

# ACCIONES PROCESALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE NICARAGUA

---

JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO

Sub-director Proyecto de Reforma y Modernización Normativa en Nicaragua (CAJ/FIU-USAID)

## Introducción

El título II del Libro Primero del Código Procesal Penal de Nicaragua está dedicado a las **acciones procesales**. Comprende tanto la acción procesal penal, en sus distintas categorías: pública y privada, y la subcategoría de pública a instancia particular o privada, como la acción civil restitutoria o indemnizatoria derivada del hecho punible.

A ello hay que agregar dos capítulos, el II y el III, dedicados al **principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal**, en sus distintas manifestaciones, y tres más dedicados a las **excepciones**, el IV; la **extinción de la acción penal**, el V, y la **acusación y la querrela**, el VI.

Conforme su regulación en el Código Procesal Penal, podemos definir la acción procesal penal, como *la potestad del Ministerio Público y la Procuraduría General de la República o el derecho de cualquier persona, víctima o no del delito, de pedir la apertura de un proceso contra persona física determinada y en relación con un hecho concreto que presumiblemente configure un ilícito penal, de participar activamente en ese proceso en condición de parte, pedir la sentencia que se estime procedente, impugnarla si se considera que causa agravio e instar su ejecución*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Estimamos que si bien lo esencial en el concepto de acción procesal es que ella constituye el medio de acceso a la jurisdicción, tal acceso se traduce en una serie de actuaciones, entre las que nosotros destacamos la de pedir la apertura del proceso, participar en él como parte, pedir un pronunciamiento sobre el fondo, impugnar la decisión agravante y pedir la ejecución de la sentencia. Esta concepción dinámica de la acción, que tiene sus raíces en las categorías procesales dinámicas de GOLDSCHMIDT, expuestas en 1925, se presenta ya en 1927 en el campo procesal penal en los *Principi* de FLORIAN, quien dice que la acción penal “domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia)” (**Elementos de Derecho Procesal Penal**, traducción de la segunda edición italiana

Desglosemos los distintos elementos de la anterior definición:

- a) **La acción penal es potestad (no derecho) del Ministerio Público o la Procuraduría General de la República:** Los órganos estatales no tienen derechos, sino potestades; es decir, poderes necesarios para el cumplimiento de su función.
- b) **La acción penal es derecho de cualquier persona, víctima o no del delito:** El Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. Ésta puede ser ejercida también por la víctima y hasta por cualquier otra persona, física o jurídica, según el Art. 51.4, con una limitación que adelante señalaremos. Ni siquiera entre los órganos estatales existe monopolio de la acción penal cuando se trata de delitos contra el Estado o sus instituciones, porque en esos casos el Código otorga la titularidad de la acción también a la Procuraduría General de la República, conforme la concordancia del Art. 51.3 con el Art. 109.3.
- c) **La acción penal es la potestad o el derecho de pedir la apertura de un proceso:** En un sistema acusatorio, sólo en virtud del ejercicio de la acción penal puede iniciarse un proceso. La acción es el medio por el cual se procura la tutela jurisdiccional o se accede a la jurisdicción, y el proceso, el instrumento para ejercer la jurisdicción.
- d) **El proceso debe ser contra persona determinada:** El Código Procesal Penal exige que en la acusación y la querrela, que constituyen el primer acto de ejercicio de la acción, se individualice al acusado o querrellado (Arts. 77.3 y 79.3). Acusación y acusado son como el anverso y el reverso de una moneda, no existe uno sin el otro. El proceso contra *ignoto* no es

---

por Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934 (reimpresión 1990), pág. 173). El profesor de la Universidad de Turín sintetiza así su pensamiento: "*La acción penal es la energía que anima todo el proceso*" (ibídem). El dinamismo de la acción es ilustrado magistralmente por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO con la siguiente imagen: "*la acción no es un empujón que se dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continua para que llegue a su destino...*". Y agrega: "*Cuando, verbigracia, una de las partes promueve una cuestión de competencia, recusa a un juez, pide reposición de una providencia, impugna una sentencia, recaba medidas cautelares o insta la ejecución del fallo, no hace otra cosa que accionar*" (*Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, I, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pág. 350). LEONE participa de esta concepción cuando señala que con el término "acción penal" "*podemos entender tanto el derecho de provocar una decisión jurídica acerca de una determinada noticia criminis, como el acto o el conjunto de actos a través de los cuales se hace valer tal derecho*" (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Sentís Melendo, I, Buenos Aires, EJE, 1963, pág.143). En la misma línea de pensamiento SERRA DOMÍNGUEZ habla de "*continuidad de la acción*" cuya eficacia "*perdura a lo largo de todo el proceso*" (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel.: *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1968, t. III, pág.91). En Iberoamérica, el maestro mejicano BRISEÑO SIERRA se suma a esta corriente con su concepto de acción como *acto proyectivo*, que podríamos resumir con su frase de que "*la acción no está al principio sino en toda la extensión del proceso*" (*Derecho Procesal*, 2ª. Edición, México, Harla, 1995, pág. 486).

admisible en un sistema en el cual el juez carece de poderes autónomos de investigación y que, por esa razón, establece una etapa de investigación anterior al proceso.

- c) **El proceso debe tener por objeto un hecho concreto:** Se pide la apertura de un proceso para que el juez conozca de un hecho concreto, determinado con precisión gracias a la investigación precedente. Esa es la razón por la cual el Código Procesal Penal establece como requisito de la acusación y la querrela una *“relación clara, precisa, específica y circunstanciada del hecho punible”* (Art. 77.5 y Art. 79.4).
- f) **El hecho objeto del proceso debe presumiblemente configurar un ilícito penal:** Es decir, debe ser susceptible de configurar un delito o una falta penal, aunque quepa la posibilidad de que en sentencia se declare la inexistencia del hecho o su atipicidad.
- g) **La acción penal implica también la potestad o el derecho de participar activamente en el proceso en carácter de parte:** El actor penal es parte en el proceso, en un proceso de partes, como es el acusatorio; en consecuencia, tiene el actor penal un papel dinámico, facultades y cargas procesales.
- h) **La acción penal comprende también la potestad o el derecho de pedir una sentencia sobre el fondo:** La expectativa de una sentencia sobre el fondo es la esencia de la acción, en tanto sólo a través de ella culmina el ejercicio de la jurisdicción.
- i) **La acción penal comprende la potestad o el derecho de impugnar la sentencia:** Aunque la potestad o el derecho de impugnación no es exclusivo del actor, no cabe duda de que la acción los comprende.
- j) **La acción penal comprende la potestad o el derecho de pedir la ejecución de la sentencia:** De poca o ninguna utilidad sería la jurisdicción si no implicara la potestad de ejecutar la sentencia; de la misma forma, de poco serviría la acción si ese acceso a la jurisdicción que ella implica no significara la potestad del Ministerio Público o de la Procuraduría General de la República o el derecho del acusador particular o del querellante de pedir la ejecución de lo resuelto por el juez.

En íntima relación con este último elemento de nuestra definición de la acción procesal penal se encuentra el Art. 404, en el cual figuran como sujetos de los incidentes de ejecución no sólo el Juez de Ejecución, el condenado y su defensor, sino también los actores penales, entre ellos el **acusador particular**. Cabe preguntarse en virtud de qué pueden tener participación los actores penales en la ejecución de la sentencia, si el proceso penal y, consecuentemente, la acción se hubieran ya agotado, y siendo como es exclusiva del Estado la potestad punitiva.

La respuesta se facilita leyendo a CARNELUTTI: *“Debemos indicar aquí con brevedad, pero con energía, que considerado en su conjunto, el proceso penal no termina en manera alguna con la sentencia irrevocable pronunciada por el juez. Cuando éste condena, el proceso penal continúa a través de la fase ejecutiva hasta el último acto necesario a (sic) la realización de la*

*pena, y, por lo mismo, si ésta fue la de muerte, hasta que se mate al culpable, o hasta la completa expiación de la pena restrictiva de libertad.”<sup>2</sup>.*

Si esto es así, la intervención del actor penal en la ejecución de la sentencia, ya se trate del Ministerio Público o de la Procuraduría General de la República, ya del acusador particular o del querellante (Art. 404), sólo puede encontrar explicación en que es consecuencia del ejercicio de la acción procesal penal.

Sabemos que, contrariamente a la situación que se presenta en el proceso civil, en el cual la ejecución forzosa sólo procede mediante una acción ejecutiva, en el proceso penal la ejecución de la sentencia condenatoria se dispone de oficio por el juez de la causa y, de acuerdo con el Código Procesal Penal, se lleva a cabo por el Juez de Ejecución (Art. 403). Así las cosas, se considera que no hay en el proceso penal necesidad de una acción ejecutiva: “...*en el proceso penal, basta con constatar la concurrencia del título ejecutivo para que el órgano jurisdiccional competente funcionalmente inicie de oficio la ejecución de la sentencia de condena*” dice GÓMEZ COLOMER<sup>3</sup>.

Pero, nos preguntamos, ¿qué pasaría si el juez de sentencia no ordenara la ejecución de la condena o ésta no se ejecutara por las autoridades correspondientes? En nuestro criterio tanto tiene el fiscal o el procurador, en su caso, la potestad como el acusador particular o el querellante tienen el derecho de pedir la ejecución, y esa potestad o derecho no implican ejercicio de una nueva acción, de naturaleza ejecutiva o complementaria<sup>4</sup>, sino ejercicio de la misma acción procesal penal.

Por otra parte, esa manifestación o consecuencia de la acción penal no significa transferencia al particular de la potestad punitiva, que conserva su naturaleza pública y que se atribuye al Estado con exclusividad. Así como no altera la naturaleza de la acción penal su otorgamiento a los particulares, quienes cumplen con su ejercicio una función pública, tampoco su participación en

---

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco: **Sistema de Derecho Procesal Civil**, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, I, Buenos Aires, UTEHA, 1944, pág. 217. En sentido semejante se expresa FLORIAN: “...*es indudable que la sentencia en cuanto implica una medida personal restrictiva, no agota el procedimiento, sino que abre una nueva fase, y precisamente la más importante y decisiva.*” (**Elementos de Derecho Procesal Penal**, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934, reimpresión 1990, pág. 468) Asimismo, ALCALÁ-ZAMORA cuando señala que instar la ejecución del fallo significar accionar (*supra* nota 1).

<sup>3</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: “*El proceso de ejecución*”, en AA.VV., **Derecho Jurisdiccional, III, Proceso penal**, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 417.

<sup>4</sup> LEONE estima que hay una acción penal principal y otras acciones que él llama “*complementarias*”, entre las cuales se encuentra el poder de promover incidentes de ejecución (**Tratado de Derecho Procesal Penal, I**, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1963, págs. 147-150). Esta particular “*acción penal complementaria*” de la fase de ejecución se encuentra, en criterio del profesor de Roma, vinculada a un proceso penal anterior, que es aquel en el cual se dictó la sentencia condenatoria (**Tratado...**, cit., III, pág. 490).

la fase de ejecución de la sentencia significa atribuirles la potestad punitiva. Igual que el Ministerio Público o la Procuraduría General de la República, el acusador particular y el querellante no ejecutan la pena, su derecho se limita a pedir su ejecución y a intervenir para evitar que el condenado obtenga beneficios inmerecidos.

### Acción y pretensión punitiva

Del mayor interés resulta ahora determinar si en el sistema establecido por el Código Procesal Penal el ejercicio de la acción puede dissociarse de la pretensión punitiva. Dicho en otras palabras, si la acción procesal penal contiene siempre una pretensión de condena. Este planteamiento reviste su mayor importancia al examinar el momento de sostener en juicio la acusación, el momento del *debate final* o de los *alegatos finales* (Art. 314).

Si el actor penal no pide la condena del acusado, ¿estaríamos ante la extinción de la acción, por desistimiento o abandono, o ante un acto más de ejercicio de ella?. Y si se tratara de un desistimiento o abandono ¿será meramente procesal la sentencia que procedería, es decir, se trataría de una *absolución de la instancia* que dejaría abierta la posibilidad de que se intente después una nueva acción?

Las cuestiones planteadas no son nada baladíes y conducen a otra que tampoco lo es: ¿Puede el juzgador condenar al acusado aunque el acusador no haya pedido la condena o haya, más bien, pedido una sentencia de absolución? El Código Procesal Penal no prevé expresamente la solución. Debemos, en consecuencia, acudir a los principios que lo informan.

Entre los principios generales, la solución debemos buscarla, en primer lugar, en el **principio acusatorio**. En virtud de este principio el juicio se realizará “*sobre la base de la acusación*” (Art. 281). Hay quienes interpretan que esa frase sólo significa que la acusación determina el objeto del juicio; otros, que es expresión del *principio de imputación*, que consistiría en la necesidad de una acusación por parte del actor penal, que reúna los elementos necesarios para posibilitar la defensa<sup>5</sup>. Nosotros somos de la opinión de que la frase en examen significa, además, que para que haya **condena se requiere una acusación debidamente formulada y sostenida**. No es suficiente que esta acusación se haya hecho al inicio del proceso, sino que debe ser sustentada a lo largo de él por el actor penal y particularmente en el momento de las conclusiones finales. De no ser sostenida dicha acusación, no podría el juez condenar.

Pero, ¿podría el juez absolver? ¿O se daría un desistimiento o un abandono de la acción, con la misma consecuencia que un amplio sector de la doctrina procesal civilista atribuye a éstos? Es decir, simplemente el fin del proceso, con posibilidad de ejercer de nuevo la acción y dar lugar a otro proceso por el mismo hecho.

---

<sup>5</sup> DALL'ANESE, Francisco: *El juicio*, en AA.VV.: **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, Corte Suprema de Justicia/Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, págs. 653-654. El autor cita una resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica, que define el *principio de imputación* como “*el derecho a una acusación formal*”.

Aquí debe entrar en juego otro principio del proceso penal: el **principio *ne bis in idem***, que impediría una nueva persecución por el mismo hecho. En razón de lo anterior, si la acción se empieza ejerciendo mediante la acusación, aquélla implica la existencia de una persecución que sólo puede intentarse una vez. Iniciado el proceso a que dio origen dicha acusación, sólo puede concluir con una sentencia sobre el fondo, que impida una nueva persecución. De manera que el abandono de la pretensión punitiva no implica abandono ni desistimiento de la acción, no es motivo de extinción de la acción, sino una modalidad de su ejercicio que conduce necesariamente a una sentencia absolutoria.

En un orden de cosas relacionado con la anterior cuestión, es oportuno señalar que en el sistema establecido por el Código Procesal Penal de Nicaragua no hay lugar para mayor discusión sobre si el archivo del caso implica o no ejercicio de la acción procesal penal<sup>6</sup>. Si esa decisión la adopta el juez en la Audiencia Preliminar, conforme lo establece el Art. 268 en su segundo párrafo, es porque un actor penal (el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República o un particular) ha ejercido ya la acción formulando una acusación. Ello explica que en el siguiente párrafo el mismo artículo diga que al cabo de un año después de dictado el auto de falta de mérito, si no se han establecido indicios racionales suficientes para enviar la causa a juicio, deberá dictarse sobreseimiento.

Sabido es que el sobreseimiento es una de las formas de poner fin al proceso y que en un sistema acusatorio no puede surgir el proceso si no ha habido ejercicio de la acción. Habrá habido, pues, ejercicio de la acción, dado que hubo proceso, pero el archivo, que en el proceso es resolución del juez en contra de la acusación y cuya solicitud por el fiscal sería una contradicción, no puede constituir tal ejercicio.

Si el archivo lo dispone el fiscal al amparo del Art. 225, es decir, en vez de acusar, obviamente tampoco puede significar ejercicio de la acción; como lo evidencia el precepto de que ese archivo se dispondrá mediante una resolución que declare "*la falta de mérito para ejercer la acción penal*" (Art. 225, párrafos segundo y tercero).

#### **Naturaleza de la acción**

Implícitamente el Código Procesal Penal, en su Art. 53, mantiene la clásica división tripartita en cuanto a la naturaleza de la acción: a) **Pública**, en sentido estricto; b) **Pública a instancia de parte**, y, c) **Privada**.

La acción es pública en la generalidad de los casos por delitos y en todos los casos por faltas penales. Es pública a instancia particular en los casos de delitos de violación de persona mayor de

---

<sup>6</sup> En la doctrina italiana ha sido tema de encendida polémica. Vid. por todos LEONE, *Azione penale* (punto 8: *L'archiviazione intensa come esercizio dell'azione penale*), en **Enciclopedia del Diritto**, IV, Varese, Giuffrè, 1959, págs. 859-860.

18 años, estupro y acoso sexual. Es privada sólo cuando se trate de delitos de calumnia e injurias graves.

La acción pública a instancia particular no es sino una acción pública sobre cuyo ejercicio pesa una condición de procedibilidad: la instancia de la víctima. La víctima insta mediante una denuncia, que deberá reflejar su conocimiento de los elementos esenciales del hecho, en especial de la identidad de quienes participaron en él, y en la que claramente exprese el deseo de que se persiga el delito.

El conocimiento de la identidad del autor o partícipes es un elemento esencial para determinar la voluntad de la víctima de que se persiga el delito, dado que de eso puede depender dicha voluntad. Piénsese, a manera de ejemplo, en la distinta repercusión social y el distinto efecto que tendría para la víctima de una violación si el agresor fuera un extraño o una persona de su círculo familiar a quien ella no ha podido identificar.

Aunque el Código Procesal Penal no lo dice, es obvio que la acusación particular hecha por la víctima también constituye instancia particular, en cuanto es manifestación clarísima de su voluntad de perseguir en juicio al acusado. Por esa razón cuando en un caso de acción pública a instancia particular la víctima haya formulado acusación, nada podrá impedir que el Ministerio Público también pueda hacerlo.

Por otra parte, como ya señalamos, el ejercicio de la acción penal pública por un particular, persona física o jurídica, víctima o no del delito, no altera la naturaleza pública de la acción. Estaríamos ante una acción pública ejercida por un actor privado. En cambio, la naturaleza privada de la acción siempre tiene su correlato en un actor penal privado: la víctima, constituida en querellante.

### **Titularidad**

De conformidad con el Art. 51, son titulares de la acción penal pública el **Ministerio Público**, la **víctima** y **cualquier persona**, natural o jurídica. Es decir, además del actor penal oficial y la víctima, se universaliza la titularidad de la acción hasta llegar a una verdadera **acción popular**.

En relación con esta acción popular del Art. 51.4 cabe que nos preguntemos si realmente "**cualquier persona**", sin exclusión, puede ser titular de ella. La cuestión es si la expresión dicha comprende también a los extranjeros. El punto tiene que ver directamente con la esencia de la acción popular: ésta se justifica en el tanto en que es expresión de la voluntad del pueblo, cuyo interés en la persecución de los delitos de acción pública no puede ser cuestionada en un régimen democrático. Titular de la acción popular solamente puede ser alguien que pertenezca al pueblo o nación. MUÑOZ ROJAS señala que "*cuando decimos popular, entendemos que [la acción popular] corresponde a "cualquiera del pueblo" (quavis ex populo)*"<sup>7</sup>. Una acción popular ejercida por un extranjero, o sea, por alguien que no forma parte del pueblo, sería una

---

<sup>7</sup> MUÑOZ ROJAS, Tomás: *En torno al acusador particular en el proceso penal español*, en: **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, N°1, año 1973, pág. 113.

contradicción. El extranjero carece de interés legítimo para ejercer la acción popular. Carece de legitimación para accionar (*legitimatío ad causam*).

Obviamente no estamos cuestionando aquí el derecho de accionar que la ley reconoce inclusive al extranjero en los casos en que sea víctima de un delito. Lo que sostenemos es que la frase “*cualquier persona*” en el contexto del Art. 51 debe entenderse como “*cualquier nicaragüense*”, porque su espíritu es el de la acción popular.

Y no sería de recibo el argumento de que nuestra interpretación choca con el principio de igualdad ante la ley porque, en primer lugar, el extranjero no es igual al nacional en relación con la pertenencia a la nación, elemento consustancial a la acción popular, y, en segundo lugar, porque la misma Constitución Política establece que en materia de deberes y derechos de los extranjeros cabe que las leyes establezcan excepciones al principio de igualdad (Cn, Art. 27).

En lo que toca a la intervención de la **Procuraduría General de la República** en el proceso como víctima, en representación del Estado o sus instituciones (Art. 109.3), debe quedar claro que tal víctima no se constituiría como acusador particular, sencillamente porque su naturaleza es la pública por antonomasia. Estaríamos, entonces, ante otro actor penal público, a la par del Ministerio Público.

¿Será conveniente para el proceso esta duplicidad de persecutores públicos? Nos parece que, mientras no se consolide el nuevo Ministerio Público, es preferible que la Procuraduría General de la República comparta con aquél la titularidad de la acción penal oficial, sin que signifique la posibilidad de exclusión del actor penal público por excelencia. Con el paso del tiempo deberá examinarse si conviene que la Procuraduría General de la República conserve la titularidad dicha o pueda ejercer únicamente la acción resarcitoria. Ambos órganos públicos pueden actuar en forma independiente uno de otro, aunque el sentido común aconseja coordinar actuaciones y procurar acercar criterios.

El **monopolio de la acción penal pública** otorgado en otras legislaciones al Ministerio Público, que un tiempo fue considerado por nosotros como un progreso en tanto significaba eliminar de la persecución de los delitos todo resabio de venganza privada, nos ha desencantado tras dos décadas de ejercicio profesional en Costa Rica bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, que lo establecía.

Nuestra estrechísima vinculación con el Ministerio Público costarricense durante esos años no fue óbice para que llegáramos a la convicción de que ni el más consciente y celoso cuerpo de fiscales podrá jamás sustituir el concurso de las víctimas de los delitos en su eficiente persecución.

Por otro lado, el peligro de que el proceso penal sea utilizado como medio de venganza se reduce a su mínima expresión en un sistema como éste, en el que la privación cautelar de la libertad del imputado es excepcional y exige al juez demostración racional de su necesidad para que pueda ordenarla (Arts. 5, 166, 168, 169, 170, 173, 174, 175 y 177.2) y que al acusador exige concretar

cargos desde la primera comparecencia ante el juez y presentar elementos de prueba que establezcan indicios racionales de culpabilidad (Arts. 255, 256, 257, 265 y 268).

En lo que concierne a la **acción privada**, como ya vimos, es titular exclusivamente la **víctima**. En la persecución de las **faltas penales**, la acción tiene tres titulares: la víctima, la autoridad administrativa afectada por el hecho y la Policía Nacional. La actuación de uno de ellos no es excluyente de la de los otros dos titulares.

Conforme el Art. 54, en resguardo de los intereses de la víctima menor de edad o incapaz, el Ministerio Público puede intervenir de oficio en la persecución de los delitos de acción pública a instancia particular cuando la víctima no tenga representante legal, o el hecho haya sido cometido por un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por su representante legal, o cuando haya intereses contrapuestos entre éstos y la víctima.

En cualquiera de estos casos también podrá el Ministerio Público ejercer, en su oportunidad, la acción civil en favor de la víctima.

### Obstáculos

En el Art. 52 se hace referencia a los obstáculos de la acción penal, entendiéndose por tales todo aquello que supedita su ejercicio. Se señalan dos clases de obstáculos: la **condición de procedibilidad** y el **antejuicio**. En realidad, el segundo es una especie de la primera. Condición de procedibilidad y obstáculo para el ejercicio de la acción penal significan lo mismo; de allí se sigue que son dos las condiciones de procedibilidad, u obstáculos para el ejercicio de la acción penal, que prevé el Código Procesal Penal: la **instancia particular** o privada y el **antejuicio**<sup>8</sup>.

LEONE define las condiciones de procedibilidad como *“todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal”*<sup>9</sup>

Si llegare a formularse acusación o querrela sin que se haya cumplido la condición de procedibilidad establecida por la ley, una u otra deberá ser declarada inadmisibles en la primera

---

<sup>8</sup> El antejuicio equivale a la *autorización para proceder (autorizzazione a procedere)* del ordenamiento italiano en relación con los miembros del Parlamento (Art. 313 del Codice Penale y Art. 343 del Codice di Procedura Penale), incluida por la legislación y la doctrina italianas entre las condiciones de procedibilidad (FLORIAN, Eugenio, **Elementos de Derecho Procesal Penal**, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934, reimpresión 1990, págs. 197 y 198; LEONE, Giovanni: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, traducción de Santiago Sentís Melendo, I, Buenos Aires, EJE, 1963, págs. 160-170).

<sup>9</sup> LEONE, Giovanni: **Tratado...**, cit., I, pág. 153.

audiencia ante el juez<sup>10</sup>, dado que el ejercicio de la acción habrá sido ilegítimo y le estará vedado al juzgador resolver sobre el fondo de la causa<sup>11</sup>.

La instancia particular equivale a la *querella (querela)* del ordenamiento italiano, en el cual existen otras condiciones de procedibilidad, algunas de las cuales constituyen verdaderas manifestaciones del principio de oportunidad<sup>12</sup> en forma excesivamente amplia.

La ausencia de instancia, si bien constituye un defecto grave de la acción, de los que el Código denomina "*defectos absolutos*" (Art. 163), es subsanable en cualquier momento antes de la sentencia cuando el titular del derecho de instar exprese formalmente su voluntad de que el hecho sea perseguido. Esto es así porque el Código consagra el principio de la subsanabilidad o sanación de cualquier defecto del acto procesal siempre que esto sea posible (Art. 165). Lo que interesa aquí es preservar el derecho de la víctima de decidir si autoriza o no la persecución del hecho, y esa autorización podrá ser otorgada oportunamente mientras no haya habido decisión jurisdiccional.

### **El principio de oportunidad**

Desde una concepción ideal de la justicia penal, todo delito debería ser perseguido y sancionado. El principio de obligatoriedad de la acción penal responde a esa concepción. La realidad es que no existe sistema de justicia penal en el mundo con capacidad para perseguir la totalidad de los delitos.

La persecución total es una ficción que se mantiene ocultando la cifra de hechos delictivos que la policía no investiga por la simple razón de no poder hacerlo. Al ver rebasada su capacidad de atención de todas las denuncias, es natural que la policía aplique algún criterio de selección de casos, sin que nadie ejerza control alguno sobre ese criterio discrecional. Quizás en menor grado, los fiscales y los jueces instructores también aplican de hecho cierta discrecionalidad, sobre todo en sistemas en los que existe monopolio de la acción penal.

El Código Procesal Penal establece como principio hegemónico en el ejercicio de la acción penal el de obligatoriedad, como se desprende de la primera frase del Art. 59, que regula el instituto de la **prescindencia de la acción penal**:

***"El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley."***

---

<sup>10</sup> Audiencia preliminar o audiencia inicial, según se haya presentado ante el juez la acusación con o sin acusado detenido (Arts. 255, 256 y 266).

<sup>11</sup> Una decisión sobre el fondo sin que haya habido un legítimo ejercicio de la acción penal equivale al quebrantamiento del principio acusatorio.

<sup>12</sup> Sobre el particular, vid. FLORIAN, *Elementos...*, cit., pág. 197, y LEONE, *Tratado...*, I. cit., págs. 158 y 165.

Pero también establece, como elemento o factor de atemperación, flexibilización, atenuación o mitigación de aquel principio su contrario<sup>13</sup>, el principio de oportunidad, de una oportunidad que podríamos llamar regulada y controlada. En virtud de este principio el Ministerio Público puede disponer del ejercicio de la acción procesal penal pública en algunas situaciones establecidas por la ley y supeditado al control jurisdiccional de legalidad.

El fin general que se persigue con las distintas instituciones derivadas del principio de oportunidad es el de descongestionar el sistema de justicia penal, dando a muchos casos salidas distintas de una persecución hasta sentencia condenatoria dictada como consecuencia de un juicio oral y público, de manera que el aparato represivo pueda otorgar prioridad a aquellos delitos de mayor lesividad social.

Tanto es así que el principio de oportunidad, según el Art. 55 del Código Procesal Penal, no podrá aplicarse "*cuando se trate de delitos contra el Estado o cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza*". Prudente disposición que permitirá no perseguir al empleado público común y corriente que colabore en la investigación del hecho en que ha tenido participación cuando su colaboración facilite perseguir al alto funcionario también involucrado en el hecho criminal.

Los fines específicos de cada una de las instituciones en que se manifiesta el principio de oportunidad los señalaremos cuando sean consideradas en su individualidad.

Estas instituciones son:

1. La mediación;
2. La prescindencia de la acción;
3. El acuerdo, y,
4. La suspensión condicional de la persecución.

### **La mediación**

Partiendo de su regulación en el Código Procesal Penal, podemos definir la mediación como *el procedimiento por el cual el imputado y la víctima procuran una solución al conflicto generado por el delito que evite el inicio del proceso penal o su continuación y satisfaga el interés restitutorio o reparatorio de la víctima*.

---

<sup>13</sup> Los principios procesales no son absolutos, muchas veces se recepta también el principio contrario para evitar excesos. Sobre la relatividad de los principios procesales Vid. MONTERO AROCA, Juan: **Derecho Jurisdiccional, I, Parte general**, con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo, 7a. edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 318; JARDIM, Afranio Silva: **Direito Processual Penal**, 4a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 58; TIJERINO PACHECO, José María: "*El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*", en AA.VV. : **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales, 1996, pág. 91.

La mediación es procedente sólo en faltas, delitos imprudentes, delitos sancionados con penas menos graves y delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia ni intimidación (Art. 56).

Como se deduce de la definición que hemos dado, la mediación puede darse antes del proceso o durante el proceso. La iniciativa puede partir tanto del imputado o acusado como de la víctima.

Conforme el Art. 57, mediador puede ser un **abogado** o **notario**, debidamente autorizado, la **Defensoría Pública**, a través de alguno de sus miembros, o un **facilitador de justicia en zona rural**, acreditados por la Corte Suprema de Justicia para la función.

En cuanto a su extensión, la mediación puede ser parcial o total, según comprenda la totalidad de los hechos delictivos o sólo algunos de ellos. Sobre los hechos en que no hubo acuerdo, el fiscal o la misma víctima podrán proseguir la persecución acusando o, si se trata de acuerdo parcial durante el proceso, éste continuará su marcha en relación con los hechos no cobijados por el acuerdo.

El fin específico de la mediación es buscar soluciones al conflicto social que genera el delito de poca gravedad, distintas de la pena de prisión y satisfactorias del interés resarcitorio de la víctima.

El acuerdo a que se llegue mediante la mediación debe hacerse constar en un **acta** y someterse a consideración del Ministerio Público. No señala el texto en comentario en forma expresa qué sucede cuando el fiscal no aprueba el acuerdo. Pero puede deducirse del cuarto párrafo del Art. 57 que dicha aprobación es requisito de la presentación del acuerdo al juez, salvo cuando el fiscal hubiere guardado silencio, caso en el cual cualquier interesado podrá presentar el acta ante la autoridad judicial. En efecto, mal podría estimarse que el acuerdo de dos particulares en contra del criterio del Ministerio Público pueda impedir a éste ejercer la acción penal, de la que es titular en salvaguarda del interés público.

Idéntica situación se da en la mediación durante el proceso: no puede coartarse al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Podríamos considerar que un excesivo celo del fiscal dificultaría toda posibilidad de mediación y que, como contrapartida, el fiscal se encontraría con una víctima renuente a prestarle colaboración en la demostración del hecho. Ciertamente, pero es el Ministerio Público quien debe decidir si continúa o no ejerciendo la acción.

El peligro de que el fiscal incurra en obstruccionismo del proceso de mediación debe ser conjurado por una clara política institucional del Ministerio Público y por la supervisión de la jerarquía del órgano, ante la cual pueden acudir los interesados en la mediación en procura de una posición racional del actor penal oficial.

En uno y otro caso, o sea, tanto en la mediación anterior al proceso como en la que se produce una vez iniciado el proceso, la última palabra la tiene el juez, sin cuya homologación no tendría ninguna validez el convenio. Para homologar el acuerdo el juez deberá verificar el control de

legalidad, es decir, comprobar que el caso cabe en las previsiones del Art. 56, que se ha seguido el procedimiento dispuesto por la ley y que el acuerdo es fruto de la libre y consciente voluntad de las partes. Para comprobar lo último podrá el juez interrogarlas y advertirles de los alcances del acuerdo.

No parece, sin embargo, que el juez pueda rechazar el acuerdo aduciendo que es contrario a la equidad, porque eso significaría exigir al Ministerio Público continuar en el ejercicio de una acción que éste ya consideró innecesaria al aprobar el acuerdo.

El cumplimiento del acuerdo tiene el efecto de extinguir la acción penal. Si se trata de mediación previa, al no existir proceso, no podría dictarse sentencia de sobreseimiento, que, como toda sentencia, sólo es procedente para poner fin al proceso<sup>14</sup> Sin embargo, el imputado tiene derecho a una declaratoria de cumplimiento del acuerdo, para poder demostrar la extinción de la acción penal que impediría una ulterior persecución. Para satisfacer esa necesidad, el Código Procesal Penal dispone que el juez deberá dictar un auto (fuera del proceso) declarando el cumplimiento por el imputado de los compromisos contraídos en virtud del acuerdo y la consiguiente extinción de la acción penal.

En el caso de la mediación durante el proceso, el cumplimiento del acuerdo, al extinguir la acción, da lugar al fin del proceso mediante un sobreseimiento.

Para el debido registro y control de las mediaciones aprobadas, el juzgado deberá llevar un "**Libro de Mediación**", en el cual se asentarán las actas correspondientes a cada acuerdo y en el que también deberá asentarse el auto extraprocesal al que nos hemos referido o, cuando se tratare de mediación durante el proceso, la mención del sobreseimiento dictado para ponerle fin .

### **La prescindencia de la acción penal**

Cualesquiera de las manifestaciones del principio de oportunidad consiste, en última instancia, en prescindir de la acción penal. De allí que el nombre *prescindencia de la acción penal* para referirnos a una manifestación en particular del principio en estudio sea en realidad motivo de confusión, que plantea al comentarista el reto de encontrar los elementos diferenciales de la institución.

Es fácil encontrar la diferencia si comparamos la **prescindencia de la acción penal** con la **mediación** o con la **suspensión condicional de la persecución**. En la **mediación** habrá una ponderación de intereses de las partes materiales del hecho delictivo, realizado directamente por ellas en procura de satisfacer los intereses de ambas. En la **prescindencia de la acción penal** no habrá ponderación de los intereses de las partes materiales, sino de qué es lo que más conviene a los intereses de la sociedad: perseguir o no perseguir a determinado individuo por determinada conducta delictiva.

---

<sup>14</sup> Art. 151: "**Dictarán** (los tribunales) *sentencia para poner término al proceso...*".

En la **suspensión condicional de la persecución** el acusado que admita su culpabilidad será sometido a un período de prueba de buen comportamiento que, si culmina exitosamente, tendrá la virtud de extinguir la acción penal. En la **prescendencia de la acción penal** no habrá período de prueba<sup>15</sup>.

Otras diferencias son la limitación en cuanto a la gravedad de los delitos sobre los que recaerá tanto para la **mediación** como para la **suspensión condicional de la persecución penal** y una mayor amplitud para la **prescendencia de la acción**, en la que la levedad del hecho de cuya persecución se prescinde no es considerada en sí misma, sino en comparación con la gravedad de aquél cuyo esclarecimiento facilita.

Más difícil parece la distinción con la cuarta institución derivada del principio de oportunidad: el **acuerdo**. Tienen en común éste y la **prescendencia de la acción penal** la mayor amplitud en cuanto a la gravedad de los delitos sobre los que podrá recaer uno u otra, en contraste con la **mediación** y la **suspensión condicional de la persecución penal**.

Se diferencian en que la prescendencia de la persecución penal es sólo uno de los resultados a que puede dar lugar el **acuerdo**, que también puede conducir a una disminución del grado de participación en el hecho criminal o a una disminución de la sanción penal (Art. 61).

Otra diferencia es que el **acuerdo** siempre será posterior a la acusación y, en consecuencia, necesariamente deberá tener lugar durante el proceso, como se desprende del inicio del Art. 61: "**Iniciado el proceso...**". En cambio, la **prescendencia de la acción penal** podrá ser preprocesal, anterior a la acusación, antes de que haya surgido el proceso<sup>16</sup>, o durante el proceso. En ambos casos se extinguirá la acción penal (Art. 72.5), pero en el primero de ellos esa extinción no podrá dar lugar a un sobreseimiento (pues no existirá proceso), sino a un auto, extraprocésal, en la que el juez establecerá la procedencia de la decisión del Ministerio Público (Art. 60 *in fine*).

Establecidas ya las semejanzas y diferencias de la **prescendencia de la acción penal** con las otras tres manifestaciones del principio de oportunidad, podemos intentar la siguiente definición:

---

<sup>15</sup> Aunque la prudencia aconseja que no se tome la decisión definitiva antes de haber obtenido resultados positivos y concretos en los casos de supuesta colaboración del imputado en la demostración de la participación mayor de otra persona, o en el esclarecimiento del mismo hecho o de un hecho conexo de mayor gravedad.

<sup>16</sup> Es cierto que el uso del vocablo **acusado** en los incisos 1 y 2 da pie para suponer que sólo procede la **prescendencia de la acción** después de la acusación, pero no hay ninguna razón técnica para que sea así. Por otro lado, al disponerse en el segundo párrafo del Art. 60, que regula el procedimiento por seguir al hacer uso de esta institución, que el Ministerio Público entregará copia de su decisión al beneficiado con la no persecución, es obvio que se está haciendo referencia a los casos en que no haya un proceso, en el cual pueda dictarse una sentencia de sobreseimiento que le ponga fin, como consecuencia de la extinción penal (Art. 72.5), y un expediente judicial en que se pueda documentar dicha resolución, para evitar una segunda persecución violatoria del *ne bis in idem*.

*Es una institución derivada del principio de oportunidad, en virtud de la cual y atendiendo exclusivamente el interés de la sociedad puede el Ministerio Público decidir no perseguir o no continuar la persecución de un hecho delictivo cuando se esté ante una de las situaciones taxativamente previstas por la ley, lo que deberá ser verificado por el juez mediante el estricto control de legalidad.*

Por control de legalidad debe entenderse la verificación de que el caso por examinar se dé alguna de la situaciones señaladas en el Art. 59. De ninguna manera podría significar injerencia sobre la oportunidad de la decisión del Ministerio Público, porque eso significaría injerencia en el ejercicio mismo de la acción, que en un sistema acusatorio es ámbito vedado al juzgador.

La expresión "*prescindir total o parcialmente de la persecución penal*", contenida en el primer párrafo del Art. 59, es comprensiva de la que le sigue: "*limitarla a alguna o algunas infracciones o personas que participaron en el hecho*", ya que esa limitación implica prescindencia parcial de la persecución objetiva (infracciones) y subjetiva (personas), de manera que la segunda debe entenderse como especificación de la prescindencia parcial.

Las diferentes situaciones contempladas en los tres incisos o numerales del Art. 59 pueden ser reducidas a dos categorías:

- a) Colaboración del imputado, y,
- b) Pérdida de importancia de la pena.

En efecto, todas las conductas prevista en el inciso 1 referentes al imputado o acusado a quien se decide no perseguir o no continuar persiguiendo son formas de colaboración con la justicia: colaborar eficazmente con la acusación, brindar información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayudar a esclarecer el hecho investigado u otros conexos.

Por otra parte, en todas las situaciones de los incisos 2 y 3 la pena resulta innecesaria: a) Por haberse producido lo que los criminólogos llaman "pena natural" (daño físico o moral grave como consecuencia del hecho delictivo); b) Cuando se dan los presupuestos bajo los cuales se prescindiría de la pena impuesta, y, c) Cuando la pena o medida de seguridad ya impuesta o por imponer por otros hechos, en el país o en el extranjero, fuere mucho mayor de la que cabría imponer por el nuevo hecho.

En los casos de prescindencia de la acción a cambio de la colaboración del imputado o del acusado, corresponde la decisión al Fiscal General de la República, de manera exclusiva e indelegable (Art. 60). En los demás casos, a los fiscales auxiliares, o sea, a fiscales subordinados. La diferencia se justifica por el riesgo mayor que hay en los primeros de incurrir en abusos que podrían generar corrupción e impunidad; de allí la conveniencia de restringir en ellos el número de fiscales con potestad para decidir sobre la oportunidad de la persecución.

La decisión del Ministerio Público deberá ser fundamentada y hacerse constar por escrito, para ser sometida a la verificación del juez de que se está ante una de las situaciones taxativamente señaladas por la ley.

La institución en estudio está destinada a convertirse en una eficaz arma en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción de funcionarios públicos, como lo reconocen quienes acometen la tarea de investigar esas formas de criminalidad y quienes están familiarizados con esa tarea.

### **El acuerdo**

*Mediante el acuerdo el acusado y su defensor buscan que el fiscal prescinda de la persecución penal en alguna o algunas de las imputaciones, disminuya el grado de participación que atribuye al acusado o la gravedad de la sanción penal que llegaría a pedir en juicio o que excluya a un tercero de la persecución, a cambio de la admisión de culpabilidad por el acusado, lo que permitiría ponerle fin al proceso mediante sentencia condenatoria sin necesidad de juicio oral y público, facilitar la función persecutoria, agilizar el proceso y contribuir a evitar el congestionamiento de los tribunales.*

La severidad de la pena podrá ser disminuida ya porque se llegue a prescindir parcialmente de la persecución (al dejarse de perseguir algunos de los hechos acusados), ya porque se llegue a cambiar el grado de participación del acusado en el hecho objeto del proceso o ya porque directamente el acuerdo recaiga sobre la sanción por imponer.

El acuerdo podrá ser rechazado por el juez si estima que la admisión de los hechos por el imputado no es voluntaria y veraz. En este caso, el acusado tendrá derecho a retirar su admisión de culpabilidad, si no lo hiciera el juez deberá advertirle una vez más que ello implica renunciar a un juicio oral y público.

El Art. 61 expresamente señala que el rechazo del acuerdo por el juez no será causa de recusación. La disposición podría parecer innecesaria, dado que la situación no se encuentra prevista entre las causales o motivos de recusación del Art. 32, cuya enumeración debe considerarse de carácter taxativo; no obstante, el abuso de la recusación en la práctica forense de Nicaragua recomienda disipar cualquier duda con una disposición específica.

La iniciativa en las conversaciones en procura del acuerdo puede ser tanto del fiscal como del defensor, pero éste necesita de previo la autorización del acusado.

La oportunidad procesal para el acuerdo va desde el inicio del proceso hasta antes de la sentencia de primera instancia o del veredicto, si interviniera jurado.

Si las conversaciones fracasaren, nada de lo manifestado en ellas podrá ser usado contra el acusado en ese proceso o en cualquier otro. Si se llegara a acuerdo y el juez lo aprobare, éste dictará sentencia inmediatamente según lo acordado.

*El acuerdo podrá ser mantenido en secreto por disposición del juez por un plazo determinado o mientras se cumpla una condición fijada en el mismo acuerdo, a solicitud del fiscal y con el exclusivo propósito de no perjudicar otra investigación en marcha. Esa otra investigación puede ser del mismo caso (en relación con la participación de otras personas) o de otro distinto.*

*El acuerdo puede ser condicionado tanto en virtud del procedimiento de acuerdo estrictamente hablando como de la prescindencia de la acción penal. La posibilidad de acuerdo condicionado en esta última institución es un elemento común con la institución del acuerdo, en sentido estricto, que no debe llamarnos a confusión. El acuerdo en la institución que el Proyecto denomina "prescindencia de la acción penal" es un elemento circunstancial limitado a las situaciones previstas en el numeral 1 del Art.59. Semejante a lo que para la institución del acuerdo es la prescindencia de la acción penal, que puede ser uno de sus resultados, pero no el único posible, como ya vimos. De manera que podrá haber prescindencia de la acción penal sin acuerdo (en los casos de los numerales 2 y 3 del Art. 59), tanto como acuerdo sin que se prescinda de la acción penal, como cuando éste recae sobre el grado de participación o sobre la pena (ya sea en el quantum o en la especie).*

### **La suspensión condicional de la persecución penal<sup>17</sup>**

Sólo el mayor número de artículos y la consecuente extensión que ocupa en el Código Procesal Penal puede explicar que se le dedique un capítulo aparte a este instituto, que es una manifestación más del principio de oportunidad, como claramente establece el Art. 55.

*La suspensión condicional de la persecución penal consiste en la interrupción del proceso por un plazo previamente establecido por el juez, que el Código fija como no menor de tres meses ni mayor de dos años, a fin de someter al acusado a un régimen de prueba personalizado, consistente en la realización o abstención de algunas actividades o comportamientos o en el sometimiento a algún tratamiento médico o psicológico o a la vigilancia que se determine, con el propósito de mejorar su condición educacional, técnica o social y evitar el juicio y una condena innecesarios para el restablecimiento del orden quebrantado por la comisión del delito.*

El Art. 63 establece los **presupuestos** del instituto:

1. Que se trate de delitos no graves (imprudentes o menos graves),
2. Que el acusado no tenga antecedentes penales;
3. Que manifieste conformidad con la acusación y admita los hechos;
4. Que no se haya aún convocado a juicio.

---

<sup>17</sup> El instituto tiene su antecedente en el de *probation*, del derecho angloamericano, recogido por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica como *suspensión del proceso a prueba*. Otras denominaciones son: *suspensión del procedimiento a prueba*, del código costarricense de 1996; *suspensión condicional del procedimiento*, del código salvadoreño de 1996 y del proyecto dominicano; *suspensión de la persecución penal*, del código hondureño de 2000, y *suspensión condicional del proceso*, del código venezolano de 1998.

5. A los anteriores hay que agregar **otros presupuestos**, que se derivan de la misma naturaleza del instituto:
6. Que la ley establezca el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal pública, y,
7. Que el acusado acepte la suspensión del proceso<sup>18</sup>.

La **suspensión condicional de la persecución penal** debe ser propuesta al juez por el fiscal (Art. 63). Con ello implícitamente se establece que entre fiscal y acusado y su defensor deben haberse entablado previamente conversaciones, que deberán haber tenido como resultado la admisión de la imputación por el acusado y la manifestación de su voluntad de que sea solicitada al juez la aplicación del instituto.

La **reparación del daño** causado con la comisión del delito o la garantía de su reparación es la primera condición que deberá imponer el juez para acceder a la solicitud de suspender el proceso. No obstante, si el resarcimiento o la garantía de tal no se producen por disentir las partes materiales en cuanto al monto por resarcir (y no en cuanto a la existencia del daño o la responsabilidad civil del acusado), podrá otorgar la suspensión. De cualquier forma, la víctima conservará el derecho de ejercer la acción civil en sede penal (Arts. 63 y 64).

Dispuesta la suspensión del proceso, la resolución deberá inscribirse en un **registro** nacional de casos suspendidos que llevará el Ministerio Público y que será de su uso exclusivo y solamente para efectos de control de la legalidad de la aplicación del instituto (Art. 63).

El régimen de prueba debe ser aceptado libremente por el acusado. Las **reglas** señaladas por el texto del Art. 65 pueden ser clasificadas en tres categorías:

- a) Las que implican un quehacer para el afectado: Las de los cuatro primeros incisos;
- b) Las que significan el sometimiento del acusado a un tratamiento médico o psicológico o a un sistema de vigilancia: Las de los incisos 5 y 6 y la segunda del inciso 7, y,
- c) Las que obligan al acusado a abstenerse de un comportamiento o actividad o aceptar una limitación a la libertad de residencia o de tránsito: Las de los incisos 7, en su primera parte, 8,9, 10 y 11.

El acusado podrá proponer al juez **otras reglas** semejantes a las previstas en el artículo 65, y podrán ser acordadas si se estiman convenientes.

---

<sup>18</sup> LUIZ FLÁVIO GOMES, en un sentido semejante señala tres fundamentos del instituto en estudio: a) La posibilidad de que el órgano acusatorio pueda disponer de la persecución; b) El principio de autonomía de la voluntad del acusado, y, c) El principio de que la pena de prisión breve es inútil (**Suspensão condicional do processo penal: O novo modelo consensual de justiça criminal**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, págs. 130-132).

Será deber del juez establecer con precisión los **medios de supervisión** de las reglas de conducta o abstención. Para ello procurará el concurso de instituciones públicas, organismos humanitarios, facultades o escuelas de la carrera de Psicología y otras entidades dedicadas a servicios de proyección social (Art. 65).

Los **funcionarios de supervisión** del régimen de prueba fungirán adscritos al Poder Judicial y cualquier violación de ese régimen deberán comunicarla al Ministerio Público y al juez de la causa para lo que corresponda (Art. 65).

Conforme el Art. 66, son dos los **efectos** de la suspensión condicional de la persecución penal: uno transitorio, que se produce mientras transcurre el plazo del régimen de prueba, y que consiste en la **interrupción de la prescripción de la acción penal**; otro definitivo, la **extinción de la acción penal**, que se produce por la observancia de las condiciones o reglas impuestas al acusado durante todo el plazo del régimen de prueba. Este segundo efecto es causal de sobreseimiento conforme el Art.155.4.

Habrá **revocación** de la suspensión de la persecución penal cuando el acusado incumpla injustificadamente las condiciones del régimen de prueba o si llegara a cometer un nuevo delito. De previo a tomar la decisión el juez deberá oír tanto al Ministerio Público como al acusado. En caso de quebrantamiento del régimen de prueba, el juez podrá decidir ampliar su plazo por un año más en lugar de la revocación (Art. 67). Debemos entender que la revocación fundada en la comisión de un nuevo delito no será procedente antes de la firmeza de la sentencia condenatoria por el nuevo hecho.

Si el juez decidiere revocar la suspensión condicional de la persecución penal deberá convocar a una nueva audiencia para dictar la sentencia que corresponda (Art. 67). Esto significa que se celebrará un juicio abreviado, en el que no hará falta recibir más pruebas por la razón de que el acusado es confeso. De lo anterior se colige que los alegatos del acusador y del defensor deberán versar sobre la pena que en justicia corresponda imponer, y no sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del acusado, que ya no serían objeto de discusión.

El proceso a que dé lugar el nuevo hecho que se impute formalmente al acusado podrá tener dos efectos sobre la suspensión de la persecución penal en el primero de los procesos. Uno de ellos es indefectible: el **impedir la extinción de la acción penal antes de la firmeza de la sentencia**<sup>19</sup> **que exima de responsabilidad al acusado**. El otro depende de que en virtud del nuevo proceso el acusado sufra prisión preventiva: consiste en: la **suspensión del plazo del régimen de prueba** impuesto en el primer proceso mientras el acusado esté privado de libertad (Art. 68). El primer efecto se produce para permitir la constatación de la observancia del régimen de prueba, mientras que el segundo obedece a la imposibilidad en que se encuentra el acusado de cumplir con las condiciones del régimen de prueba mientras no goce de libertad.

---

<sup>19</sup> Aunque el Proyecto CPP habla de "**resolución que lo exima [al acusado] de responsabilidad por el nuevo hecho**", tal resolución no puede ser sino una sentencia, conforme el Art. 151, que es el único medio de poner fin al proceso y de eximir al acusado de responsabilidad.

La revocación de la suspensión condicional de la persecución penal tiene reducido su ámbito a la tramitación del proceso, no trasciende a la sentencia que llegare a dictarse. En consecuencia, no impedirá la suspensión condicional de la pena ni la aplicación de medidas sustitutivas de la pena de prisión que fueren procedentes.

### Las excepciones

El tema de las excepciones, arduo en su tratamiento procesal civil, resulta más difícil en el campo procesal penal, en el que inclusive ha sido negada la posibilidad de su existencia<sup>20</sup>. FORNATTI y CLARIÁ OLMEDO coinciden en que en el proceso penal debe reservarse el concepto de excepción a lo que en Teoría General del Proceso se denominan “*excepciones previas*” o “*artículos de previo y especial pronunciamiento*”<sup>21</sup>.

Esa precisión deja fuera del concepto de excepción cualquier objeción del acusado al fondo de la imputación, que más bien cabe en el concepto estricto de “*defensa*”, definido por VÉLEZ MARICONDE como “*el derecho de oponerse a una pretensión jurídica que se hace valer, al sostenerse que ella carece, total o parcialmente, de base fáctica o jurídica*”<sup>22</sup>.

El Art. 69 del Código Procesal Penal no sólo hace referencia a las clases de excepciones, pese a su epígrafe de “*Clases*”, sino que establece la **titularidad** en materia de excepciones y da pie para tomar partido en una de las controversias clásicas del Derecho Procesal Penal: la de si puede excepcionar el actor penal.

Desde una concepción del proceso penal dominada por el principio de oficiosidad, que se traduce en un juez con amplios poderes que nosotros asociamos con la multacentenaria tradición inquisitorial iberoamericana y un Ministerio Público a quien se le exige una imparcialidad incompatible con su condición de parte, es natural encontrar una fuerte corriente doctrinal inclinada a otorgar al mismo Ministerio Público la potestad de interponer excepciones y de imponer al juez el deber de declararlas de oficio<sup>23</sup>.

Lo cierto es que una excepción formulada por un actor es una *contradictio in terminis*, tanto como la de una parte imparcial. Nosotros consideramos que la **objetividad** que cabe exigir al actor penal público no debe confundirse con la imparcialidad del juez. El fiscal, como representante de la sociedad, no puede ser imparcial, dado que esa condición lo equipararía al juez e impediría que ante éste llegaran la tesis del acusador y la antítesis del defensor para que del juzgador emane la síntesis que es la sentencia.

---

<sup>20</sup> Vid. FORNATTI, Enrique: **Excepciones previas en el proceso penal**, Buenos Aires, Valerio Abeledo, editor: 1952, págs. 73-75.

<sup>21</sup> FORNATTI, op. cit., p. 83. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, IV, Buenos Aires, EDIAR, 1964, págs. 548-549.

<sup>22</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: **Derecho Procesal Penal**, II, Buenos Aires, Lerner, 1969, pág. 384.

<sup>23</sup> Por todos, vid. FORNATTI, op. cit., págs. 96-97.

El fiscal debe ser objetivo, esto es, no un persecutor a ultranza, irracional, pero sí inclinado a defender los intereses de la sociedad que le han sido confiados en razón de su cargo. De allí que ante la duda sobre la culpabilidad del reo su regla no sea la de *in dubio pro reo*, sino la de *in dubio pro societate*<sup>24</sup>.

En cumplimiento de ese deber de objetividad, es admisible que el fiscal haga notar al juez la situación procesal que podría dar lugar a una excepción, pero no excepcionar él directamente, si es que no queremos vaciar de contenido el concepto de "excepción".

VÉSCOVI contempla a las excepciones como presupuestos procesales y denuncia que en los códigos procesales penales iberoamericanos de viejo cuño "*existe la misma confusión, denunciada más de un siglo atrás por BÜLOW (en 1868), entre las excepciones y los presupuestos procesales en el proceso civil*"<sup>25</sup>. Entre esas excepciones, que según el autor uruguayo son en realidad falta de presupuestos procesales, se encuentran la falta de jurisdicción o incompetencia, la prescripción y la cosa juzgada. En criterio de VÉSCOVI la falta de acción queda subsumida en las ya mencionadas excepciones o ausencia de presupuestos procesales<sup>26</sup>.

Para nosotros, sin embargo, la situación es a la inversa: tanto la prescripción como la cosa juzgada y la litispendencia implican falta de acción. En cuanto a la prescripción, porque está referida o a la acción o a la pena (prescripción de la acción penal o prescripción de la pena).

Si lo que se ha operado es la prescripción de la acción penal, ya no habrá, obviamente, acción penal. En lo que toca a la prescripción de la pena, ésta empieza a correr a partir del momento en que la sentencia de condena ha adquirido firmeza, y la firmeza de la condena es causa de extinción de la acción penal. En consecuencia, el plazo de prescripción de la pena empieza a correr cuando ya se ha extinguido la acción penal, de donde se colige que la prescripción de la pena presupone la extinción de la acción penal.

Implícitamente dijimos ya en el párrafo precedente que la cosa juzgada extingue la acción penal, al referirnos a la firmeza de la sentencia condenatoria. Basta sólo aclarar que para estos efectos tanto vale una sentencia de condena como una de absolución. Si cosa juzgada equivale a extinción de la acción penal, también equivale a falta de acción (por haberse ya extinguido).

En la litispendencia aún no se ha extinguido la acción en cuanto al objeto del proceso que pende, pero al haberse ya ejercido no procede un nuevo ejercicio de ella. De allí que la excepción de litispendencia implique, igual que la cosa juzgada y la prescripción, falta de acción. Esta es la orientación de la mayor parte de los modernos códigos procesales penales de Iberoamérica.

---

<sup>24</sup> Así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, en *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pág. 309. Igualmente, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1974, pág. 503.

<sup>25</sup> VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984, pág. 99.

<sup>26</sup> *Ibidem*, págs. 100-101.

Las cinco excepciones previstas en el Art. 69 del Código Procesal Penal realmente se reducen a dos: **falta de jurisdicción o competencia** y **falta de acción**. De las tres últimas las dos primeras (extinción de la acción penal y falta de condición de procedibilidad) configuran falta de acción. En efecto, si la acción se ha extinguido ya no hay acción. Si falta o no se ha dado la condición de procedibilidad, la acción no pudo haberse ejercido, puesto que la condición de procedibilidad es condición para un legítimo ejercicio de la acción.

En cuanto a la niñez o adolescencia del acusado, ella implica falta de jurisdicción, puesto que existe una jurisdicción específica para quienes no han llegado a la mayoría.

La excepción debe ser planteada por el defensor ante el juez, por escrito o, si el planteamiento se hace en una audiencia, oralmente. En uno y otro caso es condición de admisibilidad el ofrecimiento de prueba que fundamente la excepción, para cuyo conocimiento y decisión el juez debe convocar dentro de un plazo de cinco días a las partes a una audiencia pública. En la convocatoria se debe comunicar a las partes el contenido de la excepción, para que puedan oponerse a ella o apoyarla conforme su propio interés.

Si la excepción es planteada en el curso de una audiencia, allí mismo se recibirá la prueba, se escuchará a las otras partes y se resolverá fundadamente.

Si bien en el Art. 70 no se indica expresamente que las otras partes tienen el derecho de expresar su criterio sobre la excepción, no podría ser de otra manera en virtud del principio general de **bilateralidad** o de *audiatur et altera pars*, de enorme relevancia en un proceso de partes como el que establece el Código.

Si fuere declarada con lugar la **excepción de extinción de la acción penal**, el juez sobreseerá al acusado respecto al cual se haya dado esa situación (Art. 71). En la generalidad de los casos ello significará el fin del proceso, pero puede suceder que en caso de varios acusados la acción se haya extinguido sólo respecto a uno o algunos. Si esto fuere así, el sobreseimiento comprenderá solo a éstos y no pondrá fin al proceso, que continuará respecto al resto de los acusados.

También puede suceder que la acusación contenga más de una imputación, en cuyo caso a cada una de ellas corresponderá una acción independiente, cuya extinción deberá considerarse por separado.

Si la excepción se fundare en una de las causas que hemos considerado conglobadas en el concepto de **falta de jurisdicción o competencia** y fuere declarada con lugar, el juez remitirá los autos al órgano jurisdiccional competente (Art. 71).

Debemos insistir en que no debe dársele carácter de excepción al simple alegato de defensa. La confusión suele darse sobre todo en relación con la excepción de falta de competencia. Algunos defensores pretenden excepcionar por incompetencia alegando que el hecho no configura delito (claro alegato de defensa), en consecuencia, alegan, no es competente el juez de la materia penal.

Algunas situaciones materiales contribuyen a reforzar este error frecuente, como cuando el hecho es susceptible de un enfoque civilista. Por ejemplo: a) Incumplimiento contractual en lugar de la estafa que ve el acusador; b) Ejercicio del derecho de propiedad en lugar de la usurpación acusada. En uno y otro caso la excepción es improcedente porque ataca el fondo del asunto. No hay que olvidar que el proceso tiene por finalidad inmediata determinar si el hecho que constituye su objeto es o no delictivo, de allí que no pueda negarse la competencia del tribunal llamado a decidir la causa.

Si se declara con lugar una **excepción de falta de una condición de procedibilidad**, ésta podrá ser subsanada y el proceso continuar su marcha (Art. 71).

### Extinción de la acción penal

Diez causas de extinción de la acción penal señala el Art. 72 del Código Procesal Penal:

1. **La muerte del imputado o acusado:** La muerte del imputado no sólo extingue la acción penal, sino que hace cesar la condición misma de imputado. Al no haber contra quien proceder, no podrá pedirse la apertura del proceso. Si muere el acusado, al extinguirse la acción debe ponerse fin al proceso, salvo que hubiere otro u otros acusados.
2. **La prescripción de la acción penal:** Instituto de naturaleza discutida, que algunos consideran penal sustantiva, otros procesal penal y otros mixta. En todo caso, es innegable la repercusión que tiene en el campo del proceso. Un sector de la doctrina penal presenta como fundamentos de la prescripción de la acción las siguientes consecuencias del transcurso del tiempo: a) La disminución de la alarma social provocada por el delito; b) La progresiva desaparición de las huellas del delito, tanto materiales como psíquicas (memoria de los testigos), y, c) La pérdida de sentido en la conciencia social de la sanción penal tardía<sup>27</sup>. Otros autores encuentran su fundamento más en razones de seguridad jurídica que de justicia material<sup>28</sup>. Desde una perspectiva netamente procesal penal, la prescripción de la acción penal se puede fundamentar en el **principio de celeridad procesal**, en virtud del cual la tramitación del proceso y su resolución deben darse en un plazo razonable (Cn. Art. 34.2; CPP, Art. 8)<sup>29</sup>. Los plazos de la prescripción de la acción penal están establecidos en el Código Penal.
3. **La cosa juzgada:** Al adquirir firmeza la sentencia la acción penal se extingue, salvo para efectos de pedir la ejecución de la sentencia y de intervenir en los incidentes que en dicha ejecución se produzcan, como ya señalamos.

---

<sup>27</sup> Vid. en ese sentido REYES ECHANDÍA, Alfonso: **Derecho Penal. Parte general**, 3a. reimpresión de la 11a. edición, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994, pág. 288. En un sentido semejante, VELÁSQUEZ, Fernando: **Derecho Penal. Parte general**, 3a. edición, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pág. 730.

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: **Teoría general del delito**, Bogotá, Temis, 1990, pág. 175; DÍAZ ROCA, Rafael: **Derecho Penal general**, Madrid, Tecnos, pág. 322.

<sup>29</sup> Asimismo, Convención America sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Art. 8.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.3.c).

4. **El desistimiento o el abandono de la acusación particular cuando no se presentó acusación por el Ministerio Público, o de la querrela en los delitos de acción privada:** Si sólo ha habido ejercicio de la acción por el acusador particular, su desistimiento o abandono extingue la acción no sólo en cuanto ejercida por él, sino en cuanto haya podido ser ejercitable en relación con ese hecho. No podría admitirse que el Ministerio Público intentara un ejercicio posterior al desistimiento o abandono de la acción ejercida por el acusador particular porque no se trata de dos acciones distintas, sino de una sola acción que puede ser ejercida por dos actores distintos<sup>30</sup>. Si se operó la extinción antes de que el Ministerio Público accionara, este órgano debe asumir la extinción de la acción como consecuencia de su propia tardanza en actuar. En los artículos 75 y 76 se establece claramente la diferencia entre desistimiento y abandono de la acción.
5. **La aplicación de un criterio de oportunidad:** Por aplicación de un criterio de oportunidad debemos entender la **prescendencia de la acción penal**, considerada tanto como instituto autónomo derivado del **principio de oportunidad** (Art. 59) como simple consecuencia del **acuerdo**, otro de los institutos derivados del principio en mención (Art. 61). No se incluyen en la expresión en comentario los otros dos institutos que tienen tronco común con los ya señalados, como lo demuestra el hecho de que los incisos 6 y 7 del Art. 72 se refieran expresamente a ellos.
6. **El cumplimiento de los acuerdos reparatorios obtenidos a través de la mediación:** Ya vimos cómo mediante la mediación la víctima busca la satisfacción de su interés restitutorio o reparatorio, y también cómo el cumplimiento de los compromisos reparatorios extingue la acción penal (Art. 57). El concepto de reparación en este contexto incluye también la restitución del bien del cual fue despojada la víctima. Lo usual será que la restitución se lleve a cabo inmediatamente después del acuerdo, pero puede darse el caso de que el imputado o acusado necesite tiempo para recuperar el bien del que ya hubiere dispuesto y que pretende restituir a su legítimo poseedor. En tal caso, nada obsta a que la restitución forme parte del compromiso reparatorio.
7. **El cumplimiento del plazo de suspensión condicional de la persecución penal, sin que ésta sea revocada:** Dos condiciones deben cumplirse para que la suspensión condicional de la persecución penal culmine exitosamente: a) Que el plazo de prueba haya transcurrido en su totalidad, y, b) Que el acusado haya aprobado el régimen de prueba (Art. 64). A la concurrencia de ambos hechos alude el inciso 7 del Art. 72.

---

<sup>30</sup> Sobre la unicidad de la acción penal, Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA: **Derecho Procesal Penal**, 8ª. Edición, Madrid, Tecnos, 1975, pág. 74. Asimismo, RANIERI, Silvio: *L'azione penale*, en *Scritti e discorsi varii*, II, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 50-51. En un sentido diferente LEONE habla de pluralidad de la acción penal para referirse a las ya citadas *acciones complementarias* y que Giuseppe SABATINI ve como un fenómeno que él denomina **principio de polivalencia de la acción penal**, en virtud del cual "*la acción se refracta y se refleja sobre todas las partes y para todos los intereses, que, a causa del ejercicio de la potestad de justicia resultan de relieve*" (LEONE, Giovanni: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, I, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1963, págs. 150-152).

8. **El vencimiento del plazo máximo de duración del proceso: El principio de racionalidad y proporcionalidad** que inspira este Código, y más específicamente el **principio de celeridad procesal**, exigen que el proceso no tenga una duración indeterminada. El legislador ha señalado en el Art. 134 cuál es el tiempo en que racionalmente debe concluir el proceso. Vencido el plazo máximo allí establecido se extingue la acción penal y se clausura el proceso.
9. **La renuncia o perdón de la víctima, cuando esté expresamente autorizado:** Por *renuncia de la víctima* debemos entender *renuncia al ejercicio de la acción privada*, de la cual puede disponer por ser el único titular. No cabe equiparar esta renuncia al ejercicio de la acción con la no autorización para que se proceda en los casos de acción pública a instancia particular. En este caso, la renuncia de la víctima no podría extinguir la acción por haber otro titular: el Ministerio Público, aunque este titular de la acción tenga condicionada la posibilidad de su ejercicio a la aquiescencia del titular del derecho de instar. El **perdón de la víctima** se encuentra regulado en el Código Penal.
10. **La amnistía:** Que significa la renuncia por parte del poder público a la persecución del delito. No el indulto, que en estricto derecho sólo procede cuando ya hay sentencia firme, es decir, cuando ya se ha extinguido la acción penal.

Dos causas prevé el Código para la **interrupción de la prescripción de la acción penal durante el proceso**: a) La **fuga del acusado**, y, b) La **declaratoria de incapacidad del acusado por trastorno mental**. Obviamente, esta segunda causa se refiere al trastorno mental sobreviniente, no al que haya podido sufrir el imputado en el momento de la comisión del hecho, que afecta el fondo del caso pero no el desarrollo del proceso.

La interrupción de la prescripción encuentra fundamento en que no puede resultar afectada la potestad o el derecho de acción por razones ajenas a la voluntad de los titulares de ella. El principio de celeridad del proceso obliga al actor y al juez a la mayor diligencia, pero no puede ser utilizado como instrumento de impunidad. Si la fuga del acusado no tuviera la virtud de interrumpir la prescripción, se estaría invitando a realizarla y con ella el acusado estaría obteniendo provecho de su propio dolo. Por esa razón es que las causas de interrupción tienen diferente efecto: la fuga aniquila el plazo transcurrido; el trastorno mental sólo lo interrumpe (Art. 73).

Aunque el verdadero efecto de la prescripción de la acción penal es su extinción, como se deduce del Art. 72.2, el Código usa como epígrafe del Art. 74 "*Efectos de la prescripción*" para referirse al fenómeno de que "*la prescripción corre, se suspende o interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito*". Si bien la prescripción empieza a correr para todos ellos en el mismo momento, que es el de la comisión del hecho, las dos causas de su interrupción, arriba señaladas, son estrictamente personales. De allí se sigue que sólo afecten al imputado que se encuentre en una de las situaciones que constituyen causas de interrupción. La frase "*se suspende o interrumpe*" se refiere a lo mismo: la interrupción, ya comentada.

En el Art. 75 se trata del **desistimiento de la acción penal por el acusador particular** y en el Art. 76 del **abandono**. La diferencia entre el desistimiento y el abandono de la acción se encuentra en que el primero es expreso, exige expresión de la voluntad de no seguir ejerciendo la acción. El abandono es un desistimiento tácito y consiste en un comportamiento del cual se deduce la voluntad del actor de no continuar en el ejercicio de la acción.

El comportamiento en que consiste el abandono es de carácter negativo u omiso. Aparece reflejado en el Art. 76 en la forma de incumplimientos de cargas procesales y se da cuando, sin justa causa, el acusador particular:

- a) **Omita intercambiar información y elementos de prueba con la defensa:** La información a que alude este artículo es la misma a la que hacen referencia los artículos 269 y 274. En realidad se trata de *intercambio de información sobre los elementos de prueba*, y no de un *intercambio de elementos de prueba*. Conforme el Art. 269, el acusador particular debe presentar la información correspondiente durante la Audiencia Inicial. De manera que esa carga es tan temprana que hace que no exista diferencia con la situación del querellante, a quien al final del Art. 76 se exige presencia en todas las audiencias previas al Juicio. Dado que en causas por calumnias o injurias graves (únicos delitos de acción privada, según el Art. 53) no procede la detención de aquel contra quien se dirigirá la querrela, la primera audiencia de comparecencia obligatoria para el querellante será siempre la Audiencia Inicial, a la que también está obligado a comparecer el acusador particular a fin de que pueda presentar la información señalada, como ya vimos.
- b) **Se ausente al inicio del Juicio:** Es decir, no comparezca al juicio oral y público o se retire antes de que éste comience.
- c) **Omita realizar su alegato de apertura:** Alegato de apertura del acusador particular es la exposición oral de su acusación con que empieza su intervención en el Juicio (Art. 303).
- d) **Se aleje de la sala de audiencias:** O sea, se retire una vez iniciado el juicio.
- e) **Omitir realizar su alegato conclusivo:** Alegato conclusivo del acusador particular es el alegato final en el cual debe ponderar la prueba, señalar cuál es el cuadro fáctico demostrado, calificar los hechos y pedir el veredicto o el fallo que estime pertinente (Art. 314).

Debemos señalar, además, que el derecho a ser "*tenido como parte en los juicios desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias*" que la Constitución otorga al ofendido (Art. 34 *in fine*) no implica que éste no pueda ser excluido del proceso cuando incurra en desistimiento o abandono de la acción. El Código, acorde con la Constitución, otorga a la víctima dos formas de convertirse en parte procesal: **a) De una manera formal:** ejerciendo la acción penal pública mediante la acusación particular (Art. 78); **b) De una manera informal**, ya sea mediante la simple solicitud de intervención en las audiencias públicas del proceso (Art. 110.2) u ofreciendo pruebas (Art. 110.5) o impugnando resoluciones (Art. 110.6).

De una u otra manera la víctima será **parte actora o acusadora**<sup>31</sup>, pues en el proceso penal sólo hay dos clases de partes, en relación con la acción penal: actor o acusador y acusado. Si la víctima decidió ser parte actora debe sujetarse al régimen de la acción tanto en lo que a derechos y poderes se refiere como a las cargas procesales<sup>32</sup>. Un actor penal no puede ser una especie de francotirador que sólo dispara y desaparece del proceso, para reaparecer en el momento en que se le antoje.

De la cualidad de parte, dice LIEBMAN, surgen numerosas situaciones subjetivas, activas y pasivas. *“Del lado activo, la parte es titular de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales; del lado pasivo, de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones”*<sup>33</sup>. Nadie puede ser parte sólo respecto a lo que le es favorable; se es parte para todos los efectos.

De manera que ser parte o ser tenido como parte actora tiene como consecuencia la posibilidad de incurrir en abandono de la acción y, obviamente, la de ser excluido del proceso por esa razón. Naturalmente, la posibilidad de abandono sólo surge a partir del momento en que la víctima se constituye en parte. De allí que pueda legítimamente impugnar la sentencia absolutoria la víctima que no haya participado en la audiencia del juicio oral. Salvo que antes de dicha audiencia hubiera adquirido ya la condición de parte, en cuyo caso su no participación en el juicio significaría abandono de la acción.

De todo lo anterior se sigue que *ser parte o ser tenido como parte en los juicios desde su inicio y en todas sus instancias*, como dice la Constitución, significa el derecho de tener la oportunidad de constituirse en parte en el momento del proceso que el ofendido estime conveniente y de ejercer todos los derechos propios de la parte a lo largo del proceso. Pero no puede significar que dicha parte no tendrá las cargas que son intrínsecas a su condición de tal.

### **De la acusación y la querrela**

En el Código Procesal Penal de Nicaragua ***acusación es la imputación formal de cargos con que tanto el actor penal oficial (Ministerio Público o Procuraduría General de la República) como el actor penal particular (acusador particular) inician el ejercicio de la acción penal pública.*** La **querrela**, por otra parte, no es sino la acusación que hace el actor penal (querellante) en las causas por delitos de acción privada (calumnias e injurias graves).

---

<sup>31</sup> En el caso de constitución informal de la parte actora debe entenderse que se trata de una adhesión a la acusación presentada por el Ministerio Público, conforme el Art. 78.1.

<sup>32</sup> *“La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”*: COUTURE, Eduardo J.: **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, reimpresión de la tercera edición de 1958 (primera edición: 1942), Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 211.

<sup>33</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio: **Manual de Derecho Procesal Civil**, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1980, pág. 89.

Contrariamente a lo previsto en otras legislaciones, en el Código Procesal Penal de Nicaragua esta imputación de cargos no es provisional, para dar lugar a un sumario, sino definitiva, como corresponde en un sistema en que al proceso se llega a debatir sobre una acusación bien cimentada en una etapa investigativa preprocesal, y no a investigar para acusar. Lo anterior hay que entenderlo sin perjuicio de la posibilidad, muy poco frecuente, de ampliar la acusación (Arts. 259 y 312).

La circunstancia de que no sea en el proceso donde se busque el sustento de la acusación debería hacer muy difícil que el fiscal o el acusador particular se arriesguen a pedir su apertura sin contar ya en ese momento con suficiente respaldo probatorio para su acusación, el que deberá ser referido o mencionado en el mismo acto, como exige el Art. 77.5 al disponer que el escrito de acusación deberá contener “*los elementos de convicción que la sustentan (a la acusación) disponibles en el momento*”<sup>34</sup>...”. De paso debemos señalar que lo que debe contener el escrito de acusación es la referencia o mención de esos elementos probatorios y no los elementos mismos<sup>35</sup>. En otras palabras, una acusación sin sustento probatorio no es viable. Este aserto se refuerza al considerar lo dispuesto por los artículos 257 y 268. El primero de esos artículos dispone que el juez rechazará la acusación que no reúna “*los requisitos establecidos en el presente Código*”, y el Art. 268 impone al acusador, público o particular, la carga de la prueba que sustente la acusación: “*elementos de prueba que establezcan indicios racionales suficientes para llevar a Juicio al acusado*”.

Obsérvese cuál es la finalidad de esos elementos probatorios: no es simplemente justificar la existencia del proceso ante la **posibilidad** de la comisión de un hecho delictivo atribuible al acusado, sino demostrar que se justifica la apertura de la etapa de juicio porque ya la investigación preliminar se ha agotado y sus resultados son incriminatorios en grado de **probabilidad**.

Es decir, el inicio del proceso coincide con la etapa crítica o intermedia de aquellos códigos que establecen la instrucción o sumario (ya se atribuya dicha etapa a un juez instructor o ya a un fiscal): el momento procesal en que se valora el resultado del sumario o etapa sumarial o instructiva que precede al plenario escrito o al juicio oral y público, según el grado de modernidad del código de que se trate.

---

<sup>34</sup> Habrá casos en que para la obtención de algún elemento probatorio de refuerzo habrá que solicitar el auxilio judicial en el curso mismo del proceso. No obstante, sólo si ya se cuenta con otros elementos suficientes para sustentar la acusación ésta será admisible.

<sup>35</sup> El elemento de convicción podría ser un testimonio, pero éste no debe incluirse en el escrito de acusación, sino reservarse para el juicio oral y público donde se recibirá de viva voz. Así, por ejemplo, podrá mencionarse que se cuenta con el testigo Terencio, quien declararía en juicio que vio al acusado Antonio introducirse subrepticamente a la casa del ofendido Onofre y sustraer un televisor. Pero no se incluiría ninguna acta de una supuesta declaración de Terencio porque se quebrantaría el principio de oralidad que rige para las audiencias. Hay que precaverse de la supervivencia de viejos hábitos del procedimiento escrito, arraigados profundamente en los operadores del sistema inquisitivo.

De lo anterior resultará un progresivo celo de los acusadores por sustentar debidamente la acusación, ante el temor de dar un traspie en el inicio mismo del proceso. Con esto el sistema evita acusaciones gratuitas o intempestivas, que suelen atiborrar juzgados y constituyen verdaderas armas de extorsión en manos de litigantes inescrupulosos.

Además de la relación de elementos probatorios que sustentan la acusación, ya señalada, el Art. 77 establece como requisitos de la acusación los siguientes:

1. **Nombre del tribunal al que se dirige la acusación:** La acusación deberá dirigirse al tribunal con competencia material u objetiva, que establece el Art. 20: en causas por delitos graves es competente el juez de distrito; en causas por delitos menos graves y por faltas, el juez local.
2. **Nombre y cargo del fiscal:** Basta con que se identifique el fiscal. No es necesario indicar la fecha de nombramiento, ni el período para el cual fue nombrado el funcionario, datos que hacen fastidiosa la lectura por ser inútiles.
3. **El nombre y generales de ley del acusado, si se conocen, o los datos que sirvan para su identificación:** Si el acusado hubiere suministrado un nombre falso o hubiere el fiscal incurrido en error en ese particular, no será ello causa de nulidad de la acusación cuando no hubiere duda de la identidad física. Pero deberá rectificarse el yerro apenas fuere descubierto. Se suele decir que *“lo que importa es el hombre, no el nombre”*<sup>36</sup>.
4. **Nombre y generales de ley o datos que sirvan para la identificación del ofendido o víctima, si se conocen:** En la generalidad de los casos será posible la identificación de la víctima, pero no puede descartarse que en algún caso no sea así. La falta de identificación de la víctima no impedirá la acusación ni la condena misma, cuando no quepa duda de su existencia.
5. **La relación clara, precisa, específica y circunstanciada del hecho punible, la participación del acusado en él, su posible calificación legal y los elementos de convicción que la sustentan disponibles en el momento:** La primera parte, hasta la participación del acusado en el hecho, inclusive, se refiere al denominado **“cuadro fáctico”**, es decir, el hecho o conjunto de hechos. Esto es el núcleo de la acusación, sobre lo cual va a versar el proceso, lo que determina el **objeto procesal**. De allí la necesidad de que los hechos sean descritos en forma **clara**, es decir, inteligible o fácil de comprender;

---

<sup>36</sup> “Al proceso penal basta la identidad física del imputado, erigida desde sus rasgos o características específico-definitorios, pudiéndose incluso sentenciar, a pesar de existir indeterminación sobre su nombre y sus generales...”: DOBLES OVARES, Víctor Alfonso: **Código de Procedimientos Penales. Anotado, concordado, actualizado, con jurisprudencia constitucional**, nota 1 al Art. 47, San José de Costa Rica, Editorial Juritexto, 1995, pág. 78. “Debe recordarse que en el proceso penal lo fundamental es la identidad física del imputado y no su identidad nominal...”: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: **Proceso penal comentado**, nota 2 al Art. 303, San José de Costa Rica, UCI, 1998, pág. 635.

**precisa**, o sea, concisa, exacta y rigurosamente; **circunstanciada**<sup>37</sup>, con indicación de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución o de participación<sup>38</sup>, y **específica**, es decir, separando los distintos hechos de una acusación con imputación múltiple<sup>39</sup>. Debe evitarse a toda costa hacer uso del *nomen iuris* o nombre técnico del delito o del verbo derivado de ese nombre en la descripción del hecho. Pero sí se puede, y generalmente será necesario, usar un verbo definitorio de los contenidos en la descripción del tipo penal. Así, por ejemplo, no deberá decirse que el acusado incurrió en robo o robó, violó o usurpó, sino que se apropió de tal o cual cosa ajena (se deberá describir la cosa) haciendo uso de violencia física o intimidación contra tal o cual persona o de fuerza en tal o cual cosa (se deberá indicar en qué consistió la violencia física o la intimidación o la fuerza sobre las cosas); que logró acceso carnal con Zutana violentamente (se deberá decir en qué consistió la violencia) o que despojó a Fulano de tal fundo (se indicará cómo se llevó a cabo el despojo). Un defecto de la acusación en cuanto al punto en comentario afectaría gravemente el derecho de defensa del acusado, que exige la posibilidad de conocimiento de los cargos. La primera condición para que exista defensa, después de la posibilidad de intervenir en el proceso, es la de tener conocimiento exacto de los cargos imputados. KAFKA recurre a esa ausencia de conocimiento como argumento de una de sus más interesantes novelas del absurdo: *“El proceso”*. La segunda parte del inciso en comentario, *“la posible calificación legal”*, hace referencia al encuadramiento del hecho en una de las figuras típicas del ordenamiento penal sustantivo. Comprende tanto el *nomen iuris* o nombre técnico del delito (robo, parricidio, usurpación de autoridad, etc.) como la indicación del artículo del Código Penal o de otra ley penal que lo contenga. Sin embargo, la omisión de algunos de esos dos elementos no afectará la validez de la acusación cuando no quepa duda de la calificación legal. La tercera parte del inciso 5 se refiere a los elementos de convicción, sobre los que ya discurrimos.

6. **La solicitud de trámite:** El menos importante de los requisitos. No creemos que su omisión afecte en nada la acusación, puesto que ésta tiene un fin claramente definido: se acusa para que el juez inicie un proceso y se determinen en él hechos y responsabilidades penales.

<sup>37</sup> Lo correcto es que la exigencia de circunstancialidad anteceda a la de especificidad, como aparece en el Art. 79.4, porque la última atañe a la pluralidad de hechos, que no siempre existe en las acusaciones.

<sup>38</sup> Así, aunque no en el mismo orden: CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, IV, Buenos Aires, EDIAR, 1964, pág.408. DOBLES OVARES, Víctor Alfonso, señala: *“Las circunstancias son las de tiempo, modo y lugar, y han de entenderse por ellas: la persona, el hecho, el lugar, los medios, los motivos, la manera y el tiempo... Quis (¿Quién es el culpable?), quid (¿cuál es su crimen?), ubi (¿dónde lo cometió?), quibus auxiliis (¿por qué medios o qué cómplices?), cur (¿por qué?), quomodo (¿de qué modo), quando (¿en qué tiempo?)”* (Código de Procedimientos Penales. Anotado, concordado, actualizado y con jurisprudencia, nota 4 al Art. 341. San José de Costa Rica, Editorial Juritexto, 1995, pág. 314.

<sup>39</sup> Así, CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: **Tratado de Derecho Procesal Penal**, IV, Buenos Aires, EDIAR, 1964, págs.408-409.

Quizás por obvio, pero éste sí importante, no se menciona entre los requisitos la **firma** del fiscal que hace la acusación. Además, debe indicarse el **lugar** y la **fecha**, preferentemente al final y antes de la firma.

Si se estuviere ante un caso de exención de responsabilidad penal en el que, sin embargo, corresponda aplicar una **medida de seguridad**, conforme con el **principio de legalidad procesal penal** (Art. 1: “*Nadie podrá ser ... sometido a una medida de seguridad...*”) el fiscal deberá solicitarlo en la acusación. Tal vez no sea innecesario recordar que no debemos confundir **medidas de seguridad** con **medidas cautelares**: éstas, de naturaleza procesal, tienen por finalidad “*asegurar la eficacia del proceso, garantizando la presencia del acusado y la regular obtención de las fuentes de prueba*” (Art. 166) y también impidiendo la distracción de valores y bienes, tal el caso de todas las medidas cautelares reales (Art. 167.2). Las medidas de seguridad, cuya primera noción es obra del jurista suizo Stoos en 1893, son un medio de defensa social a la par de las penas. Pertenecen, pues, al ámbito del Derecho Penal material y son reguladas por el Código Penal.

Contrariamente a lo que puede sugerir una lectura superficial del Art. 78, no son tres sino dos las formas en que puede hacerse la **acusación particular**:

1. **Mediante adhesión a la acusación hecha por el Ministerio Público:** Es decir, mediante un escrito en el que formalmente se manifieste la adhesión a los términos de la acusación del actor penal oficial o fiscal. No creemos que sea necesario repetir la relación de hechos y otros elementos de la acusación del fiscal, puesto que éstos constan ya en autos. Pero deberá hacerse debida identificación de la causa, del actor penal adhesivo y, en lo posible, del acusado.
2. **Interponiendo un escrito de acusación autónomo:** En otras palabras, haciendo el actor penal particular su propia acusación, en la que la relación de hechos, según su propia apreciación, podría ser diferente de la contenida en la acusación del fiscal, y en la que la prueba que sustente esos hechos también podría variar. En este caso, el auto de remisión a juicio (Art. 272) sería el que unificaría el cuadro fáctico, pues es el juez el que entonces decidirá cuál relación de hechos admite para el juicio.

El inciso 3 del Art. 78 no señala una tercera forma de acusar, sino una de las dos situaciones en que se puede acusar en forma autónoma. Esas situaciones son las siguientes:

- a) **Actuando el actor particular como acusador conjunto (Art. 78.2):** O sea, constituyéndose en actor a la par del Ministerio Público, mediante acusación autónoma;
- b) **Actuando el actor particular como acusador único (Art. 78.3):** Cuando el Ministerio Público decline el ejercicio de la acción (Art. 226), y la declinatoria no obedezca a la aplicación del principio de oportunidad, porque en este caso debe prevalecer la justa exigencia del bien común (Art.9) en que debe estar

fundada cualquiera de las aplicaciones de este principio y ello impediría la acusación particular.

Debemos recordar que, pese a que en el primer párrafo del Art. 78 sólo se menciona a la víctima, también puede ser acusador particular cualquier otra persona, conforme se establece en los artículos 51.4 y 109 y con la limitación ya señalada al examinar la acción popular.

Los **requisitos de la querrela** (Art.79), acusación por delitos de acción privada, son los mismos de la acusación hecha por el fiscal o el actor penal particular, con las naturales diferencias en cuanto al acusador.

Es cierto que en el Art. 79 existe una diferencia en la forma en que se establece la exigencia de sustentar probatoriamente la acusación. No se hace en uno de los cinco incisos o numerales, sino en un párrafo final y con diferentes palabras, aunque el significado es el mismo: debe revelarse en el escrito de acusación cualquier elemento de prueba disponible.

La acusación, ya sea oficial o particular, y la querrela se presentarán ante el juez competente (Art. 80). En el caso de acusación, ante el juez de distrito o el juez local, según se trate de delitos graves o de delitos menos graves respectivamente. En el caso de querrela, por estar sancionados los delitos de acción privada con pena menos grave en el ordenamiento penal patrio, el juez competente será siempre el juez local (Art.20).

Si ya hubiere proceso, la acusación se presentará ante el juez de la causa, para evitar procesos paralelos por el mismo hecho. Si no se hiciera así, el defensor deberá oponerse a la nueva acusación o querrela mediante una excepción de falta de acción, por litispendencia (Art. 69.2).

Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere más de un juzgado del mismo orden y competencia material, la acusación o querrela se presentará en la oficina única de recepción y distribución de causas para que se designe al juez que resulte competente en razón del turno establecido de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial y su Reglamento.

#### **Del ejercicio de la acción civil<sup>40</sup>**

De conformidad con el Art. 81, la acción civil, tanto restitutoria como resarcitoria, puede ser ejercida en sede penal una vez que la sentencia penal haya adquirido firmeza.

---

<sup>40</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto, y Ricardo LEVENE, hijo, señalan: "*La acción de resarcimiento surgida del delito es civil por su naturaleza y penal por derivar de un hecho delictivo y por deducirse normalmente ante los tribunales represivos. Como acción civil que es, tiene todos los rasgos atribuibles a las demás acciones civiles: es un derecho potestativo, frente al adversario, renunciable en todo momento, sobre el que cabe transacción, transmisible a los herederos del damnificado, y ejercitable contra los del culpable, y también, en ocasiones, frente a terceros civilmente responsables y frente a personas exentas de responsabilidad criminal. Presenta, pues, agudos contrastes respecto de la acción penal y es, desde luego, una institución independiente de ésta, cuya resolución no prejuzga la suerte que aquélla vaya a correr, ya que un hecho que no sea delictivo puede, sin embargo, haber causado daños civiles.*" (**Derecho Procesal Penal**, II, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1945, págs. 94-95).

Consideramos un acierto la sucesividad de la acción civil en relación con la acción penal. La simultaneidad de acciones, dispuesta en otros códigos de la región, ha producido efectos negativos en el proceso penal por las siguientes razones:

- a) Ha sido pretexto para introducir formalismos propios del proceso civil y eso ha entrabado todo el proceso;
- b) Ha encontrado resistencia en los jueces, quienes suelen ver a la acción civil como un cuerpo extraño que hay que expulsar en la primera oportunidad. De allí la excesiva rigurosidad con que suele examinarse la constitución en actor civil y cierta predisposición a sacar del proceso a dicho sujeto procesal antes de llegar a juicio.
- c) Suele afectar la debida atención que debe tener cada una de las acciones. Se corren dos riesgos: que se altere la jerarquía natural de ellas y adquiera preeminencia la acción civil, o que la accesoriedad de ésta llegue a significar menor consideración en el momento de resolver la causa.

El Código Procesal Penal de Nicaragua establece una verdadera acción civil, pese a que el Art. 81 pareciera dar pie a la opinión de que se trata de una simple solicitud de restitución y de tasación de daños y perjuicios.

Basta con ver los requisitos de dicha “solicitud”, dispuestos en el último párrafo del Art. 81 y en el Art. 82 para comprender que se trata de toda una demanda: indicación de actor y demandado, fundamentos de hecho y de derecho, pruebas y *petitum*.

Los fundamentos de hecho están constituidos por la copia certificada de la sentencia, que exige acompañar el Art. 82, porque la acción civil encuentra sustento fáctico en los hechos establecidos en la sentencia penal. Esta sentencia no necesariamente deberá ser condenatoria, pese al calificativo de que hace uso el texto legal, dado que la acción civil también procede en caso de que se haya establecido la **exención de responsabilidad penal sin exención de la civil** (Art. 81) y eso sólo puede hacerse mediante sentencia.

En los casos de **suspensión condicional de la persecución penal**, tercer caso en que cabe la acción civil conforme el Art. 81, no hay que esperar la sentencia de sobreseimiento porque la reparación del daño o su garantía es condición **sine qua non** para que el juez otorgue dicha suspensión (Art. 63). En estos casos es el auto que acuerda la suspensión del proceso y establece que el acusado ha admitido los términos de la acusación lo que constituirá el fundamento fáctico de la demanda.

Ya vimos que cuando se trata de suspensión de la persecución penal se ejerce la acción civil solamente ante falta de acuerdo sobre el monto de la responsabilidad civil, y no para determinar esa responsabilidad, porque la admisión de la acusación por el acusado, que es presupuesto de este instituto (Art. 63), implica admisión de las consecuencias civiles derivadas del delito.

Tampoco es admisible la opinión de que este capítulo del Código regula un simple incidente de ejecución, porque no habrá habido aún resolución condenatoria en lo civil que pueda ser ejecutada.

Se trata, en suma, de una acción procesal nueva y distinta, aunque su objeto se encuentre vinculado con el propio del proceso penal, dado que el hecho generador de ambos objetos procesales es el mismo: el delito.

Debe señalarse que en la generalidad de los casos la acción civil será solamente resarcitoria, porque lo usual será que tratándose de la restitución de bienes el juez penal la disponga de oficio en la sentencia penal (Art. 81). El resarcimiento, por el contrario, aparte de que requeriría una expresa solicitud de la parte interesada, no podría disponerse sin que haya habido posibilidad de discutir sobre la existencia de la responsabilidad civil (que es distinta de la existencia del hecho generador de ella, ya establecido en la sentencia o en el auto de suspensión de la persecución penal), la magnitud de los daños y perjuicios y el monto de la reparación.

Cuando sobre la legítima propiedad de un bien por restituir hubiere discrepancia, no podrá ordenarse la restitución ni siquiera a través de la acción civil. El asunto deberá ventilarse en la vía civil ordinaria porque se requeriría una acción reivindicatoria, que no puede ser discutida en sede penal.

Con arreglo a lo dispuesto por el Art. 83, el juez examinará la demanda y la devolverá al actor civil para que dentro de un plazo de cinco días corrija cualquier defecto en relación con los requisitos de ley. Si no se efectuaren las correcciones requeridas, se rechazará la acción mediante auto.

Contra esta resolución caben recursos de reposición y apelación. Si la apelación fuere desestimada, se agotará la vía penal para el reclamo civil y sólo quedará la vía civil ordinaria.

Si la demanda fuere declarada admisible, se dará traslado de ella a los demandados para que, en un plazo de tres días, contesten lo que consideren pertinente y ofrezcan pruebas de descargo al actor con copia al juez.

Vencido el plazo para contestar la demanda, aunque no hubiere habido contestación, el juez convocará a las partes a una **audiencia de conciliación y prueba**, que deberá celebrarse dentro de un plazo de diez días.

El Art. 84 prescribe que la audiencia de conciliación y prueba iniciará con un **trámite de conciliación**. Si hubiere acuerdo conciliatorio, su contenido se incorporará a la sentencia con que deberá culminar el ejercicio de la acción civil. En caso contrario, se recibirán las pruebas y se oirán las pretensiones de las partes.

Ante la incomparecencia injustificada del actor civil se decretará el abandono de la acción, su archivo y la condenatoria en costas. Este abandono de la acción, en tanto no implica renuncia del derecho resarcitorio, no impedirá una nueva acción en vía civil ordinaria, pero sí será óbice para intentarla de nuevo en sede penal.

La no comparecencia injustificada de los demandados a la audiencia no será motivo para suspenderla. Se recibirá la prueba ofrecida por las partes presentes y se resolverá con base en ella. He aquí un claro ejemplo de carga procesal insatisfecha y de sus consecuencias: la pérdida de la oportunidad para producir pruebas y hacer alegatos finales.

Establece el Art. 85 que el plazo para dictar la sentencia no podrá exceder de tres días a partir de la clausura de la audiencia. Aunque el citado artículo no lo indique, la sentencia que resuelva la cuestión civil en sede penal deberá contener todos los requisitos señalados en los artículos 153 y 154 que sean compatibles con su naturaleza. Los requisitos que expresamente exige el Art. 85 son complementarios de los requisitos generales de la sentencias establecidos en los artículos citados. Pensar lo contrario nos llevaría al absurdo de admitir la posibilidad de una sentencia no fundamentada, en quebranto del **principio de racionalidad**.

Los requisitos específicos de la sentencia en lo civil son:

1. **Nombre, generales de ley y número de documento de identidad del solicitante y, en su caso, de su apoderado legal:** Se refiere a los datos que identifican al actor civil y a su eventual apoderado.
2. **Nombres y generales de ley de la o las personas declaradas responsables civiles:** La última expresión no es nada feliz. La sentencia perfectamente podría ser desestimatoria, en cuyo caso no habría declaratoria de responsables civiles. Debí decirse “*de los demandados*”, porque eso es lo que son.
3. **La orden de restituir, o reparar los daños o indemnizar los perjuicios, con su descripción concreta y detallada, y su monto exacto:** Esta es la parte resolutive de la sentencia. Obviamente, si se desestima en su totalidad la pretensión del actor civil, en vez de esto deberá expresarse el rechazo de la acción.
4. **La orden de embargar bienes suficientes para responder por la restitución, reparación o indemnización, y las costas, o cualquier otra medida cautelar de carácter real:** Forma parte del fallo o parte dispositiva o resolutive. De previo a la orden es necesario que se fundamente la necesidad de la medida, en obsequio al principio de proporcionalidad (Art. 5). Debemos entender que si la acción fuere rechazada, sería improcedente toda medida cautelar.

Dice el Art. 85 que la sentencia será apelable. ¿Será también recurrible en casación? Del texto que sigue parece poder deducirse que no lo es: “*Si la resolución no es recurrida o si habiéndolo sido es confirmada, quedará firme...*”. Al hacerse mención sólo de la apelación parece limitarse la recurribilidad a ella.

Si nos vamos al Art. 386 la impugnabilidad objetiva en casación está limitada a “*las sentencias dictadas por las salas de lo penal de los Tribunales de Apelación en las causas por delitos graves, excepto las que confirmen sentencias absolutorias de primera instancia*”. Estas sentencias impugnables son las que resuelven la causa penal, no las que resuelven la cuestión civil, que son distintas como distintas son las causas en que se dictan.

La causa penal se extingue con la firmeza de la sentencia que resuelve la cuestión penal, salvo en lo que toca a la ejecución de la pena. La acción civil se ejerce ante el mismo juez que resolvió la causa penal, pero no es una continuación de ésta. Es una causa distinta, una causa civil tramitada en un juzgado penal, pese a la opinión de ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE de que la acción también tiene naturaleza penal, recogida en la nota 40.

El hecho de que se excluya en el mismo artículo a algunas de esas sentencias penales (las que confirman sentencias absolutorias de primera instancia) nos da otro argumento para una interpretación restrictiva del texto en examen.

Para ejecutar la sentencia condenatoria en lo civil se debe seguir el procedimiento que para ese efecto dispone el Código de Procedimiento Civil (Art. 85 *in fine*).

El Art. 86 fija un plazo para ejercer la acción civil en sede penal de un año a partir de la firmeza de la resolución dictada en el proceso penal que pueda servir de fundamento fáctico a la demanda. Vencido ese plazo se operará la prescripción de la acción en sede penal, pero podrá el interesado ejercer acción en sede civil.

Dispone el Art. 87 que los terceros que hayan sido condenados civilmente pueden acudir a la vía ordinaria a repetir contra los directamente obligados. Terceros condenados civilmente, o terceros demandados, son aquellos que no participaron en el delito, pero que responden civilmente conforme la ley establece. Directamente obligados son los autores y partícipes del delito.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, y Ricardo LEVENE, hijo: *Derecho Procesal Penal*, II, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ALTAVILLA, Enrico: “Pretesa punitiva e azione penale”, en *Nuovo Digesto Italiano*, X, UTET, Torino, 1939, págs. 354-362.

BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho Procesal*, Harla, 2ª edición, México, 1995.

CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, I, UTEHA, Buenos Aires, 1944.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, IV, EDIAR, Buenos Aires, 1964.

COUTURE, Eduardo J: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, reimpresión de la tercera edición de 1958 (primera edición: 1942), Buenos Aires, 1974.

DALL'ANESE, Francisco: El juicio, en AA.VV.: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Corte Suprema de Justicia/Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

DÍAZ ROCA, Rafael: *Derecho Penal general*, Tecnos, Madrid, 1996.

DOBLES OVARES, Víctor Alfonso: *Código de Procedimientos Penales. Anotado, concordado, actualizado, con jurisprudencia constitucional*, Editorial Juritexto, San José de Costa Rica, 1995.

FLORIAN, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934, reimpresión 1990.

FORNATTI, Enrique: *Excepciones previas en el proceso penal*, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1952.

GOMES, Luiz Flávio: *Suspensão condicional do processo penal: O novo modelo consensual de justiça criminal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: El proceso de ejecución, en AA.VV: *Derecho Jurisdiccional*, III, Proceso Penal, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 1997.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y Vicente HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1975.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974.

JARDIM, Afranio Silva: *Direito Processual Penal*, Forense, 4ª. edição, Rio de Janeiro, 1992.

LEONE, Giovanni: "Azione penale", en *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Varese, 1959.

LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEJA, Buenos Aires, 1963.

LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1980.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, UCI, San José de Costa Rica, 1998.

MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional, I, Parte general*, con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo, Tirant lo Blanch, 7a edición, Valencia, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1990.

MUÑOZ ROJAS, Tomás: "En torno al acusador particular en el proceso penal español", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 1, págs. 105-157, Madrid, 1973.

RANIERI, Silvio: L'azione penale, en *Scritti e discorsi varii*, II, pags.33-54, Giuffrè, Milano, 1968.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Derecho Penal. Parte general*, Temis, 3ª reimpresión de la 11ª edición, Santa Fe de Bogotá, 1994.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción", *Revista de Derecho Procesal*, t. III, págs. 35-92, Madrid, 1968.

TIJERINO PACHECO, José María: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en AA.VV: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales, San José de Costa Rica, 1996.

VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte general*, Temis, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá, 1997.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, II, Lerner, Buenos Aires, 1969.

VÉSCOVI, Enrique: *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984.