este tipo de juicios por acción privada será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias, injurias o difamación, podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido, (artículo 445) y en cuanto a recursos, también se aplicarán las normas comunes (artículo 446).

Queda clara entonces la absoluta y plena intervención que tiene el ofendido en la promoción, ejercicio de la acción y participación en el proceso, en los delitos de carácter privado, lo que no ocurre en aquellos de acción pública, ni en los de acción pública de instancia privada.

Sin embargo y como ya lo hemos adelantado, en otras legislaciones se dan soluciones diferentes en lo que se refiere a la participación del ofendido en el proceso penal, en lo que atañe a delitos de acción pública. Conviene por eso referirnos sobre ese particular, haciendo un especial comentario a lo dispuesto por la legislación alemana, en lo que se podría llamar la intervención en el proceso del acusador adjunto.

C. Participación del ofendido en el Proceso Penal Alemán: El acusador adjunto.

Se ha justificado la presencia del ciudadano particular —entre ellos al ofendido— dentro del proceso, aun en los delitos de acción pública, por razones de índole política, en cuanto a que él es parte de la colectividad en la cual reside la soberanía y todos son damnificados porque el delito ataca el orden social, por lo que debe tener el derecho de demandar justicia en nombre y representación de la sociedad, conjuntamente con el Ministerio Público, retomando la parte de poder político que le corresponde. Y en el caso del ofendido directamente, porque no es posible desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable. Ya hemos visto que la tendencia actual, por el contrario, es la de excluir al particular de esta intervención, en virtud de que el delito es una violación del derecho público, en cuya defensa debe ocurrir el Estado, a través de un órgano especializado: el Ministerio Público.

Sin embargo existen legislaciones actualmente en las que si bien se admite la existencia de ese órgano acusador oficial —por así decirlo— también se permite la presencia del particular —incluyendo al ofendido— para que "coadyuve" o forme una especie de "litis consorcio" con ese órgano, o se pueda "adherir" a éste en el proceso, otorgándosele el

derecho de intervenir junto a él, como ocurre en Alemania.

Los sistemas como el francés o el italiano, no conocen más acusación que la del órgano público —monopolio del Ministerio Fiscal—, el cual ejercita la acción incluso cuando para proceder se requiere la instancia del ofendido (que es el caso nuestro).

En España todos los ciudadanos españoles —hayan sido ofendidos o no por el delito— pueden ejercitar la acción penal (pública), con arreglo a las prescripciones de la ley (es el principio de la acción popular), sin que se excluya la acción oficial del Ministerio Público.

En el proceso penal alemán el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción. No obstante, sin que se admita la acción popular (ni la particular en sentido estricto), en ese país la participación activa del ofendido por el delito no está totalmente excluida, pues puede en determinados casos ocupar la posición procesal de actor privado, actor accesorio o actor civil. La posición del ofendido en el proceso penal ha tomado gran interés en dicho país últimamente. Veremos en qué consiste.

a. El actor privado.

El origen de la acción privada —se dice— estriba en otorgar una mejor protección al ofendido por el delito ante la posibilidad de una denegación de justicia, pero no ante cualquier delito, lo que implicaría la consagración de la acción popular española, lo que no se admite en Alemania. Consiguientemente, sin reconocer una acción privada paralela o supletoria, sino tan sólo para aquellos delitos que impliquen una ofensa, una lesión corporal o que sean perseguibles mediante la solicitud penal. Aunque este tipo de acción recuerda en algo a un proceso de partes, en realidad no se trata de ese tipo de proceso, pues permanecen en cualquier momento las potestades inquisitivas del tribunal. Por medio de la acción privada solo pueden perseguirse delitos leves, castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año.

Cabe destacar que en esa legislación el ejercicio de la acción privada no excluye en absoluto el ejercicio de la acción pública, pero es presupuesto para que ésta pueda ser ejercida por el Ministerio Público, que exista interés público en su ejercicio. Pero de proceder a accionar, no lo hace con carácter subsidiario. Más bien, si el Ministerio Público acciona, el actor privado deja de serlo como tal, para pasar a ocupar la posición de actor accesorio.

Tres son las personas legitimadas para accionar: a) el ofendido por el delito; b) sus herederos si muere una vez que ha accionado; y c) el representante del ofendido, si no fuere capaz civilmente para accionar. En cuanto al procedimiento, éste es similar al que se sigue por nosotros para los delitos de acción privada.

b. El actor accesorio.

El proceso de acción accesoria se creó en Alemania para que el ofendido pudiera ocupar la posición de participante penal en el proceso con el fin de velar por su satisfacción (reparación del daño) y controlar la actuación del Ministerio Público al respecto, tratándose de cualquier delito público. Se creó entonces con esa finalidad para que el actor privado, en los casos previstos por la ley, pudiera adherirse, con sus derechos netamente restringidos, a la acción pública ejercida por el Ministerio Público. Sin embargo en la práctica la acción accesoria se ha convertido en una forma de preparar un posterior proceso civil en demanda de reparación. El actor accesorio goza de todos los derechos del actor privado, pudiendo intervenir como tal las mismas personas que lo hacen en este último carácter. El actor accesorio no tiene que rendir una fianza, la que sí se exige al actor privado. La entrada en el proceso del actor accesorio se produce por la llamada declaratoria de adhesión, sobre la que tiene que decidir el tribunal, por medio del llamado "auto de admisión". Dicha admisión no influye en el desarrollo normal del proceso.

Es importante señalar que en cuanto a recursos, el actor accesorio podrá interponerlos, independientemente de que lo haga el Ministerio Público. Esta misma regla rige para el actor privado y ambos tienen en el proceso una activa participación, al igual que la tiene el Ministerio Público u otra parte del mismo.

La declaratoria de adhesión perderá sus efectos por muerte del actor accesorio o cuando sea revocada por el tribunal.

c. El actor civil (proceso adhesivo).

Esta es la tercera forma que tiene en el Derecho Procesal alemán el ofendido, para poder participar en él. Obviamente de que se trata de la misma solución nuestra en el sentido de que el ofendido puede participar en el proceso penal como actor civil, para reclamar en esa vía y conjuntamente con el desarrollo de ese proceso, todos los daños y perjuicios que el delito le ha causado. Sin embargo tiene ciertas particularidades que conviene resaltar. La solicitud de intervención en ese sentido puede hacerse por escrito u oralmente y tiene las consecuencias de una demanda civil ordinaria (ante un tribunal

civil). Sin embargo, cuando hay absolución del acusado, el tribunal penal no se pronuncia sobre esa demanda civil y al actor no se le concede el derecho de recurrir y la ejecución (civil del fallo penal), se ajustará a las disposiciones que rigen para la ejecución de sentencias en los procesos civiles. Es decir, que su ejecución no corresponde hacerla al juez penal, sino al civil.

Analizada ya la intervención del ofendido en el aspecto penal en un proceso de esa naturaleza, corresponde ahora referirnos a su participación dentro de él en su aspecto civil, sea como actor civil, para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el delito le produjo.

II. INTERVENCIÓN DEL OFENDIDO EN EL PROCESO EN EL ASPECTO CIVIL

Es conveniente primero —a nuestro juicio— hacer un breve desarrollo histórico del porqué las legislaciones modernas y entre ellas la nuestra, han llegado a la solución de permitir que el ofendido de un delito penal, pueda intervenir en la vía represiva, conjuntamente con el desarrollo del proceso en esa vía, en demanda del pago de los daños y perjuicios que ese delito le ha causado.

A. Breve desarrollo histórico.

Se sabe bien que actualmente las legislaciones están de acuerdo y aceptan que toda infracción a la ley penal da lugar, no solamente a una acción "para la aplicación de penas" o acción pública (o privada en su caso), sino que también y muy a menudo, produce el nacimiento de "una acción para la reparación del daño causado" o acción civil, cuando este daño puede ser apreciado en dinero, caso en el cual existe la obligación de repararlo. Así, al lado de un "daño público" causado a la sociedad y que justifica el castigo penalmente considerado de su autor por ella, también hay un daño privado causado directamente a la víctima como resultado de la infracción cometida en su contra.

Sin embargo, esta solución no fue sino la consecuencia de un periodo final en la evolución del Derecho a través de la historia. En los orígenes del Derecho en nuestras civilizaciones primitivas, únicamente se conocía una represión de carácter vengativo, por lo que la distinción entre la doble consecuencia de una infracción y sus correspondientes acciones —pública y civil— no existía como se admite hoy en día.

En un primer periodo la venganza privada era el único medio de hacerse justicia. El individuo que ha sufrido un ataque personal o sobre sus bienes, castiga al autor con la fuerza, produciéndole un daño, que era desproporcionado en un principio, pero análogo después, con la aparición de la Ley del Talión, según la cual el mal se paga con el mal, "ojo por ojo, diente por diente", de manera limitada. En todo caso, lo importante era reparar la ofensa con la fuerza, en que el deseo de defensa, evitando nuevos hechos, sustituía al de la reparación.

Algún tiempo después aparece "la composición" como un modo de hacer la paz entre las partes en combate. Era una especie de transacción mediante la cual la víctima —sea el ofendido por el delito— obtenía una indemnización del ofensor y era fijada libremente entre ellos, pero no tenía el sentido actual.

Un poco antes y como una limitación a la venganza privada, debido al progreso de las sociedades socialmente organizadas, es la colectividad ya quien va a impartir la justicia y no directamente el particular ofendido (sobre esto nos referimos al inicio del trabajo), pero solamente la iniciativa del ofendido podía iniciar el proceso, en el que el juez jugaba un papel de espectador, de árbitro, frente a las partes en combate y la composición, se convierte en legal y obligatoria, pero aún ejecutada por el ofendido. No se veía ninguna diferencia entre un proceso penal y un proceso civil y todos los intereses protegidos son aún particulares. El castigo de las infracciones era considerado como un asunto privado, en que el Estado únicamente intervenía para tomar la decisión en la cual no se distinguía la diferencia entre pena e indemnización. Ambas se confundían, porque la acción privada del ofendido perseguía la responsabilidad penal y civil a la vez. Esta es la situación que se encuentra en los pueblos bárbaros, germánicos y francos, en los primeros periodos de su evolución. Como lo dice Garraud, "Las legislaciones primitivas se caracterizan por la confusión entre los dos aspectos del Derecho que distinguimos hoy en día como resultados de un delito y a los cuales corresponden las dos acciones, pública y privada. Ellas sintetizan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. Se

ve primero en el periodo presocial, el individuo que se ocupa a la vez de indemnizarse, de vengarse y de defenderse. La colectividad no interviene. Luego, cuando el recurso a la justicia reemplaza el recurso a la fuerza, siempre es la víctima quien se hace rendir justicia. Esta confusión de la acción pública y la acción civil tiene dos consecuencias principales. El proceso mete siempre la presencia, de la víctima por un lado y del otro al acusado y su marcha es la misma de todo otro proceso. Tanto en lo civil como en lo penal, es un particular quien se queja de un daño personal y demanda su reparación. Dentro de esta concepción de las legislaciones primitivas, tanto el interés público como el interés privado deben ser satisfechos por la misma acción. El derecho a la venganza que es reconocido al ofendido, sirve de contrapeso a esta concepción bárbara del delito." (Garraud, René, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. Recueil Sirey. Paris, 1907, tome I., p. 150 (traducido por el suscrito).

Poco a poco y en una subsiguiente evolución del Derecho, motivado por la organización cada vez más compleja de la sociedad en que él se desarrolla, se constata que el deseo de venganza privada es sustituido por la idea de la venganza pública. El Estado comienza a comprender que en la infracción a la ley penal, más que un simple interés particular, existe una amenaza para el orden público y que es necesario intervenir en defensa de toda la colectividad. Así, al lado de una pena de carácter privado en favor del ofendido, era necesario imponer otra de carácter público al condenado, en nombre de la sociedad. Las penas privadas se convierten en penas públicas y el Estado se interesa ya por el castigo público de las infracciones. Fue en los pueblos germanos en que este cambio aparece: el "wergeld" que era una pena estrictamente privada, sufre una evolución y se va a convertir en una parte reservada al personero que ha impuesto la composición pecuniaria (fredum) y otra que es entregada al ofendido. Se ve ya la diferencia que posteriormente se va a precisar, entre "pena" propiamente dicha y "la indemnización" proveniente de la infracción. El "fredum" va a convertirse en una pena pública que el Estado podía directamente ejecutar a su beneficio, distinta de la otra parte privada de la composición destinada al ofendido, que va a tomar el sentido de una verdadera reparación patrimonial. Es así que finalmente se configura, de un lado la acción pública que pertenece a la sociedad para la represión de las infracciones aplicando una sanción y de otro la acción civil o de indemnización —de carácter privado— que es reservada al ofendido para la reparación del daño proveniente de estas infracciones. Garraud lo resume de la siguiente manera: "La evolución jurídica lleva, poco a poco, la sustitución de la venganza pública a la venganza privada y la distinción correlativa de la acción penal que es su expresión y de la acción de indemnización que permanece reservada al ofendido." (Garraud. Op. cit. Tome I, p. 150).

Durante todo este tiempo el Derecho romano evolucionó también en este sentido y es así que el Derecho Canónico a finales del Siglo XII, bajo las influencias romana y bárbara, va a tomar esa situación existente, la cual posteriormente es admitida por las diferentes legislaciones europeas, en las que la legislación francesa tuvo un papel muy importante.

En Francia la distinción entre acción pública y acción civil, que era sobre todo jurisprudencial antes, aparece en el Derecho Positivo, en las ordenanzas de Villers Cotterets de 1539 y se arraiga con la del año de 1670. Se define ya que en cada delito hay que distinguir dos intereses diferentes, el de la sociedad y el del ofendido, pero aún éste juega un papel de acusador y la intervención del Ministerio Público es subsidiaria al de la parte lesionada, quien en todo caso es el único titular para actuar si el delito es privado. Pero la parte civil únicamente podía demandar reparación.

Es el Código de Brumario del año IV, el que va a definir la separación de las dos acciones de manera clara. Como lo dice Garraud, "La acción pública, de acuerdo con el artículo 5, tiene por objeto castigar los ataques contra el orden social y pertenece esencialmente al pueblo y es ejercida en su nombre por funcionarios nombrados con ese fin. Y el artículo 6 define a la acción civil como aquella que tiene por objeto la reparación del daño que el delito ha causado y pertenece a los que han sufrido este daño. Si la vía represiva está abierta al ofendido es con la finalidad de procurarle la indemnización pecuniaria nacida de la infracción y no para el castigo del delincuente." (Garraud. Op. cit. Tome I. p. 152).

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 va simplemente a tomar la distinción ya hecha por el Código del año IV para consolidarla. Ese Código se inspira en la idea fundamental de la separación y de la independencia de las dos acciones, civil y penal, correlativas a la separación de los dos titulares que las ejercen, la parte privada y el Ministerio Público y los dos intereses a los cuales ellas corresponden, el interés privado y el interés social. Este Código entonces, consagrando la separación de las dos acciones, permitía al ofendido el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Esta es la situación actualmente existente en Francia.

Fue evidente la influencia que el Código francés de 1808 tuvo en las demás legislaciones europeas, las que inspirándose en él, acogieron su misma solución. Tal es el caso de la legislación española e italiana y bajo la influencia sobre todo de España, el Derecho patrio, tanto durante la colonia como luego en su vida independiente, tomó igual partido. Incluso el Código de Procedimientos Penales de 1910, disponiendo sobre la separación de las dos acciones, permitía el ejercicio de la civil dentro del proceso penal. Fue mediante las reformas que se dieron en el año 1937 en que dicha acción se sacó de ese proceso y los tribunales penales tan solo estaban obligados a condenar "en abstracto" sobre los daños y perjuicios, debiendo el ofendido recurrir ante los tribunales civiles, para que, mediante el trámite de ejecución de sentencia, hiciera ahí efectiva su reclamación. Bien sabemos que el Código de Procedimientos Penales que nos rige, bajo la influencia directa del Código de Córdoba, Argentina e indirectamente de la legislación procesal penal italiana, permite al ofendido, o a sus herederos en su caso, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, para reclamar los daños y perjuicios provenientes de un delito, los cuales, en ningún caso pueden ser acordados de oficio sino a petición de parte, mediante la respectiva constitución que como actor civil haga el titular de dicha acción. En este sentido seguimos los postulados de la denominada "Escuela Clásica" que aboga por el carácter estrictamente privado de esa consecuencia, eminentemente pecuniaria del delito, contrariamente a lo sostenido por la "Escuela Positiva", para quien el Estado debe preocuparse, no sólo por el castigo del delincuente, sino también en la reparación de los daños sufridos por la víctima y de ahí que conforme a dicha Escuela tales daños incluso deben acordarse de oficio, así como que la intervención del Ministerio Público en el proceso debe abarcar ese aspecto. Esta posición es mantenida por la legislación española.

Corresponde a continuación determinar concretamente ya, todo lo relativo a la constitución del ofendido que en el aspecto civil, tiene dentro del proceso penal costarricense.

B. Constitución en el aspecto civil.

La posibilidad que tiene el ofendido en nuestra legislación para poder constituirse como parte civil dentro del proceso penal, en reclamo de la indemnización por los daños y perjuicios que le ha causado el delito, conjuntamente con el desarrollo de la acción penal dentro de ese proceso, la confieren los artículos 9 y 11 del Código de Procedimientos Penales. Expresamente la segunda de esas normas dispone en lo conducente que "La acción resarcitoria podrá ser ejercida en el proceso penal. . .", exigiéndose únicamente como requisito, lo que es lógico, que tal ejercicio únicamente procede "sólo cuando esté pendiente la acción principal", sea la acción penal. Esto nos revela el carácter eminentemente accesorio de la acción civil a la penal, lo que se justifica precisamente, porque los únicos daños y perjuicios que se pueden reclamar en esa vía, son los que provienen del hecho punible. De ahí que, si la acción penal no pudiere proseguir por rebeldía o enajenación sobreviniente del procesado, la civil podrá ser ejercida ante la jurisdicción respectiva (art. 12 C.P.P.). Sin embargo, la absolución del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie sobre ella en sentencia (art. 398), ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que la Sala de Casación decida sobre la acción civil.

1. *Constitución del damnificado como actor civil.*

El artículo 9 del Código de Procedimientos Penales establece quiénes son los titulares de la acción civil dentro del proceso penal. Evidentemente que el principal actor civil lo constituye el ofendido, sea la víctima que ha sufrido directamente en su persona o en sus bienes el resultado dañoso del delito. Sin embargo el Código nos habla que el titular de esa acción es el "damnificado", lo que quiere decir, de acuerdo con el significado de esta palabra, que es de carácter genérico, que en ella se incluye, no sólo "al ofendido directo", sino también a cualquier otra tercera persona que resulte perjudicada, y en este aspecto el artículo 103 del Código Penal dispone que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia; ésta ordenará. . . "La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros".

Ese artículo 9 también faculta a los herederos del damnificado para que ellos puedan ejercitar esa acción, en los límites de su cuota hereditaria.

El damnificado o sus herederos podrán actuar por intermedio de sus representantes legales o mandatarios.

El artículo 10 del Código también impone al Ministerio Público la obligación de ejercer la acción civil, cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor, le delegue su ejercicio; y cuando el titular de ella sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia. Esta solución es a menudo criticada y con razón, pues resulta contradictorio el ejercicio de esa acción por parte de ese órgano público, habida cuenta de las

atribuciones que legalmente le son conferidas y por la naturaleza propia de tal institución, cuya función básica consiste en que, actuando como órgano objetivo e imparcial en el proceso, defienda principalmente los intereses públicos de la colectividad, por lo que resulta difícil que a la vez deba atender intereses particulares y privados de los ofendidos. Obviamente siempre prevalecerán los primeros.

Señalaremos de seguido cuáles son las condiciones de ejercicio de la acción civil.

a. Condiciones de ejercicio de la acción civil.

Es importante indicar que para ejercer la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal, su titular (el ofendido o sus herederos), debe constituirse en actor civil. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que se cumplan una serie de requisitos, tanto de fondo como de forma. Veremos cuáles son esos requisitos de fondo.

En primer lugar, el ofendido debe tener capacidad para estar en juicio, de lo contrario no podrá actuar si no es representado o asistido del modo prescrito por la Ley Civil (art. 56). Entre nosotros esa capacidad se adquiere a partir de los dieciocho años, salvo que se encuentre incapacitado, en cuyo caso también las personas mayores deben contar con un representante (curador). Si son menores los representarán sus padres, tutores o las otras personas o entidades que nuestra ley establece.

Pero además de la capacidad, para poder estar en juicio es necesario tener un interés. Esto con base en la regla que dice que donde no hay interés no hay acción y en este sentido la acción civil está sometida a los principios del Derecho Común. La acción no se admite si el que la ejerce reclama otro daño que no sea aquel producto del delito, sea de carácter material o moral, pero este daño debe ser actual y cierto, personal y directo y debe resultar de una ofensa a un interés jurídicamente protegido.

El Código de Procedimientos Penales nuestro no contiene ninguna disposición sobre los caracteres del daño producto de un delito, cuando dicho daño; es reclamado por el ofendido ante la jurisdicción penal, constituyéndose parte civil, por lo que en ese aspecto la acción debe estar sometida a las exigencias generales de admisibilidad del Derecho Común.

Siendo la acción civil una acción para la reparación de un daño, es necesario que éste exista. Es decir, debe ser cierto y actual. Debe existir al momento de ejercitar la acción. Por el contrario, un daño incierto o eventual, dudoso en su misma existencia, subordinado a acontecimientos que es imposible de conocer antes de su realización, no puede servir de base a una acción civil. El daño es eventual por ejemplo cuando el empleado de un lechero le echa agua a la leche y con ello expone a su patrón a perder clientes. No obstante, este daño o perjuicio cierto y actual puede ser futuro cuando su realización es ya incontestable, cierta. Como sería el caso de un estudiante de último año de una determinada carrera universitaria que sufre una incapacidad parcial permanente a consecuencia de un accidente de tránsito.

Por otro lado, el daño debe ser personal. La acción civil únicamente pertenece a aquel que ha sido personalmente lesionado por el efecto de la infracción. Este daño personal puede darse o sufrirse en la propia integridad física, en los bienes, en el honor, en la afección, como es el caso de la víctima de un delito de lesiones, de una injuria o difamación, de un hurto o robo, etc., hemos visto que nuestra legislación permite también a los herederos y al tercero ofendido ser titulares de la acción civil en el proceso penal (art. 9).

También es necesario que el daño sea directo. Es decir que los titulares de la acción civil deben fundamentarse en un daño directamente causado por el delito. Éste debe estar ligado a la infracción por un lazo de causa a efecto. Sea que su fuente productora debe ser necesariamente la infracción. Será directo entonces, el daño físico o corporal que sufre el ofendido a consecuencia de un delito de lesiones dolosas o culposas. Es directo el daño moral que se causa al ofendido por un delito de injurias o calumnias, porque se lesiona su honor y no su integridad corporal. Es directo el daño material que se causa al ofendido cuando se le destruye una cosa mueble de su propiedad (delito de daños).

Los requisitos de forma que es necesario cumplir por parte del ofendido —o cualquier otro titular de la acción— para que sea admisible su constitución como actor civil en el proceso penal, los señala el artículo 57 del Código de Procedimientos Penales. Dicho artículo establece que el escrito en que se apersone el actor civil deberá formularse personalmente o por mandatario y contendrá, bajo pena de inadmisibilidad: el nombre y domicilio del accionante; a qué proceso se refiere; los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca y del daño que se pretende haber sufrido, aunque no se precise el monto; la petición de ser admitido como parte y la firma.

Como la misma norma lo indica, cuando no se reúnan todos y cada uno de esos requisitos, la única sanción es la no admisibilidad de esa constitución, lo cual significa que los defectos pueden subsanarse y presentarse de nuevo la solicitud, siempre y cuando todavía exista posibilidad para hacerlo.

pues en los delitos de instrucción formal la constitución procede hasta antes de su clausura (art. 59) y en los de citación directa la solicitud deberá presentarse antes del requerimiento respectivo (art. 59, párrafo 2).

Cuando la constitución la haga un heredero, nuestra jurisprudencia no exige su declaratoria como tal al momento de hacer la solicitud, pero ella debe existir —necesariamente— en el debate. De lo contrario se le excluye como actor civil por falta de personería ad causam activa.

Otro requisito indispensable lo constituye la circunstancia de que el actor civil debe actuar siempre bajo patrocinio letrado, es decir, bajo la dirección de un abogado (art. 87).

b. Oposición y rechazo de la constitución de actor civil.

Cuando se proceda por instrucción formal, los demandados (imputados y demandados terceros y civilmente responsables en su caso) podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días contados a partir de su respectiva notificación; pero cuando al tercer demandado civil se le citare o interviniere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término, a contar de su citación o intervención (art. 61). Cuando se proceda por citación directa, la oposición solo se podrá deducir ante el juez penal, también bajo pena de caducidad, dentro de los tres primeros días.

Durante la instrucción o los actos preliminares del juicio, el tribunal podrá rechazar o excluir de oficio, por resolución fundada, al actor civil cuya intervención fuere ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición (art. 65), pero el auto que rechace el apersonamiento del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil (art. 66).

2. *Consecuencias de la participación del ofendido como actor civil.*

A partir del momento en que el ofendido esté legalmente constituido como actor civil en el proceso penal, él tiene una activa participación durante todo ese proceso, no sólo ante las autoridades encargadas de la instrucción, sino también ante el tribunal de juicio y aún ante los tribunales de apelación y la Sala de Casación.

El actor civil debe señalar casa u oficina donde atender notificaciones dentro del perímetro judicial correspondiente, para que se le notifiquen todas las resoluciones que se dicten en el respectivo proceso donde él figura como parte (artículos 123 y 126). Podrá participar, conjuntamente con su abogado, en las distintas diligencias del proceso, tales como inspecciones oculares, allanamientos, requisas, reconocimientos, reconstrucciones de hechos, exámenes periciales (artículo 191); sus abogados podrán intervenir en las diligencias por intermedio del juez (artículo 194); el actor civil tiene acceso al expediente a partir de la declaración del imputado (artículo 195); podrá solicitar la recepción de cualquier prueba (artículo 196); podrá proponer la designación de un perito (artículo 244), etc., todo esto durante la etapa de instrucción. El ofendido, mediante su constitución como actor civil, actúa como un igual del Ministerio Público y se esfuerza de reunir todas las pruebas necesarias para lograr la elevación a juicio del proceso que se sigue contra el imputado y que él ha demandado civilmente.

En la etapa de juicio también la parte civil va a participar activamente. Puede ofrecer pruebas (art. 349); intervenir en el debate (art. 383), y es al actor civil a quien de primero se le da la palabra para que formule las conclusiones, debiendo concretar en éstas debidamente todas sus reclamaciones.

Podrá interponer recurso de casación en lo que se refiere a los intereses civiles (arts. 450, 472, 475).

A su vez el ofendido, no obstante su constitución como actor civil, podrá rendir declaración como testigo (art. 68).

En general, constituido el ofendido como actor civil en el proceso penal, dada la participación activa que la ley le concede durante todo ese proceso, él va a contribuir en la aplicación efectiva de la ley, pues dentro de su deseo está el establecer, tanto la culpabilidad del imputado, como la existencia del daño que reclama y es en este doble aspecto que nuestra ley le permite intervenir. En efecto, sobre ese particular el artículo 67 del Código de Procedimientos Penales es lo suficientemente claro al establecer que "El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido y la responsabilidad civil del demandado".

Resta señalar que si bien nuestra legislación permite al ofendido participar en el proceso penal como actor civil, para reclamar la reparación pecuniaria que el hecho punible le ha causado, tal participación únicamente es posible en tratándose de delitos y se encuentra excluida en lo que se refiere a las denominadas "faltas o contravenciones".

Finalmente nos referiremos a las ventajas e inconveniencias que se pueden derivar de la constitución del actor civil en el proceso penal.

3. Ventajas e inconveniencias de la constitución del actor civil en el proceso penal.

El escogimiento de la vía penal para el ejercicio de la acción civil, ofrece ventajas, pero también algunos inconvenientes según lo afirman quienes se oponen a ello. Primero indicaremos cuáles son sus ventajas. Desde el punto de vista de los intereses particulares del ofendido, la vía penal es económica, confortable, rápida y eficaz.

Es una vía económica pues el proceso llegará a su término con menos gastos para el accionante. La mayor parte del tiempo el actor civil no tendrá obligación de pagar peritos y no está obligado a utilizar papel sellado.

Es una vía más confortable porque la prueba es del dominio del Ministerio Público y no exclusivamente del actor civil y son los tribunales quienes también asumen la carga más fuerte en este sentido. El actor civil se va a beneficiar de los medios enérgicos y coercitivos que los jueces disponen para la búsqueda de las pruebas, para poder descubrir de esa manera "la verdad real" de los hechos sometidos a su conocimiento (inspecciones oculares, allanamientos, secuestros, encarcelamiento del imputado, posibilidad de obtener más fácilmente la declaración de testigos, etc.).

Es una vía rápida pues el actor civil tendrá un resultado más rápido ante la jurisdicción penal que ante la civil. El tribunal penal deberá pronunciarse al mismo tiempo tanto sobre la acción penal, como también sobre los daños y perjuicios reclamados por el ofendido. Este no debe esperar una decisión posterior de los tribunales civiles.

Es una vía más eficaz, pues los intereses patrimoniales del ofendido de la infracción, serán mejor salvaguardados. El actor civil se beneficiará de la responsabilidad solidaria que pesa sobre todos los autores y cómplices del delito que le ha producido el daño. En fin, la opción a favor de la vía represiva permite evitar que la acción civil alcance autoridad de cosa juzgada que es propia de una decisión penal, hecha sin que el ofendido haya podido defender sus intereses.

Desde el punto de vista del interés general, el escogimiento de la vía penal es ventajosa, pues la sociedad será mejor protegida contra la delincuencia. La ley penal será mejor aplicada, toda vez que el ofendido toma un papel de auxiliar del Ministerio Público.

Desde el punto de vista de una eficaz administración de justicia, pues no se da el riesgo de que se produzcan pronunciamientos contradictorios, a los cuales se expone la acción civil ante la jurisdicción común, antes del ejercicio de la acción penal en la jurisdicción represiva.

También se han señalado algunos inconvenientes o problemas al ejercicio de la acción civil en la vía penal.

Primero, porque la intervención del actor ofendido produce el riesgo de complicar indebidamente la tarea del tribunal represivo, sometiéndole múltiples problemas y de falsear la función del juez penal, ante la presencia de un acusador parcial y es por eso que ese juez debe conocer y pronunciarse únicamente sobre la acción penal. Este es su papel principal. Además el juez penal, respetuoso de las nociones tradicionales de falta y de responsabilidad, deberá en beneficio de un acusado en que su culpabilidad le parece dudosa, sacrificar al ofendido, que según él debe proteger; o a la inversa, el juez considerará a menudo más conveniente o ético, condenar, aun si existe una ligera duda, que dejar a una víctima sin reparación.

A pesar de todas las inconveniencias señaladas, consideramos que las mismas no son lo suficientemente fuertes. Creemos que la vía penal es la más recomendada para ejercer la acción civil.

También entre nosotros se acogen esas inconveniencias de la acción civil en el proceso penal, tanto por algunos abogados litigantes, como por algunos jueces. Sin embargo estimamos que la crítica negativa se debe más que todo a la falta de interés y desconocimiento de esa institución de parte de quienes proceden de esa manera. En efecto, hemos visto que nuestra legislación contiene una regulación eficaz y protectora con respecto al ofendido que se constituya actor civil en el proceso penal, pues le permite una participación activa durante todo el proceso, no sólo en el aspecto civil, sino en el aspecto penal también. Los problemas los crean las propias personas que no saben actuar como se debe. De proceder en la debida forma, los resultados serán positivos, y esto nos lo informa la práctica, cuando ya el nuevo procedimiento penal que lo permite, tiene trece años de vigencia.

CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto en el presente trabajo podemos concluir que si bien otras legislaciones le dan al ofendido de un delito, una mayor participación en el proceso penal, aun en delitos de acción pública, la nuestra no. Entre nosotros el ofendido, al igual que cualquier otra persona, únicamente tiene el derecho de denunciar los delitos de acción pública ante la autoridad competente. En los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, tan sólo se le confiere al ofendido, o a sus representantes legales, con exclusión de cualquier otra persona, el derecho de denunciarlos. Pero el ofendido en ambos casos, no tiene ulterior participación, de ninguna índole, dentro del proceso. Únicamente constituyéndose como actor civil en ese proceso, demandando la indemnización de los daños y perjuicios que el delito le ha causado, es que puede participar de manera activa en el mismo y no sólo en ese aspecto civil, sino también para acreditar la existencia del delito y la participación en él de su autor. Sin embargo, el actor civil se ve restringido en su derecho de recurrir ciertas resoluciones y aun de interponer el recurso de casación, pues se encuentra supeditado a que también recurra el Ministerio Público. Es en este aspecto que se debería legislar para darle autonomía en su derecho de recurrir, como lo tienen las demás partes del proceso. Es en los delitos de acción privada en los cuales se le da al ofendido una activa y esencial participación dentro del proceso, por ser él el titular de esa acción, la cual le pertenece enteramente y tiene sobre ella un poder de disposición absoluto y en ese tipo de delitos por el contrario, es el Ministerio Público quien no tiene intervención.

Estimamos en todo caso que no obstante la solución que tenemos sobre el tipo de participación que tiene el ofendido en el proceso penal y que en nuestro Derecho es el Ministerio Público el que ostenta el monopolio de ejercicio de la acción penal pública, en realidad el ofendido cuenta con los medios y mecanismos necesarios para participar activamente en el proceso penal. Son las personas las que —a veces— no hacen buen uso de esa facultad.

Consideramos finalmente que a pesar de nuestra solución, el ofendido se encuentra debidamente garantizado y protegido en sus intereses, habida cuenta de la calidad y eficiencia de nuestras instituciones y funcionarios a cuyo cargo está la aplicación y observancia de la ley penal y a quienes siempre les interesa, dentro del marco de su objetividad e imparcialidad que los caracteriza, la búsqueda de la verdad real dentro de todo proceso, todo en aras de una correcta aplicación de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y tratados

1. CALVO PICADO, Gerardo, *L'action civile et son exercice devant les juridictions repressives. Etudé comparative du droit français et du droit costaricien. Thèse pour le Doctorat D'université.* Bordeaux, France, 1980.
2. CASTILLO BARRANTES, J., Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977.
3. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Tomo III, Ediar S.A. Editores, Argentina, 1963.
4. GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale,* Recueil Sirey, Paris, 1907, Tome I.
5. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, ERCE QUEMADA, Vicente, *Tratado Procesal Penal.* Octava Edición, Madrid, 1975.
6. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.* Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1985.
7. NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal.* Ediciones Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1978.
8. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal,* Tomo II. *El Proceso Penal,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
9. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* Tomos I y II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.

Códigos

1. Código Penal de Costa Rica.
2. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.
3. Código de Procedimientos Penales francés.
4. Ley de Enjuiciamiento Criminal Español.