

B)

## JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL

### La legitimación activa en los delitos semipúblicos

(Sentencia de 19 de febrero de 1962)

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGCERVER

Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: I. La sentencia de 19 de febrero de 1962. II. Naturaleza de la instancia privada. III. Sujetos legitimados.

I. En uno de sus Considerandos, la sentencia de 19 de febrero de 1962 sienta la doctrina siguiente: «Si bien es verdad que el párrafo 1.º del artículo 443 del Código penal dispone que para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, bastará la denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden, y el párrafo 2.º del mismo artículo agrega que por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores, también es verdad que en el párrafo siguiente se faculta al Ministerio Fiscal para denunciar, y al Juez de instrucción para proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida, y como persona desvalida ha de estimarse a la menor víctima de los hechos enjuiciados, puesto que no estaba amparada y protegida por los que en virtud de los lazos de la sangre estaban obligados moral y legalmente a ello, toda vez que sus padres estaban desentendidos de la menor, que tenía que proporcionarse lo necesario para la subsistencia por sus propios medios, y el padre además padece una enfermedad mental, según se consigna en los hechos probados, aparte de que, como resulta del sumario que se tiene a la vista, la conducta observada por este padre, con respecto a su hija, es en extremo reprobable, y si los progenitores de la menor agraviada no cumplieron con los deberes que lleva consigo la patria potestad, y por tanto ella se encuentra en el más completo abandono y desamparo por parte de sus familiares, como lo prueba el hecho de que estén viviendo en poblaciones distintas, no obstante la corta edad de la hija y la enfermedad mental que la aqueja, es visto que el Ministerio Fiscal, velando por los sagrados intereses que le están confiados en defensa de los desvalidos y de la moral pública, formuló la denuncia al tener conocimiento de la perpetración de los delitos, con lo que se ajustó estrictamente a lo que, con carácter supletorio, autoriza el citado artículo 443 de la Ley sustantiva penal; y por otra parte, no hay que olvidar que el delito de abusos deshonestos, no es

de los puramente privados que solamente pueden perseguirse a instancia de la parte agraviada, y en los que no intervienen el Ministerio Fiscal, sino que tiene un carácter semipúblico y por ello la facultad de promover el procedimiento, no está reservada exclusivamente a las personas perjudicadas mediante la formalización de querrela, por todo lo que debe ser rechazado este último motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se insiste en la sentencia cuyo considerando transcribimos, en la conocida distinción entre delitos semipúblicos y delitos privados. Es evidente su distinta naturaleza, aun cuando en ocasiones parece existir confusión—como aconteció en el caso de la sentencia referida—. Existen también ciertas dificultades en orden a la determinación de la legitimación activa, que trataremos de puntualizar mediante un análisis comparativo y diferenciador de tales figuras delictivas, con vistas a su adecuado tratamiento procesal.

## II. *Naturaleza de la instancia privada:*

Sobre la naturaleza jurídica de la iniciación a instancia de parte privada concurren diversidad de opiniones. En realidad, existen a su vez dos cuestiones distintas: 1.º Determinar qué categoría jurídica corresponde a tales actos de iniciación; y 2.º Si esa naturaleza es de carácter material o procesal.

En el primer problema, se habla de un derecho subjetivo, un simple poder o facultad (Candian), una especie de derecho «cívico» (Bataglini, Manzini), una forma de negocio jurídico (Massari, Ranieri), etc. En definitiva, hay que tener en cuenta que de la declaración de voluntad privada no depende la actuación de la sanción, sino precisamente la no actuación de esa sanción, o, en otros términos, que el contenido de ese derecho o poder (instancia de parte privada) no es la facultad de imponer el proceso, sino el derecho a que si no se presenta la declaración no se inicie el procedimiento.

Respecto a la naturaleza penal o procesal de la instancia privada, tampoco está unificada la doctrina, puesto que la considera ya como una condición de punibilidad, ya como una condición de procedibilidad, ya como un presupuesto preprocesal ya, en fin, como una figura mixta, exteriormente procesal (presupuesto de la acción), interiormente material (fundamento necesario de la pena). Sin embargo, opinamos que esta posición discriminatoria tiene un valor relativo, pues todas las condiciones de punibilidad se resuelven en condiciones de procedibilidad. Pues unas veces el ofendido estimará que no existe conducta delictiva, y podrá decirse que no existe delito, y otras veces el ofendido, a pesar de estimar la existencia de lesión, por la razón que sea, perseguir el delito. En ambos casos, la declaración de voluntad del ofendido es un requisito procesal.

Sobre la base de las dos cuestiones apuntadas, es patente la diversa naturaleza entre los delitos privados y los llamados semipúblicos. Veamos:

A) Los delitos semipúblicos están condicionados a la presentación de denuncia, denuncia que no es una simple «notitia criminis», sino que es un acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para pro-

ceder. El órgano jurisdiccional no actúa sino a instancia de parte, por cuanto que hasta que ésta no expresa su voluntad no puede iniciarse la correspondiente instrucción. El ejercicio de la denuncia sirve para remover el acto obstativo, pero en lo sucesivo se sigue la instrucción preliminar de oficio. Esta denuncia es irreversible y su presentación otorga al proceso penal su carácter público y oficial. El fundamento que concurre en estas figuras semipúblicas está en no aumentar el mal ocasionado a la víctima del delito, quien tiene en su mano decidir sobre la persecución del mismo, aunque si denuncia no puede volverse atrás. Otra cosa es que estos delitos puedan ser perdonados, pues este derecho es independiente de la facultad excluyente de denunciar, e incluso pueden corresponder a sujetos distintos, como luego veremos.

B) Por su parte, en los delitos privados se da una plenitud de disposición al particular, como un derecho exclusivo del ofendido por el delito para intentar la acusación penal. De ahí que se hallen condicionados estos delitos privados a la presentación de querrela, entendiéndose por tal el acto de iniciación de la instrucción preliminar de carácter complejo, por cuanto la misma no sólo determina tal iniciación, sino que contiene la correspondiente acción penal. A diferencia de la denuncia condicionante, la querrela tiene carácter revocable, de suerte que el particular legitimado puede renunciar libremente vinculando al Tribunal. Hay monopolio de la acusación penal por el particular, que permite afirmar que en estos casos existe una privatización del proceso penal. Sin duda, tales delitos no trascienden a la sociedad, y por su naturaleza íntima y delicada priman razones de conveniencia para reservar el ejercicio de la acción al ofendido. Nos encontramos ante el predominio del principio dispositivo, propio del proceso civil, en que las declaraciones privadas tienen un carácter absoluto.

En cuanto a la cuestión terminológica, no existe una denominación consagrada y aceptada unánimemente. Como hemos visto el Tribunal Supremo distingue entre semipúblicos y privados. En la doctrina suele hablarse de delitos de persecución condicionados a denuncia o a querrela. Creemos que no sólo la diferencia estriba en el acto inicial, sino en su distinto tratamiento procesal; por eso nos parece más adecuada la distinción con el nombre de delitos de persecución condicionada a instancia de parte y delitos reservados a la acusación privada.

### III. *Sujetos legitimados:*

Valgan las consideraciones anteriores para centrarnos sobre el tema procesal más importante en estos tipos de delitos: la determinación de quiénes son las personas legitimadas, bien para iniciar el proceso penal, bien para proseguir el ejercicio de la acción penal o bien para provocar la extinción de la misma y, por ende, del proceso.

#### A) *Para iniciar el proceso penal:*

a) En los delitos de persecución condicionada a la instancia de parte o a denuncia, están legitimados: 1.º, la víctima u ofendido, o sus representantes legales, pero no el perjudicado 2.º el cónyuge, 3.º ascendiente, 4.º her-

mano, 5.º representante legal, 6.º guardador de hecho, 7.º El Ministerio Fiscal. Así el artículo 443 del Código Penal, dice: «Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden. Por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores. El Ministerio Fiscal podrá denunciar, y el Juez de instrucción proceder de oficio, en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida».

En este último párrafo se apoya claramente la sentencia que comentamos, al precisar el carácter de desvalida de la víctima, que se encuentra en el más completo abandono y desamparo por parte de sus familiares. Resalta el carácter subsidiario de la actuación del Ministerio Fiscal, toda vez que los progenitores de la menor agraviada no cumplieron con los deberes que la patria potestad lleva consigo.

d) En los delitos reservados a la acusación privada o condicionados a presentación de querrela, sólo se encuentra legitimada la persona agraviada: en los delitos de adulterio y amancebamiento (arts. 450 y 452 del Código penal) y en los de injuria y calumnia (art. 467 del Código penal). Sin embargo, cabe que sea el representante legal quien deduzca la acción penal: así, el marido tiene personalidad para perseguir las injurias inferidas a su mujer (Sentencia 17 de febrero de 1886) y los padres para perseguir las inferidas a sus hijos menores (Sentencias 15 de agosto de 1872 y 4 de mayo de 1886). Asimismo, hay que considerar legitimado al heredero y parientes siempre que la calumnia e injuria trascendiese a ellos (artículo 466 del Código penal); pero esta extensión no se produce en los casos de adulterio o amancebamiento, en que la acción persecutoria se circunscribe con carácter excluyente a la persona del cónyuge ofendido, «sin que por tanto sea transmisible por herencia, por ley de parentesco ni por otro título alguno» (Consulta resuelta en fecha 28 de octubre de 1912, recogida en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1913, páginas 35 y ss.).

#### *B) Para continuar el desarrollo de la acción penal:*

a) En los delitos de persecución condicionada a instancia de parte, o a denuncia, como ésta es una declaración de voluntad dirigida al órgano instructor, por la que se afirma la existencia de un hecho tipificado en el Código penal como delito, ella no entraña propiamente el ejercicio de la acción penal, sino únicamente la remoción del obstáculo procesal. De ahí su carácter irreversible, de suerte que presentada la denuncia, la tramitación sigue de oficio y el Ministerio Fiscal tiene el derecho y el deber de proseguir el ejercicio de la acusación penal, si bien puede actuar en concurrencia el acusador particular, igual que acontece en los delitos públicos o perseguibles de oficio.

b) En los delitos reservados a la acusación privada, o condicionados a la presentación de querrela, permanece en todo momento la legitimación

a favor de la persona agraviada, quien interviene con carácter exclusivo, sin que pueda intervenir, por regla general, el Ministerio Fiscal, salvo en los casos en que actúa para suplir la incapacidad de la víctima.

*C) En orden a la extinción de la acción penal:*

a) En los delitos condicionados a instancia de parte, o a denuncia, no puede ser renunciada la acción penal, dado el carácter irreversible de aquella; aunque es admisible el perdón del ofendido y si lo otorga el representante legal necesita ser aprobado por el Tribunal competente (artículo 443 del Código penal). Acaso nuestro régimen legal sea en este punto criticable, puesto que al someter la persecución del delito al criterio del Tribunal, se quebranta en cierto modo el principio acusatorio, ya que la continuación del proceso se condiciona a la voluntad del órgano jurisdiccional, que así asume función de acusador. Creemos que es mejor solución remitir al criterio del Ministerio Fiscal la persecución o no del delito, siguiendo el llamado principio de oportunidad por excepción a la regla general establecida en la LECr., que es la del principio de legalidad. Este sistema rige la STpo., en parágrafo 375 y siguientes.

b) En los delitos reservados a acusación privada o condicionados a presentación de querrela, el titular legitimado tiene derecho a renunciar su acción, ya que no rige su actuación el principio de oficialidad, sino el de disponibilidad. Igualmente es admisible el perdón.

Hay que tener en cuenta que el matrimonio en los delitos contra la honestedad, aunque suele considerarse erróneamente como una manifestación de perdón tácito o presunto, es en realidad una forma de extinción del proceso, por el hecho mismo del matrimonio, y ello aunque se manifestase la voluntad de no perdonar (art. 444, párrf. 4.º, según la redacción dada por la Ley de 20 de diciembre de 1952). Si el enlace se produce durante la instrucción preliminar, provocará la extinción de ésta.