

CONSULTA NÚMERO 7/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESOS PENALES POR LOS DELITOS DE CALUMNIAS E INJURIAS

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal (NCP) ha supuesto una importante modificación en el régimen de perseguibilidad de los delitos de calumnias e injurias.

El artículo 215.1 del NCP dispone:

«1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.»

En consecuencia, se han operado las siguientes modificaciones:

a) Los hechos que encajaban en el delito de desacato (regulado en los artículos 240 y ss. del derogado Código Penal –ACP–), cuya naturaleza era la de delito perseguible de oficio, se tipifican ahora en los delitos de injurias o calumnias de los artículos 208 y ss. NCR

Se transmuta así su naturaleza de delito público en la de delito semipúblico, pues los delitos de calumnias e injurias cometidos contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos precisan de la denuncia del ofendido a tenor del artículo 215.1 antes transcrito.

b) Fuera de tal supuesto de desacato, los delitos de injurias o calumnias en el ACP ostentaban una doble naturaleza:

– Delitos privados cuando se cometían contra particulares o contra autoridades o funcionarios respecto de hechos no relativos al ejercicio de sus cargos, siempre que no se hubieren producido por alguno de los medios a que se refería el artículo 3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En ellos se precisaba de la querrela del ofendido y no era parte el Ministerio Fiscal.

– Delitos semipúblicos cuando se cometían a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográ-

ficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 3 de la Ley 62/1978), siempre que se hubieren cometido por escrito y con publicidad a tenor del derogado artículo 463 ACR

Bastaba la denuncia del agraviado o de su representante legal y, una vez presentada la misma, el Fiscal intervenía como parte en el proceso penal incoado (en este sentido se pronunciaron la Consulta 2/1978 y la Circular 1/1979 de la Fiscalía General del Estado).

Ambos supuestos se configuran bajo la regulación del NCP como delitos de carácter privado que precisan para su persecución, a tenor del artículo 215.1, de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. El Ministerio Fiscal no es parte en tales procedimientos a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LECrim.

A la conceptualización de todos estos delitos como privados lleva la consideración, efectuada en el apartado VI de la Circular 2/1996 de esta Fiscalía General, de la derogación tácita del artículo 4 de la Ley 62/1978 en virtud del artículo 215 y de la Disposición Derogatoria única, apartado 2, del NCP. En dicha Circular se decía que el artículo 215.1, al hablar de la necesidad de querella sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978. A tal solución se llega, además, si se repara en que el nuevo Código ha llevado a cabo una regulación completa y renovada de toda esta materia que, recogida en el artículo 215, ha supuesto la derogación de las especialidades contenidas en la Ley 62/1978.

Por tanto, en el NCP, los delitos de injurias o calumnias contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos se regulan como delitos semipúblicos, siendo el resto de las injurias o calumnias delitos privados. No obstante, debe reputarse vigente la especialidad contenida en el artículo 4 *in fine* de la Ley 62/1978 en lo referido a la innecesariedad del acto de conciliación cuando el delito se hubiere cometido con publicidad.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La cuestión que plantea la Fiscalía consultante, que parte de las anteriores consideraciones, es la siguiente: incoada con anterioridad a la vigencia del NCP una causa en virtud de querella interpuesta por un particular contra el redactor de un periódico a consecuencia de un

artículo que consideraba injurioso y contra el Director del medio por un artículo de opinión sobre los mismos hechos, el Fiscal se mostró parte, al amparo del artículo 4 de la Ley 62/1978, formulando escrito de acusación provisional en términos distintos (acusando por injurias a uno de los querellados) a los del escrito de la acusación particular (que acusa a ambos de calumnias), suscitándose, dada la nueva regulación del artículo 215 del NCP que transforma el delito de semipúblico a privado, cuál haya de ser la postura del Ministerio Fiscal: si debe continuar interviniendo en el procedimiento por hallarse legitimado en el momento de incoación de la causa o si, por contra, debe retirarse de la misma al carecer de legitimación con arreglo a la nueva regulación de estos delitos.

III. PÉRDIDA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en tales procedimientos.

Parece difícil sostener que dicha pérdida de legitimación sobrevenida en el curso de un procedimiento ya entablado no afecte a la posición del Ministerio Fiscal personado en las actuaciones penales.

Desde el punto de vista estrictamente procesal la pérdida de la legitimación se regula incompleta y fragmentariamente en los artículos 9 de la LEC y 275 y ss. de la LECrim., que, en cierto modo, aunque referidos a supuestos distintos del que nos ocupa, admiten, en el curso de las actuaciones, la existencia de circunstancias o hechos variantes de la conformación de la legitimación activa tal y como se perfiló en el momento de la incoación del procedimiento. Existe, pues, apoyo legal a la posible variación en el curso del procedimiento de los postulados configuradores de la intervención activa de las partes y, por ende, también del Ministerio Público.

Desde el examen del elemento punibilidad, pues la legitimación activa aunque es una cuestión predominantemente procesal repercute también en la punibilidad, la admisión de la tesis de la *perpetuatio legitimationis* del Ministerio Fiscal pese al cambio legislativo de la naturaleza del delito podría suponer, en los casos en que el Ministerio Fiscal fuera la única acusación personada o la acusación más grave de

las existentes o con tesis heterogénea respecto de las restantes acusaciones, la condena por un delito y la imposición por el juzgador de una pena que no hubiere sido solicitada por ninguna de las personas –los perjudicados– a las que el legislador confiere exclusividad en la tutela penal del bien jurídico protegido por los delitos de injurias y calumnias en los casos que contemplamos.

En consecuencia, parece obligado que el Fiscal personado en algún procedimiento penal por delito público o semipúblico que haya transmutado su naturaleza en la de delito privado se aparte de la causa por carecer de legitimación activa para seguir interviniendo en la misma.

A esta conclusión lleva, además, el tenor del artículo 105 de la LECrim. En dicho precepto se confiere al Ministerio Público la obligación de ejercitar la acción penal, haya o no acusador particular, en determinados supuestos: en los delitos públicos siempre y en los delitos semipúblicos cuando se hubiera cumplido el requisito de la denuncia. Ahora bien, junto a tal obligación, el citado artículo 105 impone al Ministerio Fiscal, además, una prohibición o mandato de carácter imperativo al excluir de dicho ejercicio de la acción penal aquellas causas «que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada», es decir, las causas por los delitos de naturaleza privada. Dirige, pues, el legislador un mandato al Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción penal en los delitos privados.

Cuál sea el momento en el que se ejercita la acción penal es una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en la dogmática procesal. Sin entrar ahora en dicha polémica, que excede de lo que constituye el planteamiento y la finalidad de esta Consulta, parece evidente que el ejercicio de tal acción penal alcanza su máxima significación en el acto del juicio oral.

En consecuencia, aunque el Fiscal se hubiere personado en la causa o incluso formulado acusación provisional antes de la vigencia del NCP, la conversión de los delitos en privados a la fecha de entrada en vigor de dicho Código exige el apartamiento del Fiscal de la causa puesto que, en otro caso, ejercería en el acto del juicio oral la acusación contrariando el mandato del precitado artículo 105 de la LECrim.

Sólo aquellas causas que hubieren finalizado, por contar con sentencia firme, estarán excluidas del examen acerca de la legitimación activa del Fiscal. En las restantes, pendientes de juicio oral, el Ministerio Público deberá apartarse por pérdida sobrevenida de legitimación.

IV. CESE DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

La salida del Ministerio Público de las causas por delitos que el NCP ha convertido en delitos de naturaleza privada no puede efectuarse en cualquier forma, sino que deberá llevarse a cabo ordenadamente. Habrán de cumplirse determinados requisitos para evitar la indefensión de aquellos particulares que, sin haber renunciado a la acción penal o a la civil, hubieran dejado, por medio de la no personación en la causa, en manos del Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 110, párrafo 2.º de la LECrim., la persecución de tales conductas que en el momento de su comisión tenían la naturaleza de delitos públicos o semipúblicos.

Aplicando en forma analógica lo dispuesto en el artículo 276 de la LECrim., el Fiscal, al presentar su escrito de apartamiento de la causa por pérdida de legitimación al tratarse de un delito convertido en privado, deberá examinar si existe algún perjudicado por el delito que no se hallare personado en las actuaciones, y, en tal caso, instará del órgano judicial que dicte Auto teniendo por apartado al Ministerio Fiscal y concediendo a dicho perjudicado un plazo de treinta días para que pueda personarse en la causa.

CONSULTA NÚMERO 8/1997, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha remodelado el mapa jurídico de la protección de menores. La Ley, lejos de ser rupturista, trata de profundizar en una dirección iniciada con anterioridad perfeccionando los mecanismos jurídicos de protección de menores a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de la legislación de 1987. Al mismo tiempo realiza una proclamación formal de algunos de los derechos de los menores, desarrollándolos en sus aspectos de mayor repercusión práctica.