





LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS Y PRIVADOS: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

(Adaptado a la reforma del Código Penal introducida
por la Ley Orgánica 5/2010)



LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS Y PRIVADOS: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

**(Adaptado a la reforma del Código Penal introducida
por la Ley Orgánica 5/2010)**

Arantza Libano Beristain

2011

JTB
BOSCH EDITOR

© 2011 ARANTZA LIBANO BERISTAIN

© 2011

**JTB BOSCH
EDITOR**

Librería Bosch, S.L.

Av. Diagonal, 382

08037 BARCELONA

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-7698-948-7

D.L.:

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cpaya@sbeditorialdesign.com)

Impresión:

Printed in Spain – Impreso en España

*A Mari Cerezo
A ama, aita y Jonan
A Asier*



Índice

ÍNDICE	9
ABREVIATURAS	23
PRÓLOGO	25
AGRADECIMIENTOS	29
DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	31
 CAPÍTULO I. Introducción. Los principios de legalidad, oficialidad, oportunidad y dispositivo	 35
I. LA PERSEGUIBILIDAD PROCESAL DE LAS INFRACCIONES PENALES	35
II. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES	40
1. Interés del análisis de los principios procesales: su sentido globalizador ..	40
2. Vinculación de los principios procesales con el derecho material	43
3. Diferencia entre los principios procesales y otras figuras afines	44
3.1. Principios jurídico-naturales y principios técnicos	45
3.2. Principios y reglas conformadoras	45
3.3. Principios <i>versus</i> garantías	46
4. Los principios del proceso penal: Apunte general	49
III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	49
IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL	54
1. Precisiones terminológicas	54
2. Encuadre sistemático	54

3. Configuración y estructura del principio de legalidad procesal	55
4. Alcance del principio de legalidad procesal.....	59
4.1. El principio de legalidad como límite	59
4.2. El principio de legalidad como fundamento.....	60
4.3. Una postura crítica hacia la formulación del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	60
4.4. Propuesta de síntesis: El principio de legalidad procesal como límite y garantía.....	61
V. LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL: EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.....	63
1. El principio de necesidad: Distintas concepciones doctrinales	64
1.1. El principio de necesidad como sinónimo del principio de legalidad procesal.....	64
1.2. El principio de necesidad como principio de oficialidad.....	65
1.3. La acepción aglutinadora del principio de necesidad	65
2. Núcleo esencial del principio de oficialidad: El ejercicio obligatorio de la acción penal por un órgano público.....	66
3. Dos teorías sobre el principio de oficialidad	67
3.1. La concepción de VÉLEZ MARICONDE.....	68
3.1.1. Exposición	68
3.1.2. Valoración.....	70
3.2. La concepción del profesor DE LA OLIVA	71
3.2.1. Exposición	71
3.2.2. Valoración.....	72
4. Plasmación legal del principio de oficialidad	73
5. Análisis del principio de oficialidad.....	74
5.1. Aspecto subjetivo: Ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal	74
5.2. Criterios de ejercicio de la acción penal	76
5.2.1. La legalidad.....	76
5.2.2. La obligatoriedad de la acción penal	77
VI. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	78
1. Introducción.....	78
2. Posiciones doctrinales en torno a sus notas esenciales.....	79
2.1. Justificación del principio de oportunidad en el contexto de la grave crisis que afecta a la justicia penal.....	79
2.2. Análisis del principio de oportunidad	80

2.2.1. Aspecto subjetivo	80
2.2.2. Aspecto objetivo	82
3. Postura personal	86
3.1. El principio de oportunidad y la criminalidad de bagatela	87
3.2. Coincidencia parcial del principio dispositivo con el principio de oportunidad	88
3.3. Relación existente entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad	89
3.4. Conformidad y principio de oportunidad: Concepciones doctrinales	90
3.4.1. La conformidad como manifestación del principio de oportunidad	91
3.4.2. La conformidad como institución ajena al principio de oportunidad. La posibilidad de considerarla incluida en el principio de consenso	91
3.4.3. Valoración crítica	93
4. Apunte final	93

CAPÍTULO II. Infracciones penales perseguibles a instancia de parte: exposición de los distintos tipos penales 95

I. EL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA	95
II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL: AGRESIÓN, ABUSO Y ACOSO SEXUAL	100
1. Planteamiento de la cuestión	100
2. Análisis de la tipicidad	103
2.1. Las agresiones sexuales: violencia o intimidación	103
2.2. Los abusos sexuales: ausencia de consentimiento	109
2.3. El delito de acoso sexual	112
III. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS	116
1. Introducción	117
2. El artículo 197 del Código Penal	119
2.1. Tipos básicos	119
2.2. Tipos agravados de los artículos 197.1 y 197.2 del Código Penal	123
2.3. Tipos agravados de los cuatro primeros (tras la LO 5/2010, cinco primeros) números del artículo 197 del Código Penal	124

2.4. Tipos agravados de los cinco primeros (tras la LO 5/2010, seis primeros) apartados del artículo 197 del Código Penal al concurrir fines lucrativos	126
3. El delito de revelación de secretos.....	126
4. El delito de descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas	128
IV. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR	130
1. Introducción.....	131
2. La calumnia: imputación de un delito.....	134
2.1. La equiparación entre infracciones perseguibles a instancia de parte y de oficio	134
2.2. La falsedad requerida	135
2.2.1. La inveracidad objetiva	136
2.2.2. La inveracidad subjetiva.....	136
2.3. Clases.....	138
3. El delito de injuria: lesión de la fama o de la propia estimación	138
3.1. Concepto.....	138
3.2. Clases.....	139
3.3. La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen: la «intromisión ilegítima»	140
V. LOS DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA	142
1. Introducción.....	142
2. El delito de abandono material de familia	143
2.1. El abandono de los deberes legales de asistencia inherentes a diversas instituciones de derecho civil	144
2.2. El no prestar la asistencia legalmente necesaria para el sustento	144
3. El delito de abandono económico o impago de pensiones.....	145
VI. EL DELITO DE DAÑOS IMPRUDENTES.....	149
1. Introducción.....	150
2. Requisitos típicos del delito imprudente de daños previsto en el artículo 267.I del Código Penal.....	151
VII. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES	153
1. Algunas consideraciones previas sobre el título XIII del libro II del Código Penal «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»	153

2. Análisis de los tipos englobados en la rúbrica «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores»	154
2.1. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa	157
2.2. Los delitos contra los consumidores	161
2.2.1. El delito de detracción de productos del mercado	161
2.2.2. El delito de publicidad engañosa o delito publicitario	162
2.2.3. El delito de facturación fraudulenta	164
2.3. El delito de alteración de precios	165
2.4. Los delitos de uso de información privilegiada en los mercados de valores.....	167
2.5. El fraude en el mercado de telecomunicaciones	168
VIII. LOS DELITOS SOCIETARIOS.....	170
1. Introducción.....	170
2. El falseamiento de documentos sociales o delito falsario.....	172
3. La imposición de acuerdos abusivos	174
4. La imposición de acuerdos lesivos.....	175
5. La obstrucción en el ejercicio de los derechos de los socios	175
6. Impedir tareas inspectoras o supervisoras	176
7. La administración social desleal.....	177
IX. LAS FALTAS PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE	178
1. Introducción.....	179
2. El punto de inflexión en materia de las faltas perseguibles a instancia de parte: La Ley Orgánica 3/1989	179
3. Las concretas faltas penales no perseguibles de oficio. Breve análisis de los tipos.....	181
3.1. Las faltas contra las personas perseguibles a instancia de parte	182
3.1.1. Las faltas dolosas contra las personas.....	182
3.1.2. Las faltas contra las personas causadas imprudentemente.....	184
3.2. Las faltas contra el patrimonio no públicas	185
CAPÍTULO III. Tratamiento procesal específico de las diversas infracciones penales perseguibles a instancia de parte	187
I. LA CATEGORIZACIÓN DOGMÁTICA DE LA PERSEGUIBILIDAD	187
1. Introducción.....	187
2. Las infracciones penales y su perseguibilidad	189
2.1. La exposición tradicional, con sus dos variantes.....	189

2.1.1. Las infracciones privadas, semipúblicas (o semiprivadas) y públicas.....	190
2.1.2. Las infracciones perseguibles a instancia de parte y las perseguibles de oficio	191
2.2. Dos manifestaciones de superación de las teorías clásicas	199
2.2.1. La «acción penal privada» como eje vertebrador	200
2.2.2. Las infracciones penales privadas, semiprivadas, semipúblicas, cuasipúblicas y públicas	203
3. Planteamiento de algunos puntos controvertidos.....	205
3.1. Víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida	207
3.2. La frontera entre la perseguibilidad a instancia de parte y la perseguibilidad de oficio	208
II. EL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA.....	210
III. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL	211
1. La incoación del proceso	212
1.1. Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal	213
1.2. Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal	215
2. Desarrollo del proceso	216
3. La conclusión del proceso: la ineficacia jurídica del perdón	218
IV. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS	218
1. La incoación del proceso	219
1.1. La perseguibilidad a instancia de parte como regla general en estos delitos	220
1.1.1. Estudio de los diversos supuestos.....	220
1.1.2. Algunos supuestos dudosos	223
1.2. Excepción: Supuestos de perseguibilidad de oficio	224
1.2.1. El prevalimiento de la condición de funcionario público	225
1.2.2. «Cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»	226
1.3. Sobre la inconveniencia de introducir una fórmula intermedia entre la perseguibilidad de oficio y la de instancia de parte	228
2. Finalización del proceso: perdón del ofendido o de su representante legal.....	229

3. La incidencia de la pluralidad de víctimas y/o autores en sede de perseguibilidad	230
V. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR.....	231
1. La regulación procesal penal del honor	231
1.1. El procedimiento penal a seguir en los delitos contra el honor de particulares	231
1.1.1. Los títulos IV y V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	232
1.1.2. El procedimiento ante el Tribunal del Jurado.....	235
1.1.3. Dudas acerca de la aplicabilidad del juicio rápido	236
1.1.4. Breve estudio de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona: la garantía penal.....	237
1.2. La perseguibilidad de los delitos privados contra el honor	246
1.2.1. La incoación del proceso: conciliación, licencia y querella.....	247
1.2.2. Monopolio del acusador privado durante el desarrollo del proceso	248
1.2.3. Finalización del proceso	248
1.2.4. A modo de conclusión	249
2. La institución de la <i>exceptio veritatis</i>	249
2.1. Punto de partida: La <i>exceptio veritatis</i> y la colisión del honor con otros derechos fundamentales	250
2.1.1. Calumnia	250
2.1.2. Injuria.....	251
2.2. Análisis de la <i>exceptio veritatis</i>	251
2.2.1. En la calumnia.....	251
2.2.2. En la injuria	253
2.2.3. La necesidad de aunar las tesis materiales expuestas con la teoría de la prueba. La inversión de la carga de la prueba	255
VI. LOS DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA AL IMPAGO DE PENSIONES.....	256
1. El régimen de perseguibilidad previsto para los delitos de abandono de familia.....	256
1.1. La incoación del proceso. La víctima como parámetro delimitador de los regímenes existentes en materia de perseguibilidad.....	258
1.1.1. Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la persona agraviada	259

1.1.2. Víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida: denuncia de su representante legal o del Ministerio Fiscal.....	260
1.2. La ineficacia jurídica del perdón	261
1.2.1. Bosquejo histórico.....	261
1.2.2. La aprobación judicial del perdón.....	262
1.2.3. Algunas razones que justificaron la supresión de la categoría del perdón en los delitos de abandono de familia en el Código Penal de 1995.....	263
1.2.4. El pago de las cantidades debidas durante la sustanciación del correspondiente proceso penal. La renuncia de la acción civil derivada de delito	263
1.2.5. Reflexiones finales	264
1.3. La perseguibilidad de las infracciones penales leves en el ámbito del abandono de familia <i>lato sensu</i> . Inconsistencia de la solución del legislador desde la perspectiva de la perseguibilidad.....	265
2. Conexión entre el proceso penal por impago de pensiones y el proceso civil.	267
2.1. La tutela penal de condenas civiles. Innecesariedad de la fase de ejecución civil para incoar el proceso penal por delito de impago de pensiones.....	267
2.2. La acción civil <i>ex delicto</i> y la inclusión de las prestaciones insatisfechas en dicha categoría.....	268
2.3. Tensiones existentes entre la ejecución civil y el proceso penal por impago de pensiones	269
2.4. La prescripción y la caducidad.....	271
3. El debate sobre si el progenitor puede reclamar el pago de la pensión alimenticia del descendiente mayor de edad: Incidencia de esta cuestión en la perseguibilidad del delito de impago de pensiones	272
3.1. Planteamiento de la cuestión. La solución en los procesos civiles de Derecho de familia	272
3.2. Soluciones jurisprudenciales contrapuestas en sede penal	275
3.2.1. La tesis partidaria de la identidad de soluciones en el ámbito civil y en la esfera penal.....	276
3.2.2. La posición jurisprudencial mayoritaria: La diversidad de soluciones aplicables al ámbito del proceso civil matrimonial y al terreno penal	277
3.2.3. Opinión personal.....	278
4. Los delitos contra los derechos y deberes familiares, y la competencia del juez de violencia sobre la mujer	279
VII. EL DELITO IMPRUDENTE DE DAÑOS	281
1. Incoación del proceso: denuncia	281

1.1. La denuncia de la persona agraviada.....	282
1.1.1. El concepto de «persona agraviada» en el delito de daños.....	282
1.1.2. La posición activa en los procesos penales de daños imprudentes	283
1.1.3. El problema del cómputo del daño y la denuncia apta para abrir el proceso.....	287
1.2. La denuncia del representante legal.....	288
1.3. La denuncia del Ministerio Fiscal.....	288
2. El perdón como causa de conclusión del proceso penal.....	288
3. La despenalización de la falta por daños imprudentes	290
4. Reflexiones finales	291
 VIII. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES.....	293
1. La perseguibilidad a instancia de parte como aspecto novedoso en este ámbito	293
2. Problemas detectados en la perseguibilidad a instancia de parte de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual hasta la modificación de 2003.....	294
3. Las infracciones penales perseguibles a instancia de parte a partir de la reforma de 2003: delitos relativos al mercado y a los consumidores	299
4. Las infracciones penales perseguibles a instancia de parte a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.....	302
5. La intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios.....	303
6. La competencia de la Audiencia Nacional y las atribuciones de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada respecto de estos delitos.....	304
 IX. LOS DELITOS SOCIETARIOS.....	304
1. Introducción.....	304
2. La regla general: los delitos societarios como infracciones públicas.....	305
2.1. Los intereses generales	306
2.2. La pluralidad de personas	310
2.3. Confluencia de ambas cláusulas y flexibilización de la teoría de los bienes jurídicos colectivos	313
3. La excepción: la perseguibilidad a instancia de parte de los delitos societarios.....	316
3.1. La persona agraviada y el perjuicio	317
3.2. El representante legal	321

3.3. Un supuesto dudoso: La denuncia del Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada sea menor, incapaz o desvalida	321
3.4. La configuración jurisprudencial y doctrinal de estos tipos como delitos privados. La operatividad del perdón.....	323
X. LAS FALTAS PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE	326
1. Semejanzas y diferencias entre la regulación actual y la precedente	326
2. La aparente diversidad de regímenes existente en las concretas faltas penales con persecución privada y en el artículo 639 del Código Penal ...	328
3. La denuncia	330
3.1. La entidad pública como posible persona agraviada de la falta de alteración de términos o lindes.....	330
3.2. Las dudas en torno a la existencia de faltas privadas.....	330
4. El perdón	332
 CAPÍTULO IV. Problemas procesales comunes a las infracciones penales perseguibles a instancia de parte.....	 333
I. ALGUNAS ACLARACIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL	333
1. La categoría de la perseguibilidad	333
2. Diversas posturas sobre el ejercicio de la acción penal.....	334
2.1. La teoría minoritaria: El ejercicio de la acción en el momento de la denuncia.....	335
2.2. La tesis mayoritaria: Inexistencia de ejercicio de la acción penal en la denuncia	337
3. El difícil deslinde entre la categoría del consentimiento y las condiciones de procedibilidad	338
 II. LA INCOACIÓN DEL PROCESO PENAL EN LAS INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE.....	 339
1. Introducción.....	339
2. La exclusión de la incoación de oficio y las dudas generadas por el delito de acusación o denuncia falsa	340
3. La denuncia en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte	341
3.1. Breve reflexión sobre la adecuación del término «denuncia»	341
3.2. Problemas de aplicación normativa referidos a la naturaleza jurídica de la denuncia	343
3.3. Contenido de la denuncia necesaria	348
3.4. El objeto de la denuncia	350

3.4.1. El hecho denunciado	350
3.4.2. Elementos subjetivos relacionados con el objeto de la denuncia	352
3.5. Los elementos cognoscitivo y volitivo en la denuncia. Cuestionamiento de la tesis dualista.....	353
3.6. Destinatario de la denuncia en las infracciones perseguibles a instancia de parte	357
3.6.1. La distinción entre la pre-denuncia y la denuncia judicial. Inexistencia de la ratificación de la denuncia	358
3.6.2. La ratificación de la denuncia como elemento subsanador.....	360
3.6.3. La formulación de la denuncia ante cualquiera de los tres posibles receptores	360
3.7. Diversas manifestaciones en la flexibilización del requisito de la denuncia necesaria	360
3.7.1. El entendimiento laxo observado en la jurisprudencia. Postura crítica.....	360
3.7.2. La denuncia necesaria presentada por mandatario	362
3.7.3. Las primeras diligencias, las diligencias a prevención y la denuncia necesaria	364
3.8. Consideraciones finales.....	370
4. La querella.....	371
4.1. La exigencia o no de querella en las infracciones perseguibles a instancia de parte	371
4.2. La querella como acto procesal.....	374
4.2.1. El poder del procurador	375
4.2.2. La certificación del intento de conciliación	376
4.2.2.1. Aproximación al concepto de conciliación	376
4.2.2.2. Análisis de diversas cuestiones relativas al requisito de la conciliación en la esfera procesal penal.....	377
4.2.2.3. La competencia para conocer del acto de conciliación en los procesos por delito privado	381
4.2.2.4. La repercusión de la conciliación en la acción penal y en la acción civil <i>ex delicto</i>	383
4.2.2.5. Los menores de edad como víctimas de un delito contra el honor y el acto de conciliación	387
4.2.2.6. El acto de conciliación y su eficacia interruptiva de la prescripción del delito contra el honor	388
4.2.2.7. Algunas conclusiones.....	390
4.2.3. La licencia judicial, ante injurias o calumnias vertidas en juicio	391
4.2.3.1. Desmesurada parcelación legislativa.....	391

4.2.3.2. La interpretación del término «juicio» como actuación oral	392
4.2.3.3. Fundamento	394
4.2.3.4. Competencia para decidir sobre el otorgamiento de dicha licencia	396
4.2.3.5. La prescripción y la autorización judicial.....	396
4.2.3.6. Posibles respuestas ante la solicitud de la licencia judicial	396
4.2.3.7. Efectos de la falta de presentación de la autorización judicial	397
III. SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN LA POSICIÓN ACTIVA DE UN PROCESO PENAL: CONSIDERACIONES GENERALES.....	398
IV. LA «PERSONA AGRAVIADA» EN LAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE.....	403
1. La capacidad procesal	403
1.1. Capacidad plena: persona física mayor de edad, capaz y no desvalida	404
1.2. Capacidad incompleta. La figura del representante legal	404
1.2.1. Personas físicas: menores e incapaces.....	404
1.2.2. Personas jurídicas.....	407
1.3. Concreción del concepto de representante legal.....	407
2. La presentación de la denuncia por la persona agraviada	409
2.1. El fallecimiento de la persona agraviada sin presentación de la denuncia	414
2.2. La presentación de denuncia en las infracciones perseguibles a instancia de parte por personas ajenas al delito	415
2.3. Algunas peculiaridades existentes en los procesos por delito privado. La figura del acusador privado	417
V. EL MINISTERIO FISCAL	420
1. La intervención del Ministerio Fiscal en infracciones penales públicas y semipúblicas	420
2. La denuncia del Ministerio Fiscal en casos de víctimas menores, incapaces o personas desvalidas	422
2.1. La no conversión en infracciones penales públicas.....	424
2.2. La denuncia potestativa del Ministerio Público.....	425
2.3. El carácter principal de la actuación del Ministerio Fiscal.....	426
2.4. La intervención de la Fiscalía en las infracciones penales privadas .	426

3. La denuncia del Ministerio Fiscal y la concurrencia de alguna de las tres categorías de víctima. Especial consideración del supuesto concerniente a la persona desvalida	428
4. La «investigación» de la Fiscalía en sede de incoación del proceso por infracciones penales semipúblicas cuando la víctima es menor de edad, incapaz o persona desvalida.....	433
4.1. Existencia de una doble vía legal.....	434
4.2. La audiencia a la víctima menor, incapaz o desvalida como elemento común a ambas vías.....	435
4.3. La ponderación a realizar por parte del Ministerio Fiscal	436
4.4. El posterior control judicial sobre la decisión de denunciar del Ministerio Fiscal	437
5. La querella del Ministerio Fiscal en el ámbito de los delitos sexuales	438
5.1. La novedad de la cláusula legal.....	438
5.2. La necesidad de la querella del Ministerio Fiscal y su posible flexibilización	439
5.2.1. La intrascendencia de la distinción entre denuncia y querella en el caso del Ministerio Fiscal: Regla general y excepción	439
5.2.2. La querella del Ministerio Fiscal: Un supuesto de legitimación sucesiva	441
5.3. Análisis de la cláusula legal que ordena ponderar «los legítimos intereses en presencia»	443
5.3.1. Algunas posiciones doctrinales existentes sobre el particular	443
5.3.2. Reflexiones sobre las concepciones anteriores.....	446
VI. LA ACUSACIÓN POPULAR. LA POLÉMICA EXISTENTE SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN LOS PROCESOS POR DELITO SEMIPÚBLICO.....	452
VII. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y LAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE.....	456
VIII. LAS INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE Y LA EXISTENCIA DE DEFECTOS PROCESALES	458
1. Planteamiento inicial.....	458
2. Sobreseimiento <i>versus</i> sentencia: Inexistencia de una ulterior posibilidad	459
3. La nulidad de actuaciones.....	460
3.1. La nulidad de actuaciones seguida del auto de sobreseimiento libre o de sentencia absolutoria	461

3.2. La exclusiva declaración de la nulidad de actuaciones	462
IX. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PENAL EN LOS SUPUESTOS DE INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE	464
1. Apuntes preliminares	464
2. El debate sobre la vinculación del tribunal sentenciador a las tesis de la acusación privada	465
3. La finalización «anormal» del proceso penal referido a delito privado e infracciones semipúblicas. Especial consideración del perdón del ofendido	467
3.1. Identidad entre la figura procesal de la renuncia a la acción penal y la institución material del perdón	467
3.2. La reducción de la operatividad del perdón en el vigente Código Penal	470
3.3. Tratamiento procesal del perdón	475
3.3.1. Víctima mayor de edad y capaz	475
3.3.2. El control público en el caso de víctimas menores o incapaces	478
3.3.3. Sobre la posibilidad de privar de efectos jurídicos al perdón otorgado por la víctima capaz y mayor de edad	480
3.3.4. Algunas reflexiones complementarias sobre el perdón	482
4. La finalización del proceso penal por voluntad de la víctima en los delitos semipúblicos en los que no es aplicable el perdón	485
 EPÍLOGO. Incoherencias de la regulación legal de la perseguibilidad a instancia de parte	 489
 BIBLIOGRAFÍA	 493

Abreviaturas

A	auto
AP	Audiencia Provincial
art., arts.	artículo, artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
cap.	capítulo
Ccivil	Código Civil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citado
CE	Constitución española
Const.	Constitución española
coord.	coordinador
CP	Código Penal
CP-73	Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
CP derogado	Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
dir.	director
ed.	editor, edición
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
fasc.	fascículo
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
<i>ibid.</i>	<i>ibídem</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil

LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP	Ley General Penitenciaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
MF	Ministerio Fiscal
n.	nota a pie de página
n.º	número
p., pp.	página, páginas
por ej.	por ejemplo
ref. ^a	referencia
S	sentencia
s., ss.	siguiente, siguientes
t.	tomo
tít.	título
trad.	traductor, traducción
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	volumen

Prólogo

Es relativamente sencillo trazar una distinción elemental entre delitos públicos, semipúblicos y privados, por utilizar una nomenclatura acuñada por el largo uso. Correlativamente, quienes se inician en el estudio del Derecho procesal penal o del Derecho penal no suelen encontrar excesivas dificultades para entender, con un mínimo esfuerzo, los rasgos esenciales diferenciadores de las categorías mencionadas. Ahora bien, si desde la superficie de los conceptos básicos tratamos de adentrarnos en las profundidades de los problemas procesales que plantea la existencia de los delitos que no son perseguibles de oficio, el panorama varía notablemente. Y el cambio resulta abismal si lo que se pretende es hacer una elaboración dogmática de esta materia. La facilidad inicial desaparece, y casi todo comienza a ser dudoso y enrevesadamente complejo.

Como corroboración de lo que se acaba de decir, basta acercarse al tratamiento doctrinal dedicado a este tema. Son abundantes, desde luego, los estudios y monografías que, desde el punto de vista estrictamente sustantivo, se ocupan de los diversos tipos de delitos no perseguibles de oficio. Pero el estudio de los aspectos propiamente procesales de esas figuras delictivas ya es harina de otro costal. Por supuesto, no hay obra general de Derecho procesal penal que no dedique algunas líneas o unas cuantas páginas a poner de relieve las diferencias esenciales que median entre los delitos públicos, los delitos semipúblicos y los delitos privados. Como tampoco falta en los manuales de Derecho penal alguna alusión al específico régimen de perseguibilidad procesal de cada uno de los tipos de delitos semipúblicos o privados. A lo que hay que añadir unos pocos trabajos, mayormente de índole descriptiva, dedicados a analizar cuestiones procesales concretas suscitadas por los delitos no perseguibles de oficio. Y muy poco más.

La situación descrita no debe causar extrañeza. El estudio sistemático del tratamiento procesal del conjunto de infracciones penales perseguibles a instancia de parte exige una formación sólida en Derecho penal, en teoría general del proceso y en Derecho procesal penal. Requiere manejar con soltura conceptos jurídicos sustantivos y procesales, y pasar continuamente de uno a otro plano. En consecuencia, emprender ese estudio con razonables garantías de éxito está al alcance de un círculo relativamente pequeño de estudiosos. Me pareció en su día, y creo que los hechos me han dado la razón, que la Dra. Arantza Libano Beristain era una de esas pocas personas.

Hace algunos años, mi compañera y amiga Elena Larrauri, que por aquel entonces era profesora titular de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Barcelona y actualmente es catedrática de la misma disciplina en la Universidad Pompeu Fabra, me habló elogiosamente de una joven estudiosa vasca, Arantza Libano, a la que había conocido poco tiempo antes. La profesora Larrauri me dijo que Arantza, a pesar de contar con una excelente preparación en Derecho penal, prefería dedicarse al Derecho procesal penal. Algunas semanas después, Arantza se desplazó desde su Deusto natal hasta la Universidad Autónoma de Barcelona, y tuvimos nuestra primera entrevista. En realidad, fue la primera sesión de trabajo, a la que siguieron pronto otras. Enseguida me percaté de que Arantza Libano no sólo tenía una magnífica formación en Derecho penal, sino que también disponía de amplios conocimientos procesales. A la vista de esta situación, sugerí a Arantza, como posible tema para su tesis doctoral, un estudio sistemático acerca del tratamiento procesal de los delitos no perseguibles de oficio. Ella aceptó la sugerencia y se embarcó en una investigación que, a la par que difícil, debía ser minuciosa y, por fuerza, iba a exigirle una porción muy grande de paciencia.

Arantza Libano culminó el trabajo así comenzado y defendió su tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Barcelona, obteniendo la máxima calificación. El libro que el lector tiene ahora en sus manos es, con algunas modificaciones, el contenido de dicha tesis.

Como no podía ser de otra forma, el concepto general alrededor del cual se ensambla la obra de la Dra. Libano Beristain es la noción de perseguibilidad procesal de las infracciones penales. Pero los entresijos que esconde la idea de perseguibilidad procesal de los delitos son tantos y tan nebulosos que, para llevar a cabo una construcción dogmática acabada de este concepto, no queda más remedio que partir de los principios generales del proceso penal. En vez de limitarse a trasladar a su obra las nociones que, en relación con estos principios, pueden encontrarse en los manuales y obras generales de Derecho procesal penal, la autora comienza por exponer en detalle las construcciones más acreditadas que la doctrina procesal ofrece acerca de los principios de legalidad procesal penal, oficialidad y oportunidad. Pero no se conforma con presentar el estado de la cuestión sobre un tema tan fundamental como el mencionado, sino que también realiza una valoración crítica de cada una de esas teorías, para llegar a conclusiones personales, al tiempo que concienzudamente razonadas. Aunque no pretendo en absoluto hacer un resumen de los resultados alcanzados por la Dra. Libano en este primer capítulo, no me resisto a traer a colación un solo ejemplo. La autora se plantea la relación existente entre el principio de oportunidad y el principio dispositivo. Y, sin medias tintas, pone de relieve la coincidencia parcial existente entre ambos principios, lo que no deja de ser muy esclarecedor, acostumbrados como estamos a circunscribir el alcance del principio dispositivo a los confines del proceso civil y de los procesos más estrechamente entroncados con el civil, como son el proceso laboral y el proceso administrativo. Creo que quienes se encarguen de llevar a efecto la necesaria y apremiante reforma global del proceso penal harían bien en leer con atención estas páginas del libro que estoy prologando.

En el segundo capítulo del libro, se estudian desde el punto de vista del Derecho penal, esto es, desde una perspectiva jurídica sustantiva, las diversas infracciones penales perseguibles a instancia de parte. La relación de figuras delictivas examinadas por la autora es exhaustiva. Se trata, sin duda, de la parte más señaladamente descriptiva de la obra, lo que no significa, ni mucho menos, que estemos ante un capítulo irrelevante o insustancial.

Antes al contrario, el esfuerzo de síntesis y sistematización que ha hecho la Dra. Libano facilita mucho al lector el análisis conjunto y ordenado de estas infracciones penales. Si no yerro, es el primer estudio de esas características que se ha realizado en nuestra literatura jurídica.

En el capítulo tercero se analizan los problemas procesales que se suscitan específicamente en relación con cada uno de los diferentes delitos perseguibles a instancia de parte. Este capítulo es el complemento natural del segundo, de manera que ambos se desarrollan en perfecto paralelismo. No obstante, el estudio de las cuestiones procesales referidas a las distintas figuras delictivas, viene precedido por una extensa introducción general, en la que se retoma la categoría dogmática de la perseguibilidad a instancia de parte, que había sido introducida por la autora en el capítulo inicial del libro. En esta introducción, la Dra. Libano Beristain se ocupa de las diversas clasificaciones de las infracciones penales que ha elaborado la doctrina procesal tomando como parámetro de referencia el concepto de perseguibilidad procesal. La autora pone de manifiesto algunos importantes problemas de alcance general que no encuentran un tratamiento satisfactorio en esas tipologías tradicionales. En este aspecto, la autora alude principalmente a los dos temas siguientes: en primer lugar, a la determinación del régimen jurídico aplicable en materia de perseguibilidad en los supuestos en que la víctima es una persona menor de edad, incapaz o desvalida, y, en segundo lugar, a las dificultades que plantea el deslinde exacto de la frontera que separa la perseguibilidad a instancia de parte de la perseguibilidad de oficio, más allá de la aparente sencillez de esa distinción. Cabe añadir que este capítulo tercero es, junto con el cuarto, el que presenta una utilidad más inmediata para los profesionales del derecho que deban enfrentarse con dudas de interpretación y aplicación de las normas procesales concernientes a estos delitos.

En el capítulo cuarto, la Dra. Libano Beristain estudia los problemas procesales que resultan comunes a las diversas infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Llama la atención el esfuerzo doctrinal desplegado por la autora para analizar, además de otras cuestiones de indudable interés, el tema fundamental de la incoación del proceso penal en relación con estos delitos, así como la compleja posición jurídica en que se encuentra el Ministerio Fiscal en este ámbito.

La obra se cierra con un breve estudio en el que, por una parte, la autora resume, en pocos trazos generales, las principales deficiencias de que adolece la actual regulación legal de esta materia, y, por otro lado, la Dra. Libano formula algunas propuestas sistemáticas *de lege ferenda*. Sería muy conveniente que estas sugerencias fueran tomadas en consideración en los trabajos de reforma del proceso penal.

Creo que la Dra. Arantza Libano Beristain ha cumplido con creces los objetivos que se propuso. Ha hecho una contribución relevante y original a los estudios jurídicos referidos al tema que ha constituido el objeto de su investigación. Para ser más exacto, debo decir que la frontera doctrinal relativa a este tema ha quedado trazada en el lugar en que la Dra. Libano la ha dejado.

El autor de este prólogo tiene la suerte de haber dirigido varias tesis doctorales. En el proceso de composición de la tesis de Arantza Libano, se ha vuelto a repetir la experiencia de otras veces. Al iniciar su investigación, el doctorando suele saber menos o, como mucho, aproximadamente igual que el director acerca del tema de estudio. Pasan algunos meses,

durante los cuales el doctorando se ha enfrascado intensa y hasta obsesivamente en su investigación, superando holgadamente a su director en el conocimiento del tema de que se trate. Desde entonces, lo único que el director del trabajo puede hacer por el doctorando es animarle en los momentos inevitables de desaliento y hacerle alguna que otra recomendación metodológica. En efecto, transcurrida esa primera etapa, será el director de la tesis el que va a aprender del doctorando, y no al contrario. Es ésta una de las experiencias más gratificantes que le es dado vivir a un director de tesis doctoral.

Sólo me queda animar a la Dra. Libano Beristain a fin de que prosiga la senda iniciada, procurando no dejarse amedrentar ante las dificultades con las que se encontrará para poder dedicarse a la investigación y a la docencia universitaria.

El Páramo Leonés, 2 de agosto de 2010

Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho Procesal

Agradecimientos

El presente trabajo coincide, en sustancia, con el de la tesis doctoral “Tratamiento procesal de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte” dirigida por el profesor Manuel Cachón Cadenas (Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona) y defendida públicamente en la Universidad Autónoma de Barcelona el 13 de noviembre de 2009. El tribunal a cuya consideración y juicio se sometió el trabajo estuvo presidido por el profesor Francisco Ramos Méndez (Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Pompeu Fabra) y compuesto, además, por los profesores Carlos María Romeo Casabona (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad del País Vasco) y Just Franco Arias (Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona).

En primer lugar, debo agradecer a los miembros del tribunal las observaciones y comentarios realizados, que han sido oportunamente tenidos en cuenta para la redacción definitiva de la obra. Además, he de mostrar mi más sincera gratitud a los profesores Joan Picó i Junoy (Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Rovira i Virgili) y Miguel Ángel Boldova Pasamar (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza) que también accedieron a formar parte del tribunal.

Asimismo, me gustaría agradecer al director de la tesis, el Dr. Cachón Cadenas, por toda su ayuda y dedicación. Puedo afirmar con orgullo que del Profesor he aprendido el significado del concepto de magisterio. Su ejemplo constituye un estímulo permanente para todos sus discípulos y un verdadero referente del buen quehacer académico.

Al profesor Cachón tengo que agradecerle no sólo las largas horas pasadas en la elaboración, discusión y corrección de la tesis doctoral, sino sobre todo el que me haya formado como universitaria. Hace ya algunos años tomé la determinación de abandonar mi querido Bilbao para dedicarme a la investigación científica al lado del Dr. Cachón Cadenas; a pesar de los sinsabores que supuso tal decisión, a día de hoy puedo decir con satisfacción que trabajar al lado del Profesor ha compensado con creces todos los esfuerzos personales.

Del mismo modo, es el momento de dar las gracias a todos los miembros del Área de Derecho Procesal de la *Universitat Autònoma de Barcelona*, así como a Vicenç Morera, Laura Bachs y a los compañeros de la biblioteca de Ciencias Sociales por su buena acogida, disposición y apoyo que me han brindado desde mi incorporación a esta casa. Asimismo, el camino recorrido no habría sido posible sin la ayuda, entre otros muchos, de los profesores

Teresa Picontó Novales, Encarna Bodelón González, Juan Ignacio Echano Basaldúa, Guadalupe Pérez Sanzberro, María Pilar Canedo Arrillaga, Elena Larrauri Pijoan y Montserrat de Hoyos Sancho. Resulta, además, de justicia agradecer el especial interés mostrado por los profesores Manuel Cachón Cadenas, Joan Picó i Junoy y Carlos María Romeo Casabona en relación con la publicación de este trabajo.

Es también el momento de recordar al Gobierno Vasco por la beca predoctoral correspondiente al programa de formación de personal investigador que me concedió a efectos de realizar el presente trabajo. También debo agradecer al *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD) y a la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación de la Generalitat de Cataluña (AGAUR) la financiación de sendas estancias de investigación en la ciudad de Münster (Alemania) bajo el magisterio del profesor Eberhard Struensee, así como a la Universidad de Nevada (Estados Unidos) por la financiación de una estancia de investigación en la ciudad de Reno. Este trabajo queda, además, insertado en el marco de los proyectos de investigación DER2009-09244 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y DER2009-10749 (subprograma JURI) con financiación del Ministerio de Ciencia e Innovación y por el FEDER.

Por último, tengo que agradecer a Gotzone y Víctor su ayuda a lo largo de la elaboración del presente trabajo. Asimismo, el aliento y apoyo incondicional de mi familia, y, en especial, de Mari Cerezo, de ama y aita, de Jonan, y también de Asier han sido decisivos durante todo este tiempo. A Asier, además, entre otras muchas cosas, le he de dar las gracias por todos esos miles de kilómetros recorridos.

Bellaterra, 13 de junio de 2010

Delimitación del objeto de la investigación

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el análisis del tratamiento procesal de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Dicho régimen de perseguibilidad se contrapone al criterio general de que los delitos y faltas resultan perseguibles de oficio, lo que a nuestro juicio determina un especial interés en relación con la fundamentación de la mencionada categoría dogmática.

La elección del tema obedece a razones tanto dogmáticas como prácticas referidas a dicho régimen particular de perseguibilidad. Cabe no olvidar en este punto que el criterio ordinario de persecución en la esfera penal viene constituido por la perseguibilidad de oficio de la mayor parte de las figuras delictivas incluidas en nuestro actual Código Penal. Con base en lo anterior, analizar la perseguibilidad a instancia de parte implica la necesidad de justificar un régimen excepcional con todas las particularidades que ello conlleva desde el punto de vista metodológico. No obstante, la importancia del estudio emprendido no se agota en la cuestión citada. Ello es debido a la ausencia de una verdadera sistematización dogmática en materia de perseguibilidad a instancia de parte. Por las razones expuestas, y a falta, salvo contadas excepciones, de estudios verdaderamente sistemáticos del conjunto de la problemática relativa a la perseguibilidad a instancia de parte, consideramos oportuno abordar el referido objeto de investigación.

Desde una perspectiva metodológica, procede poner de relieve que no se encontrará a lo largo del trabajo un estudio detallado de todas y cada una de las instituciones implicadas en la perseguibilidad a instancia de parte. Ello excedería con mucho de nuestro objeto de estudio, dado que, en mayor o menor medida, el grueso del Derecho procesal penal debería ser analizado. Con base en lo anterior, hemos procedido a limitar la investigación al análisis de aquellos –aun con todo, numerosos– aspectos específicos que, en el marco de las instituciones fundamentales del proceso penal, se ven afectados por este tipo de infracciones.

A la hora de estructurar la investigación y dadas las importantes peculiaridades que desde una perspectiva procesal presentan las cuestiones objeto de estudio, se ha considerado oportuno llevar a cabo una configuración de la materia en torno a cuatro aspectos esenciales, articulados en bloques temáticos. De esta manera, en el capítulo inicial se analiza la cuestión relativa a la naturaleza de las particularidades procesales que integran la perseguibilidad a instancia de parte, y, en concreto, acerca de si procede su inserción en la

esfera del principio de oportunidad. Con tal fin, resulta absolutamente imprescindible el estudio pormenorizado de los principios de legalidad y de oficialidad al objeto de ofrecer un completo panorama dogmático acerca de la naturaleza y del encaje del propio principio de oportunidad. Dicha tarea deviene, por consiguiente, esencial al permitir una adecuada contextualización de la referida institución, así como al facilitar la comprensión de su engarce y sus diferencias con otras figuras afines.

Por otro lado, entendemos que el estudio pretendido no puede realizarse con un mínimo rigor dogmático sin acudir a los tipos penales concretos a los que resulta de aplicación dicho régimen procesal. Precisamente, una de las grandes carencias que a nuestro juicio se detectan en numerosos estudios tanto en la esfera penal como en la procesal es el carácter prácticamente unilateral con el que se abordan muchos de los mismos en relación con cuestiones en las que ambas perspectivas ostentan una incidencia notoria. A la hora de llevar a cabo la investigación, dicho paradigma produce la funesta consecuencia de disociar la materia penal y la procesal como si de dos ámbitos absolutamente independientes se tratara, impidiendo una comprensión global y unitaria del objeto de estudio. Con el fin de superar este estado de cosas, hemos considerado imprescindible la inclusión en nuestro trabajo del oportuno análisis penal de las figuras delictivas afectadas por el régimen de perseguibilidad a instancia de parte. No obstante, en este punto procede advertir al lector de que nuestra pretensión viene constituida por la concreta contextualización de las mismas en el marco del análisis procesal que específicamente tiene lugar a lo largo de los dos últimos capítulos de la obra.

El capítulo tercero se erige en un estudio específico de las peculiaridades procesales previstas para cada uno de los grupos de infracciones penales perseguibles a instancia de parte. A dicho efecto, se ha procedido a respetar la sistemática seguida en el Código Penal vigente en coherencia con la estructuración mantenida a lo largo del capítulo segundo de nuestra obra. En definitiva, a lo largo de este capítulo tercero se procede a determinar las concretas disposiciones penales con específica repercusión procesal. Por ello, quedan fuera de nuestro análisis otros aspectos dogmáticos de carácter penal. Desde este punto de vista, la metodología asumida resulta plenamente coherente con el objeto de estudio: tras un capítulo segundo destinado a analizar los tipos penales con el fin de determinar cuáles son las realidades a las que se aplica el régimen de perseguibilidad a instancia de parte, el capítulo tercero estudia en profundidad las cuestiones de naturaleza eminentemente procesal en la configuración de los mismos.

Finalmente, el capítulo cuarto de la investigación aborda el análisis de los aspectos procesales comunes que presentan los supuestos de infracciones penales perseguibles a instancia de parte. En este punto, resulta fundamental, en el marco del trabajo emprendido, el estudio dogmático pormenorizado de las figuras de la denuncia, la querrella o el perdón del ofendido, entre otras. Asimismo, cuestiones de particular relevancia, tales como la determinación de la persona facultada para la remoción del óbice procedimental concurrente en estos casos o la diferenciación de regímenes aplicables en función de la categoría de la víctima (menores, incapaces o personas desvalidas, fundamentalmente) son objeto de análisis detallado a lo largo del presente capítulo.

Desde el punto de vista de la materia tratada, y dada la complejidad y abundancia de las cuestiones suscitadas, hemos centrado nuestra investigación en el estudio del actual derecho positivo español. Aun cuando pueda encontrarse alguna referencia aislada, no se ha

considerado procedente realizar un análisis específico de la evolución histórica habida en el ámbito de la perseguibilidad a instancia de parte, ni del derecho comparado. Ello responde al hecho de que una toma en consideración específica tanto de los aspectos históricos como de aquellos relativos al derecho extranjero plantearía en este caso problemas particulares que obligarían a ampliar de manera sustancial el objeto de estudio. En suma, y con el fin de acotar oportunamente la investigación emprendida, hemos optado por omitir un tal examen de las referidas cuestiones. Este enfoque no es óbice para que, en determinados apartados concretos de la investigación en que la perspectiva histórica y comparada puedan resultar más ilustrativas, se haya procedido a realizar la oportuna referencia a las mismas.

Finalmente, y en relación con el contenido de la investigación, procede poner de relieve la opción adoptada con respecto al manejo de fuentes jurisprudenciales. En nuestra opinión, la utilización de tales fuentes constituye un elemento indispensable en todo análisis de naturaleza procesal con el fin de concretar los criterios manejados por los jueces y tribunales. En este caso particular, no se ha omitido el referido estudio jurisprudencial con respecto a la totalidad de los tipos penales implicados. A resultas de dicho análisis, podemos extraer la conclusión de que en muchos casos los criterios jurisprudenciales manejados en relación con la institución de la perseguibilidad a instancia de parte resultan fragmentarios, caóticos y con escaso valor doctrinal. En consecuencia, se ha preferido reflejar tales criterios de una manera selectiva, es decir, sólo cuando se ha considerado que los mismos suponen una aportación valiosa en relación con el objeto de estudio.

En definitiva, el presente trabajo constituye un análisis de naturaleza dogmática acerca de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte, abordando de una manera integral las distintas cuestiones que la misma implica. A pesar de que la investigación tiene una naturaleza eminentemente procesal, se ha pretendido no dejar de lado aquellos aspectos penales relevantes a efectos del trabajo con el fin de desarrollar un estudio omnicomprendivo de la referida institución.



CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OFICIALIDAD, OPORTUNIDAD Y DISPOSITIVO

I. LA PERSEGUIBILIDAD PROCESAL DE LAS INFRACCIONES PENALES

No resulta ajeno a nuestra doctrina el empeño por tratar de establecer una nítida distinción entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, quizá debido a la frecuencia con que algunos penalistas desconocen aspectos esenciales del proceso criminal, además de a la pretendida innecesariedad de un conocimiento del Derecho penal sustantivo dada la autonomía del Derecho procesal.

En este sentido, consideramos de interés repetir aquí las palabras de RAMOS MÉNDEZ, que, desde una perspectiva monista, señala cómo «el delito jurídicamente no existe si no es a través de la sentencia que así configura las alegaciones fácticas producidas en el proceso penal. Sin proceso no hay delito, ni pena, y por lo tanto, tampoco derecho penal»¹.

Además, CARNELUTTI ya apuntaba que «la teoría del delito, la de la pena y la del proceso son las tres partes fundamentales del estudio del Derecho penal»² o, en formulación más extensa, RUIZ VADILLO aboga por una visión aglutinadora del Derecho referido al ámbito criminal³. En concreto, el autor citado incluye dentro de la categoría del Derecho penal, entendido en el mencionado sentido amplio, al «conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado y que asocian, a causa de la comisión de un hecho previamente tipificado por la ley, como delito o falta, penas y/o medidas de seguridad, ejecutables tan sólo, conforme dispone el Ordenamiento jurídico, bajo control y vigilancia

1 RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 301.

2 CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 15.

3 En vez de utilizar la expresión «Derecho penal», en cierta forma confusa por cuanto puede no resultar claro si nos estamos refiriendo a su sentido estricto o, en cambio, se pretende aludir a su significado *lato sensu*, la fórmula «sistema penal» podría convertirse en una buena alternativa. Véanse, así, MAIER, «La víctima y el sistema penal», en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 183-249; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002. Ambos autores emplean dicha fórmula en el título de sus trabajos.

judicial, a quien o quienes sean culpables de su realización, a título de dolo o culpa, si se trata de penas, impuestas siempre por los tribunales competentes a través del correspondiente proceso, establecido imprescindiblemente por la ley»⁴.

De la citada definición cabe destacar que los comportamientos castigados por el Derecho penal sólo se pueden considerar jurídicamente constitutivos de delito o falta tras haber pasado por el filtro del proceso⁵, siempre que, además, este último haya concluido mediante sentencia condenatoria dictada por el órgano judicial competente⁶. Y, además, todo ello de acuerdo con la ley, al resultar inherente a la definición misma del Derecho penal el principio de legalidad.

De ahí que el Derecho penal sustantivo necesite obligatoriamente de la «forma o soporte» (entiéndase en el sentido más positivo del término) del proceso para poder ser aplicado⁷. Pero si nos adentramos en la cuestión filosófica relativa al «ser o no ser» del Derecho penal en sentido amplio, no sólo hallamos el debate abierto por la concepción monista o dinámica, puesto que además se plantea, en el polo opuesto, el hecho de que el proceso tampoco tiene existencia «en la vida, en el tráfico jurídico, sino que sólo existe porque la ley lo quiere y lo crea»⁸.

4 RUÍZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial II (*Justicia penal*), p. 56. Cabe destacar de la presente definición la relevancia concedida por RUÍZ VADILLO a los distintos aspectos del principio de legalidad (criminal, ejecución –atinadamente, en este caso, no se refiere a la «ley», sino al «ordenamiento jurídico»– y control jurisdiccional –sobreentendiéndose aquí la garantía penal–).

5 Ello es así, porque «el derecho penal no es un derecho de coerción directa, sino de coerción indirecta», pues «la potestad represiva no puede efectuarse inmediatamente con el uso directo de la fuerza, como la potestad de policía», tal como señaló MANZINI (cit. por Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Tomo II, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 24).

6 Excepción a lo manifestado resulta la posibilidad de que el juez (de instrucción) de guardia dicte sentencia de conformidad en los denominados «juicios rápidos». El caso contemplado se aleja de la norma general por dos motivos: en primer lugar, porque, concurre la institución de la conformidad; y, en segundo término, especialmente, porque en un proceso por delito es un juez no encargado de la fase de juicio oral quien pondrá fin al procedimiento nada menos que con una sentencia de condena. Véase, además, sobre el principio de imparcialidad objetiva, el artículo del profesor PICÓ I JUNOY, «Nuevas reflexiones sobre la regla «Quien instruye no puede juzgar»», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 39 y ss. Según RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 35, «[U]na de las garantías del enjuiciamiento criminal trabajosamente conseguidas en los últimos años es la separación entre las funciones de instrucción y fallo. El Juez que instruye no debe fallar. (...) En este punto, sin embargo, la reforma de 2002 orilla peligrosamente la garantía. No puede infundir tranquilidad. Como se subordina todo a la celeridad de la respuesta judicial, el primer objetivo es la conformidad del imputado con la pena, sin salir del Juzgado de guardia. Para ello no se ha vacilado en atribuir al propio Juez que instruye la gestión de la conformidad. Por mucho rango de ley orgánica con que se haya querido revestir el tema, la cuestión de separación tajante entre instrucción y fallo ha sufrido un ataque en la línea de flotación». La duda albergada por ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», en Poder Judicial, n.º 41-42, p. 55, guarda relación con la problemática que acabamos de apuntar: «¿Qué ocurre cuando la pena o medios sustitutivos de la misma ya no precisan de un proceso tan garantista, y cabe imponer aquélla bien mediante procesos que limitan su fase inicial o la de enjuiciamiento, bien a través de mecanismos alternativos, incluso no jurisdiccionales?».

7 En esta línea, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., p. 18, destaca cómo «los postulados de las teorías monistas (...) reducen los dos términos del problema derecho-proceso a uno sólo, a la experiencia procesal del derecho». Además, utilizamos la palabra «proceso», siguiendo al profesor RAMOS MÉNDEZ, *ibid.*, p. 46, como abreviatura de la expresión *processus iudicii*, esto es, como «sucesión temporal de la actividad de los sujetos procesales, con arreglo a normas técnico-jurídicas de procedimiento, en orden al juicio jurisdiccional».

8 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 29, que continúa así: «Un pro-

Parece deducirse de lo apuntado que no debería existir limitación alguna en relación con el conocimiento y enjuiciamiento jurisdiccional de un comportamiento que presente caracteres de delito o de falta. Como regla general ello es así, dado el juego de los principios de legalidad en el ámbito procesal y, sobre todo, del de oficialidad. Sin embargo, a lo largo del presente trabajo de investigación abordaremos algunas excepciones existentes y estudiaremos su posible procedencia.

Hasta ahora nos hemos referido a la conexión habida entre el Derecho penal material y el procesal. Pero, además, debemos afirmar que existe otra relación a destacar, pues la sucesión de actos necesarios para emitir el juicio penal participa del concepto unitario de proceso⁹. En efecto, los diversos tipos de enjuiciamiento existentes (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral) mantienen múltiples puntos en común¹⁰, y, especialmente, puede resaltarse la vinculación que el proceso penal mantiene con el civil¹¹.

En este sentido, la razón por la cual existe diversidad de principios en los últimos dos tipos de procedimientos citados no debe fundarse en que nos encontramos ante rea-

ceso es, sí, una realidad, pero no una realidad espontánea fruto de la voluntad libre de determinados sujetos, como lo es una compraventa o un préstamo, sino una realidad querida por la ley y que se disciplina concretamente por normas jurídico-positivas, sin perjuicio de la vigencia y efectividad de ciertos principios generales del Derecho». Desde otro punto de partida, destaca el profesor RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., pp. 41, 42, cómo el «proceso es jurídico en cuanto está regulado por el derecho. Pero al mismo tiempo el proceso es algo vivo en la realidad, y como tal sujeto a condicionamientos que moldean su juridicidad adaptándola a la situación concreta en que se desenvuelve. Es más, a veces, las condiciones sociológicas priman sobre las demás y modifican incluso la recta aplicación del proceso en su juridicidad. No puede olvidarse que el proceso jurídico es también un instrumento para la recta aplicación del derecho y como instrumento, está sujeto a las manipulaciones que de él hagan las personas que intervienen en el mismo», aunque el citado autor, *ibid.*, p. 43, admite «que el desarrollo del proceso en el tiempo no es libre como ocurre en los procesos naturales, sino que está reglado por el derecho, medido por las normas técnico-jurídicas del procedimiento. Esto significa que el proceso discurre desde su nacimiento hasta su terminación por cauces previamente fijados».

- 9 Siguiendo a MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Villar), I, 15.ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 310, «(...) subsistirá la distinción entre el proceso penal y el civil, pero no podrá tratarse de diferencias absolutas porque, a la postre, uno y otro han de referirse a la jurisdicción y a la acción y porque del proceso siempre podrá darse un concepto unitario, sin perjuicio de la existencia de manifestaciones específicas de ese concepto común». En este sentido, CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 33, señala que el «proceso es el instrumento de que se sirve la jurisdicción para realizar su específica actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La realización de la actividad jurisdiccional del Estado, fin objetivo y trascendente de todo proceso, es, (...), común a los diversos tipos de procesos que existen». Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., pp. 46, 47, pone de manifiesto cómo «el verdadero alcance del proceso es servir de instrumento para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción, para el enjuiciamiento, en suma, para el juicio. Carácter instrumental que no significa contingencia, sino por el contrario necesidad inmanente para el juicio; ni tampoco quiere decir accesoriedad, precariedad, sino sólo que el proceso no es fin en sí mismo», e *ibid.*, p. 300, añade: «El proceso penal es también un *processus iudicii* constituido por el desarrollo de la acción y el de la jurisdicción en materia penal. Sustancialmente es por lo tanto idéntico a cualquier proceso jurisdiccional; únicamente varían en cierta medida los principios que lo rigen y su estructura, por razón de su objeto».
- 10 En sentido similar, resulta clarificadora la categoría de los órdenes jurisdiccionales, ya que la jurisdicción es única (art. 117.5 Const.), y, sin embargo, la distinción entre órdenes jurisdiccionales se debe a las distintas ramas jurídicas tuteladas en cada uno de ellos.
- 11 Así, no debemos, en todo caso, olvidar el carácter supletorio de las normas procesales civiles (*ex art. 4 LEC*) en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los demás procedimientos.

lidades que vayan a ser encauzadas mediante instrumentos opuestos, pues en ambos casos utilizaremos el mecanismo del proceso, sino que dicha causa debemos hallarla en el distinto interés material objeto de protección mediante aquéllos¹². Aun así, en ocasiones no resulta sencillo trazar una nítida y perfecta línea divisoria entre intereses públicos y privados sustanciados, respectivamente, a través del proceso penal y civil. Por ello, sin negar la utilidad y claridad expositiva de la tradicional diferenciación entre el procedimiento civil y el penal en función de los intereses que tutelan, esto es, el privado y el público, debemos admitir que, hoy día, en el primero cabe la participación del Ministerio Fiscal si existe un interés público¹³; y, en sentido similar, ante hechos que eventualmente pueden resultar constitutivos de determinados delitos o faltas no cabe incoar el proceso penal, ni, en algunos casos, continuar con el mismo, sin cierta actividad del ofendido¹⁴. Conviene recordar, asimismo, la posibilidad, muy frecuente, de que en el propio proceso penal se ventile la responsabilidad civil *ex delicto*, sin esperar, por tanto, a la conclusión de aquél para iniciar un proceso «privado». En consecuencia, si bien la influencia de los intereses públicos y privados marca, respectivamente, el proceso penal y civil, existen en ambos tipos de enjuiciamiento ejemplos de zonas mixtas en las cuales dicho criterio no se sostiene.

El mencionado interés público prevalente en los procesos penales acarrea consecuencias en el ámbito relativo a su persecución. Los procedimientos en que se enjuician hechos susceptibles de ser castigados como delito o falta resultan, como norma general, perseguibles de oficio. Y es que el ejercicio del Derecho penal subjetivo no puede depender de una tercera persona —aunque se trate de un «tercero cualificado» al haber resultado ofendido por la acción u omisión punible—, quedando el *ius puniendi* a merced de su voluntad, ni

12 Discrepa de la tesis anterior el profesor ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 149 y ss., quien, tal como posteriormente analizaremos (capítulo I apartado II epígrafe 2), relativiza la importancia que el derecho sustantivo pueda tener en la conformación de los principios del proceso, cuestión ésta tratada por el autor bajo el ilustrativo título «Influencia de la instrumentalidad del proceso en los principios informadores de su regulación». En contraposición, y siguiendo con las rúbricas, compárese la citada titulación con la de MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 31, «La acomodación del proceso al derecho material aplicado».

13 El profesor ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell Navarro, Cámara Ruiz, Juan Sánchez, Bonet Navarro, Bellido Penadés, Cucarella Galiana y Martín Pastor), 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 126-129, clasifica en tres categorías las posiciones que la Fiscalía puede adoptar en el proceso civil: a) en calidad de parte; b) como representante provisional de incapaces y ausentes; y, c) en actuaciones procesales determinadas.

14 La intervención del Ministerio Fiscal en un proceso se debe, precisamente, a la existencia de algún interés público y para evitar así que sea la víctima la encargada de defender, aun en contra de su voluntad, aquél. En el artículo 124.1 de la Constitución, reproducido casi al milímetro en el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se señala lo siguiente: «El Ministerio Fiscal (...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa (...) del *interés público* tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados (...) y procurar ante éstos [los Tribunales] la satisfacción del *interés social*» [Cursivas añadidas]. En dicho precepto se hace referencia, por dos veces, a la cuestión del interés público o social. Dichos intereses no cabe identificarlos exclusivamente con el tutelado mediante el proceso penal, sino que en ciertos procedimientos civiles, como los recogidos en el libro IV título I (en especial, véase el art. 749) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ventilan, igualmente, intereses públicos.

puede, por otro lado, imponerse a aquél semejante carga¹⁵. Ello es consecuencia de que a la víctima del hecho delictivo, en expresión que ya se considera todo un clásico, le ha sido arrebatada la pertenencia del conflicto¹⁶, y, por ello, hoy día aquélla ha pasado de ostentar la acción física y material tras haber sufrido una ofensa a ser «meramente» titular de una acción procesal y formal, como gráficamente ha destacado VÉLEZ MARICONDE¹⁷.

Aun así, podemos señalar que el sistema procesal español en este punto se muestra especialmente atento para con las necesidades del ofendido al permitírsele ejercitar la acción penal –aunque rara vez en régimen de exclusividad– en los diversos tipos de infracciones previstas por la legislación sustantiva. Además, ello sucede con independencia de que, por norma, exista un órgano oficial encargado de dicha función acusatoria, característica por la que nuestro sistema se diferencia de otros países de nuestro entorno en donde el Ministerio Fiscal monopoliza el ejercicio de la acción penal. Lo señalado guarda relación con el juego de ciertos principios, ya apuntados y que posteriormente desarrollaremos¹⁸, como son el de legalidad –principio éste con diversas repercusiones tanto en el ámbito del Derecho penal como del procesal– y, sobre todo, el principio de oficialidad. En consecuencia, se entiende que tanto la incoación del proceso, como el desarrollo y la terminación de la causa penal no deben quedar condicionados por la decisión de los particulares, bien a título individual bien incluso colectivamente (dada la admisión del

15 Véase el ya clásico artículo del profesor CHRISTIE, Nils, «Los conflictos como pertenencia» [trad. Alberto Bovino y Fabricio Guariglia], en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), cit., pp. 162 y 163 [El trabajo original fue publicado bajo el título «Conflicts as property», en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, enero 1977], donde se señala cómo «en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo –y a menudo de manera más brutal– al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado». No pretendemos analizar aquí las diferencias existentes entre el modelo propuesto por CHRISTIE en las líneas anteriores y el vigente en España, en el que la víctima puede, al margen y con independencia del Ministerio Público, ejercitar la acción penal como acusación particular.

16 El título del artículo de Nils CHRISTIE, «Los conflictos como pertenencia», cit., resulta revelador. Por su parte, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 22, explica cómo «el Estado produjo una cierta «expropiación» de los derechos subjetivos penales, de modo que éstos no se hallan en manos de los particulares. En esta línea, MAIER, «La víctima y el sistema penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 12, 1991, p. 32, se ha referido a que el concepto de bien jurídico servía «a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba. Por tanto, el único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna». No obstante, se torna necesario recalcar el contenido de las expresiones «derecho» penal subjetivo o «*ius puniendi*». En esta línea, podemos situar las palabras de CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, cit., pp. 19 y 26, quien define el *ius puniendi* como el «derecho a imponer penas por la comisión de hechos punibles», siendo aquél «el único derecho sobre el que necesariamente debe pronunciarse el Juez en el proceso penal» [Cursivas añadidas].

17 Así, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, II, 2.ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 16, señala cómo en el momento en que «la reacción arbitraria del individuo se convierte en función exclusiva y perfectamente jurídica del Estado, la acción física de aquél –la venganza– se reduce a una acción procesal».

18 Concretamente, en este capítulo I apartados III, IV y V.

ejercicio de la acción popular por personas jurídicas), de perseguir o no un determinado comportamiento criminal.

Sin embargo, por diversos motivos que a lo largo de esta investigación serán estudiados, desde antiguo se han admitido excepciones en materia de la persecución penal que han de llevar a cabo órganos públicos. Habrá, asimismo, de clarificarse el hecho de que siendo públicos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal se permitan restricciones a la hora de sustanciar el correspondiente procedimiento, siendo como es ésta la única vía admisible para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia.

II. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

1. Interés del análisis de los principios procesales: su sentido globalizador

Algunas de las acepciones recogidas en los diccionarios al uso nos pueden ser de utilidad en la labor de esclarecer el significado del término principio. En este sentido, tanto en el diccionario de María Moliner como en el de la Real Academia Española, entre las definiciones manejadas, se ha aludido al «origen», «nacimiento» o a lo «primero», en perfecta sintonía con el significado que pretendemos concederle a dicho vocablo. En concreto, María Moliner define los principios, tras hacer referencia a su utilización preferentemente en plural, como las «naciones primeras de una ciencia o arte», mientras que la Real Academia en su quinta acepción los concibe como «cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes». Además, han sido también definidos como «naciones fundamentales [de una ciencia o arte]»¹⁹. Se puede, por tanto, considerar como términos sinónimos los principios y los fundamentos (o basamentos), si bien el énfasis queda en ambos casos situado en aspectos diversos de una misma realidad. Y es que en aquéllos se destaca su vinculación con el origen, inicio o nacimiento, mientras que los fundamentos centran su atención en lo esencial o básico.

La expresión principios del proceso alude, como señala MONTERO AROCA, a la existencia de unas «ideas base de determinados conjuntos de normas (...) que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella»²⁰, o, en palabras de ORTELLS RAMOS, a «las ideas que informan la regulación de los más importantes aspectos de aquél [el proceso], fundamentalmente los poderes del órgano jurisdiccional y de las partes respecto al objeto procesal, al material de hecho y a la dirección formal

19 MOLINER, *Diccionario de uso del español*, 2.ª ed., Gredos, Madrid, 1998, p. 775; Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1244; SECO REYMUNDO, ANDRÉS PUENTE y RAMOS GONZÁLEZ, *Diccionario del español actual*, vol. II, Aguilar, Madrid, 1999, p. 3683.

20 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, I, 11.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 316. Tal definición es plenamente asumida por BERZOSA FRANCOS, «Principios del proceso», en *Justicia* 92, pp. 553, 554.

del proceso, y la forma según la cual se realizan y ordenan los actos que integran el proceso»²¹.

Por su parte, RAMOS MÉNDEZ define los principios del proceso como «breves fórmulas que plasman el significado profundo de su existencia»²² y, en otro lugar, el mismo autor se refiere a los principios del juicio como máximas fundamentales que deben inspirar o inspiran el mismo²³, esto es, aquellas que analizan las modificaciones o lo que debería ser (*de lege ferenda*) y las que tienen en cuenta el estudio *de lege lata*. Expresándolo de una forma distinta, aunque con parejo significado, ha entendido MONTERO AROCA la distinción entre el principio condicionante de la posterior creación legislativa (perspectiva *ex ante*)²⁴ y como mecanismo para analizar el derecho vigente (perspectiva *ex post*), sentido éste en el que actualmente se utiliza la expresión²⁵.

Sin embargo, estimamos acertada la cautela adoptada por cierto sector doctrinal en relación con la relevancia de estas ideas-fuerza. Y es que existe la tendencia a considerar todo incluido en la categoría de principio y dejar, consecuentemente, sin sentido dicho ró-

21 ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 147.

22 En concreto, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 263, se está refiriendo a los principios del proceso civil, pero, en mi opinión, cabría extender dicha reflexión a los principios del proceso como categoría más general.

23 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 31. Se puede observar en estas dos definiciones la pugna entre el juicio y el proceso, a la que se refiere el profesor RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 171: «la idea de proceso, que en definitiva, en el sentido que es contemplado por nuestra ciencia, no es más que el *processus iudicii*» y «siendo el proceso, *processus iudicii*; la acción, petición de juicio y la jurisdicción, expresión del juicio, en definitiva es la idea del juicio la que aparece como centro de atención de nuestra disciplina, ya que polariza en torno a sí las inquietudes de toda la actividad procesal. Así pues, es consecuente construir ahora el concepto del derecho procesal sobre la idea base del juicio» (*ibid.*, p. 247).

24 Asimismo, FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 4.ª ed., Agesa, Madrid, 1982, p. 22, apunta cómo «la elaboración de nuestra Ley –LECr.– se basa en postulados de política procesal que reciben el nombre de principios generales del proceso penal». Sin embargo, lo verdaderamente relevante hoy día son los principios con plasmación legal y no, por tanto, los que resultan anteriores a la propia normativa incluso constitucional. En este sentido, si bien en atención a los principios generales del derecho como fuente del Derecho penal, véase POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 2001, pp. 384, 385, quien señala que «si son principios de reconocimiento constitucional, la propia Constitución es un límite a la normativa posterior y un criterio-guía situado en la cúspide de la pirámide normativa, pero no propiamente fuente de creación del Derecho penal, y en otro supuesto habrá de regularse siempre, en el ámbito del Derecho penal, mediante ley». En este mismo sentido, citado, además, por POLAINO NAVARRETE, *ibid.*, véase CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 126: «Poca transcendencia cabe otorgar a los principios generales del Derecho. En cuanto que sean principios emanados de la Constitución son fuente directísima del ordenamiento jurídico penal y limitadores del poder punitivo del Estado. Pero si por principios generales hemos de entender otros no emanados de la Constitución, sino del resto del ordenamiento jurídico, o son concreciones de la ley y en ese caso, son ley, o, por el contrario, no lo son, y en ese caso no pueden tener aplicación como fuente directa del Derecho penal, aunque sin duda cumplan una función a efectos interpretativos».

25 COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 182, adopta esta perspectiva al afirmar que «los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación (...) de las disposiciones de la ley».

tulo²⁶. Por tanto, debemos afirmar que los principios inspiradores del juicio no son ninguna panacea, ya que su función resulta «mucho más modesta»²⁷.

Diversos son los focos de atención que merece el método de los principios de inspiración alemana²⁸. Quizá su principal activo resida en poder ser considerados como formas sintéticas para explicar aspectos o criterios, en ocasiones, complejos de nuestro –o de otro– sistema procesal²⁹. Pero, además, en conexión con el argumento anterior, y desde un punto de vista didáctico, resultan dichas fórmulas extremadamente adecuadas bien como instrumentos de la enseñanza-aprendizaje bien como elementos a utilizar en foros académicos a modo de marco teórico. En este sentido, puede destacarse su utilidad para hacer referencia a otras etapas de nuestro derecho (ámbito temporal), o, incluso, cabría emplearlos en el estudio jurídico-comparado (ámbito espacial). Igualmente, se ha destacado su potencialidad para ser utilizados en la esfera de la política legislativa. Y es que «a través de los mismos podemos constatar la funcionalidad o disfuncionalidad del sistema procesal con las normas fundamentales y con los valores sociopolíticos y económicos imperantes»³⁰.

Por ello, podemos afirmar que la característica de los principios procesales reside – pese a las críticas vertidas sobre dicho método– en su «sentido globalizador», elemento

26 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., p. 31; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 317; y, ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 148, señalan el riesgo de la hipervaloración de los principios. En nuestra opinión, VÁZQUEZ SOTELO, «Los principios del proceso civil», en *Justicia* 93, p. 600, alude de alguna forma a este riesgo al indicar que «los principios procesales son (sólo) los criterios básicos constitutivos o informadores del proceso» (Cursiva añadida). Por su parte, COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., cit., pp. 182, 199, siendo este último el que reproducimos, afirma que «toda solución constante, reiterada, que aparece en un cuerpo de leyes, constituye un principio». Otro ejemplo de la utilización, quizá, un tanto amplia de la noción a la que hacíamos referencia, puede hallarse en LORCA NAVARRETE, *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, donde divide su exposición en cinco bloques, bajo la expresión «principios rectores», dentro de los cuales se articula el análisis de las cuestiones relativas a los diversos tipos de procesos –salvo el proceso penal–: I. Principios rectores del proceso civil; II. Principios rectores del proceso laboral; III. Principios rectores de la tutela del administrado frente a la Administración Pública; IV. Principios rectores del proceso de amparo constitucional; y, V. Principios rectores del proceso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asimismo, CARNELUTTI, «Principios del proceso penal» (traducción de Sentís Melendo), en *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, analiza las instituciones más importantes del Derecho procesal penal; o, FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», en *La reforma del proceso penal* (con Andrés Ibáñez, Conde-Pumpido Tourón, Pérez Mariño y Varela Castro), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 15 y ss.

27 GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, cit., p. 177. En este sentido, véase, asimismo, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 317.

28 ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 147, destaca cómo «este método ha sido sometido a crítica precisamente en el propio ámbito doctrinal en el que tuvo su origen y que lo mantiene: la doctrina alemana». A continuación, el profesor ORTELLS RAMOS, *ibid.*, pp. 147 y 148, sitúa, a través de certeras pinceladas, el nacimiento y la evolución de las *Maximen* y, concretamente, de las *Prozessmaximen*.

29 GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, cit., p. 177. En este sentido, la afirmación de ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 147, al indicar que «una exposición de carácter general de la regulación jurídica del proceso puede llevarse a cabo mediante la exposición de los llamados principios del mismo».

30 GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, cit., p. 177.

que puede resumir las diversas funciones expuestas³¹. MONTERO AROCA, por su parte, añade dos cometidos a los principios del proceso por cuanto considera que sirven, en primer lugar, como instrumento auxiliar de la interpretación y, en segundo término, como elemento integrador de la analogía para los supuestos de laguna legal³². A partir de lo señalado, podemos concluir que las definiciones dadas por la literatura especializada recalcan más el aspecto de la esencialidad de los principios que la aludida referencia al factor temporal³³.

2. Vinculación de los principios procesales con el derecho material

Es fácil constatar la diferencia existente entre los principios informadores del proceso civil y del penal debido, como indicábamos con anterioridad³⁴, al distinto interés imperante (privado y público, respectivamente) en ambos tipos de juicios, consecuencia, a su vez, del derecho sustantivo actuado en éstos. Asimismo, ya hemos dejado apuntadas las excepciones a tal regla³⁵, como sucede, por ejemplo, en los procesos de derecho privado en los que interviene el Ministerio Fiscal.

31 Señala, en este sentido, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 317, que éstos permiten dar «una visión resumida pero completa del fenómeno procesal». Sin embargo, conviene incidir en las cautelas anteriormente expresadas, y, en esta línea, ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 148, recoge la opinión de algunos autores alemanes que encuentran en su virtud, esto es, en la mencionada función de síntesis, precisamente su debilidad, pues al gozar dichos principios de un carácter genérico o de acentuación «no sirven para la construcción de una teoría general del proceso porque no agotan la determinación de la idea fundamental a la que responde su regulación (...)». Otra de las críticas vertidas en torno al método de los principios, y recogida por ORTELLS RAMOS, *ibid.*, es que «no expresan la realidad de la regulación del actual proceso (...)», sin que esta ineludible objeción sea correctamente superada cuando se afirma que un determinado principio rige como regla, con excepciones derivadas del principio contrario, porque en tal caso lo que en realidad sucede es que ya no rige ninguno de los dos; y también COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., cit., pp. 199, 200.

32 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 317. Al análisis efectuado por MONTERO AROCA, se adhiere BERZOSA FRANCO, «Principios del proceso», cit., p. 554.

33 En este sentido, si bien en atención al proceso penal, pero extensible al proceso en general, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 14, los considera como «aquellos que hacen la esencia del proceso, los que llevan a que el proceso penal sea lo que es y no otra cosa». Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 7, señala que un principio del proceso penal es «un elemento de veras originario de lo esencial, de aquello que pertenece a la naturaleza de una cosa». Sin embargo, consigue aunar ambos aspectos DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 47, por cuanto considera como tales a «las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí que el término «principio» resulte apropiado), determinando que sean sustancialmente como son».

34 Concretamente, en este capítulo I apartado I.

35 *Ibid.*

Sin embargo, el profesor ORTELLS RAMOS³⁶, sin negar lo anterior, matiza dicha afirmación, no en atención a la ya mencionada existencia de supuestos que no se ajustan a la norma general, sino que su aportación incide, precisamente, en restar intensidad a la influencia que la naturaleza pública o privada del derecho material pueda revestir en la configuración de los principios procesales. En este sentido, ORTELLS analiza cómo el interés privado o público tutelado a través del proceso civil y penal resulta determinante para la instauración del principio dispositivo (proceso civil) o principio de legalidad (en los procesos penales)³⁷. Sin embargo, el régimen interno del instrumento procesal, esto es, el modo en el cual se concreta una vez determinado si rige o no el principio dispositivo, no queda condicionado por dichos intereses, sino que permanece abierto y es aquí donde pueden confluir aspectos más políticos, ideológicos, culturales o sociales³⁸ que en modo alguno contradirán el carácter privado o público impregnado por el derecho actuado.

3. Diferencia entre los principios procesales y otras figuras afines

Desde antiguo se ha puesto especial énfasis en la delimitación de los principios y lo que no alcanza la categoría de tales, e incluso dentro de la categoría de principios se han diferenciado diversas clases³⁹ sin que ello obedezca necesariamente a criterios claros y, en ocasiones, se esté aludiendo —con o sin la utilización de la expresión «principio»— a una misma realidad. Por ello, antes de proceder al análisis de los mismos, conviene subrayar la ausencia de unidad en el empleo de la terminología. Según MONTERO AROCA, cabe considerar en este ámbito contraproducente el rigor terminológico dada la gran confusión que así podría crearse⁴⁰.

36 ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 149-150, 156-158.

37 Con respecto a las características del proceso contencioso-administrativo, véase ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 189-191.

38 ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 152, e *ibid.*, p. 154: «De la naturaleza del Derecho material se deduce sobre qué presupuestos el proceso debe iniciarse y su objeto configurarse, pero no en cambio la forma según la cual todo ello ha de hacerse efectivo».

39 Se ha de mencionar aquí la exposición clásica de los principios del proceso y los del procedimiento, cuyo núcleo de distinción se encuentra, lógicamente, en el significado de los términos «proceso» y «procedimiento».

40 MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 14 n. 1. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 320. En relación con los principios del proceso penal, si bien resulta aplicable a otros ámbitos, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, II, 2.ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 173, señala lo siguiente: «De ellos se ocupan siempre los juristas que aspiran a penetrar en la vida del proceso, aunque no usen la misma terminología. Las discrepancias de carácter conceptual que los separan son mínimas cuando se las compara con las que existen en orden a la designación de los principios y al criterio para discriminarlos».

3.1. Principios jurídico-naturales y principios técnicos

Algunos autores consideran como criterio diferencial el de la inmutabilidad o no de los principios. Los primeros serían los principios jurídico-naturales o principios comunes, «sin los cuales no se concibe *el* proceso» por ser consustanciales a su misma existencia⁴¹.

Los principios técnicos, también denominados jurídico-técnicos⁴², específicos⁴³ o constitutivos⁴⁴ hacen referencia a aquellos principios procesales caracterizados por su conexión con alguna parcela del derecho sustantivo actuado en el correspondiente proceso judicial y, por tanto, no necesariamente predicables de todo procedimiento⁴⁵.

3.2. Principios y reglas conformadoras

Para un sector doctrinal son las reglas (conformadoras)⁴⁶ las que se oponen a la categoría de los principios, ya que pese a constituir criterios generales referidos al proceso resultan accidentales o no esenciales⁴⁷. En este grupo podemos incluir también a VÁZQUEZ SOTELO, quien distingue los principios, definidos como aquellos criterios o ideas fundamentales que configuran, inspiran y dominan una institución o materia, de los aforismos o reglas jurídicas⁴⁸. Sin embargo, MONTERO AROCA reconoce que pese a ser ésta la denominación correcta, se ha extendido,

41 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), cit., pp. 51 y ss., los principios de audiencia y de igualdad de partes entrarían dentro de los principios naturales. Por su parte, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 15.ª ed., cit., pp. 96-111, divide los principios procesales comunes en atención a los principales sujetos intervinientes, diferenciando así los que se refieren al órgano judicial (principio de imparcialidad, independencia y sumisión a la ley, inamovilidad y añade un último relativo a la responsabilidad) de los predicables con respecto a las partes (*ibid.*, pp. 318-334), incluyendo los principios de dualidad de posiciones, contradicción o audiencia y, en tercer lugar, el de igualdad.

42 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), cit., p. 59.

43 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 15.ª ed., cit., p. 322.

44 VÁZQUEZ SOTELO, «Los principios del proceso civil», en *Justicia* 93, pp. 602, 611 y ss.

45 Entre otros, véanse, CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 127; o, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 15.ª ed., cit., p. 322.

46 Sin embargo, GÓMEZ COLOMER, «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (con Roxin, Arzt y Tiedemann), Ariel, Barcelona, 1989, p. 230, equipara los principios –los cuales caracterizan la esencia y la forma del enjuiciamiento– con las reglas básicas, pudiendo producir esta equiparación cierta confusión. Con ello resaltamos, una vez más, la falta de unidad terminológica a la hora de abordar el tema objeto de nuestro estudio.

47 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), EDERSA, Madrid, 2002, p. 50: «Si denominamos «principio» a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado «principio» de *economía procesal*» [Cursiva en el original].

48 VÁZQUEZ SOTELO, «Los principios del proceso civil», cit., p. 600. El autor no explica lo que entiende por tales reglas jurídicas.

«después de siglos de hablar de principios del proceso», como criterio base diferenciador el de la consideración dentro de la categoría de principios de dos tipos de tales: los consustanciales (principios comunes) y los que no lo son (principios específicos) con la idea misma de proceso⁴⁹. En consecuencia, cabe concluir que la presente clasificación puede considerarse, aun con sus posibles variaciones terminológicas, similar a la expuesta en el epígrafe anterior.

3.3. Principios *versus* garantías

En nuestra opinión, resulta especialmente interesante la apuesta sin fisuras por el garantismo procesal, con RAMOS MÉNDEZ como uno de sus máximos exponentes, considerando así preferible –por más verificable– la clasificación que atiende al reconocimiento a nivel constitucional, ciertamente cualificado, de las ideas fundamentales de nuestro sistema procesal. Éstas serían las garantías⁵⁰.

Por ello, las garantías constitucionales que impregnan el sistema procesal pueden, de forma gráfica, considerarse en Derecho procesal lo que los derechos fundamentales con respecto al Derecho constitucional, pese a que, indudablemente, las primeras quedan incluidas en la categoría más amplia de los segundos. Como consecuencia de lo señalado, el profesor RAMOS MÉNDEZ se muestra partidario de «dar un paso más allá» y emplear el término de garantías procesales. Y es que éstas no quedan en la mera enunciación, sino que su cumplimiento puede ser comprobado y, en caso contrario, exigida su efectiva observancia⁵¹.

En cambio, aquellos criterios básicos no susceptibles de ser tutelados mediante el recurso de amparo, es decir, básicamente los que no estuvieran previstos en los artículos 14 a 29 (sobre todo, en los que a nosotros nos interesa, en los artículos 24 y 25) de la Constitución, podrían seguir recibiendo la clásica denominación de principios. La distinción entre garantía y principio⁵² no impide que los esfuerzos teóricos efectuados sobre la categoría

49 MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 14 n. 1. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 15.ª ed., cit., p. 322.

50 Podría, incluso, afirmarse que la propia Constitución favorece una interpretación de esta índole, pues el capítulo IV del título I, que contempla los artículos 53 y 54, se titula «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales» [Cursiva añadida]. LORCA NAVARRETE, *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso-administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 15, parece decantarse por un enfoque similar, cuando considera al «proceso como un sistema de garantías, todas ellas con proyección constitucional». *Ibid.*, p. 19: «En consecuencia, el Derecho procesal aparece regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y desde esa perspectiva se sitúa no tan sólo como un mero instrumento jurisdiccional sino ante todo como un sistema de garantías que posibilita la rotunda aplicación del artículo 24 C en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento de justicia». Además, LORCA NAVARRETE distingue en el seno de las garantías, entendidas ahora en un sentido más amplio, el ámbito estructural de su actividad o desarrollo. Así, *ibid.*, p. 27, se refiere al proceso civil como «sistema de garantías de carácter público, elevadas en nuestro ordenamiento a rango constitucional necesariamente en su configuración estructural, ha de hallarse inspirado en cuanto a su actividad en unas garantías, que a veces se desprenden del propio ordenamiento jurídico contenido en la LEC y otras de nuestra norma constitucional». [Cursivas en el original]

51 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., pp. 31 y 32.

52 Ahora bien, somos conscientes del empleo generalizado del término «principio», no sólo para hacer referencia a los principios *stricto sensu*, sino también en una acepción amplia, que abarcaría la categoría de las garantías.

de los principios puedan, casi en su totalidad, extenderse a las garantías, pues son éstas principios reforzados.

Subyace a todo análisis garantista un germen de desconfianza, lo cual es plenamente aplicable de las garantías procesales⁵³ cuando mediante las mismas se pretende otorgar especial significación al reconocimiento cualificado de ciertos principios procesales penales⁵⁴ en el texto constitucional⁵⁵. Dicha protección cualificada se concreta en que las vulneraciones a las garantías, que rigen a lo largo de las distintas fases del juicio⁵⁶, pueden ser alegadas

53 En este sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 20, hace la siguiente reflexión: «¿qué son las garantías en general y las procesales en particular sino la consagración del principio de desconfianza?». En otro sentido, también se encuentra relacionado con ese recelo base del garantismo, al que aludíamos, la doble finalidad que asigna al proceso penal VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, II, 2.ª ed., cit., p. 175, «pues además de ser él [se está refiriendo el autor al proceso penal] –bajo el aspecto constitucional– un instrumento de justicia que tiene por finalidad inmediata o específica el descubrimiento de la verdad, también constituye una garantía individual. No es posible abarcar el interés del individuo en el interés público –aunque el Estado tenga interés sólo en reprimir al verdadero delincuente y en que la libertad individual esté efectivamente tutelada– sin correr el peligro de conculcar los derechos del individuo so color de afirmar una concepción totalitaria que repugna al sistema democrático imperante» [Cursivas en el original].

54 QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 131, señala que «el derecho represivo aspira a ser la máxima expresión del sometimiento al garantismo». Por su parte, BERZOSA FRANCO, «Principios del proceso», cit., p. 555 y ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 159, resaltan la relevancia adquirida por la constitucionalización de los principios procesales civiles. En esta línea, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 319, señala que «si es cierto que la constitucionalización de los principios básicos del proceso penal tiene una larga tradición, dado que en el mismo son más evidentes los elementos ideológicos y se concede especial valor a los derechos de la persona que pueden verse afectados por ese proceso, en los últimos tiempos, desde la II Guerra Mundial, el fenómeno de la constitucionalización se ha extendido también al proceso civil, y la doctrina, especialmente Couture, ha puesto de manifiesto que los códigos procesales civiles son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la constitución». Véase, asimismo, COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., cit., pp. 148 y ss. Posiblemente, el primer autor que abordó las garantías procesales referidas al ámbito civil tras la Constitución española de 1978 fue ALMAGRO NOSETE, «Garantías constitucionales del proceso civil», en *Consideraciones de Derecho Procesal*, Bosch, 1988, Barcelona, pp. 243-268, quien sigue la línea trazada por COUTURE.

55 Tanto la Real Academia Española (en adelante, RA) en su *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª ed., cit., p. 757, como en María Moliner (en adelante, MM), *Diccionario de uso del español*, 2.ª ed., cit., p. 1374, se recoge la expresión «garantías constitucionales», definiéndose como aquellos «derechos que la Constitución (RA)//constitución (MM) de un Estado reconoce a (RA)//establece para (MM) todos los ciudadanos». Asimismo, GÓMEZ COLOMER, «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», cit., p. 230. Sin embargo, no se resalta suficientemente el hecho de que tales derechos sean objeto de una especial protección, puesto que no todos los principios reconocidos en la Norma Fundamental se convierten automáticamente en garantías, tal como muestra la profesora BERZOSA FRANCO, «Principios del proceso», cit., p. 554, al poner de relieve que «se trata de la incorporación de algunos principios del proceso e incluso del procedimiento al texto constitucional. Implica esta incorporación su «conversión» en derechos fundamentales o garantías de los mismos, aunque no en todos los casos, ni con referencia a todos los principios incorporados». En este sentido, véase, también, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 319: «El fenómeno de la constitucionalización del proceso en los últimos tiempos no significa simplemente un aumento en la cantidad de las normas elevadas a este rango legal; cabe registrar también un cambio cualitativo (...)».

56 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., p. 36, donde las adjetiva como expansivas y polivalentes. En esta línea, CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.ª ed., cit., p. 46.

y exigido su efectivo cumplimiento, en primer lugar, ante los tribunales ordinarios, acto seguido podría acudirse en amparo ante el Tribunal Constitucional y, en último término, dada la relevancia de la cláusula del artículo 10.2 de la Norma Fundamental, podríamos llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷. Conviene, asimismo, destacar que dentro de las garantías constitucionales relativas al proceso encontramos diversos niveles de concreción, que van desde principios generales a normas específicas, tal como se deduce de la lectura del artículo 24 de la Constitución⁵⁸.

Hoy día, tras más de tres décadas de Constitución, podemos constatar que la mayoría de la doctrina reconduce su análisis de los principios a la categoría de las garantías constitucionales procesales, o, al menos, incorpora las garantías al mismo⁵⁹. En concreto, y relacionándolo con las categorizaciones expuestas, encontramos autores que incluyen las garantías como un tercer elemento, entre los principios jurídico-naturales y los técnicos⁶⁰; mientras que otro sector doctrinal parece ligar las garantías con los denominados principios jurídico-naturales.

Por último, como muestra de la relevancia del garantismo, encontramos autores que definen el proceso penal tomando como elemento vertebrador la institución de las garantías. Así, ANDRÉS IBÁÑEZ considera el proceso penal como «instrumento para el tratamiento de las formas más graves de desviación en un marco de garantías»; o, también LORCA NAVARRETE cuando afirma que «el proceso penal no es un instrumento de represión sino de garantía»⁶¹.

57 En palabras de RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., p. 35, en el caso de las garantías constitucionales predicables del juicio «la tutela trasciende las instancias nacionales y se proyecta (...) sobre instancias internacionales». MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., p. 319, se refiere al fenómeno de internacionalización de los principios procesales. Para un análisis de las consecuencias de la constitucionalización como derechos fundamentales de las garantías procesales contempladas en el artículo 24 de la Constitución, véase PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 24 y ss.

58 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., p. 33. Así, por ejemplo, compárese la amplitud del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, o del derecho a un proceso (...) con todas las garantías, con el derecho a la asistencia de letrado. Esta última cabría, perfectamente, en el seno de cualquiera de las dos anteriores.

59 CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 127, señala que «los llamados principios jurídico-naturales constituyen hoy, en nuestro ordenamiento, garantías reconocidas explícita o implícitamente por la Constitución, que las dota, además de protección reforzada» [Cursiva en el original]. Asimismo, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, cit., pp. 317 y 319, señala que «la constitucionalización de los principios ha adquirido tal alcance que se habla ya de la existencia de un derecho constitucional procesal, lo que supone la aparición de una orientación metodológica que se propone profundizar en el estudio de la dependencia de la regulación procesal de los valores sociales y políticos recogidos por las constituciones». Por su parte, LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal civil, laboral y contencioso-administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 19 y pp. 19-20 n. 3, considera prevalente en el Derecho procesal su consideración como sistema de garantías, pasando a un segundo lugar su finalidad práctica, esto es, la actuación del ordenamiento jurídico. Asimismo, ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 159, se refiere al «auge de una orientación metodológica que se propone profundizar en la dependencia de la regulación procesal de los postulados políticos y sociales recogidos por la Constitución».

60 Así, véase VÁZQUEZ SOTELO, «Los principios del proceso civil», cit., p. 602.

61 ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 15. LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en

4. Los principios del proceso penal: Apunte general

La categoría de los principios relativos al proceso penal se considera una subdivisión de la de los principios del proceso, de ahí que normalmente se dé por supuesta la definición de aquéllos y la doctrina no se detenga en un estudio detallado de los mismos⁶². A continuación, analizaremos directamente algunos de los principios que informan el proceso penal y que resultan fundamentales para nuestro estudio. Y es que consideramos razonables los argumentos esgrimidos por la doctrina, trasladando así lo ya señalado con carácter general sobre los principios relativos al proceso a los principios del proceso penal.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se ha definido como aquel principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho⁶³. El origen del principio de legalidad, tal como modernamente es entendido, cabe cifrarlo a final del siglo XVIII o comienzos del XIX como aportación del pensamiento ilustrado⁶⁴. Se pretendió mediante el mismo poner fin a los excesos cometidos desde el poder y hacer prevalecer la voluntad de los ciudadanos representada en el parlamento, conocida como voluntad popular.

Tradicionalmente se ha producido una especial vinculación del principio de legalidad con el Derecho penal, si bien RAMOS MÉNDEZ parece mostrarse en desacuerdo con esta «apropiación» del principio de legalidad por parte de la doctrina penal. Y es que el autor

Revista «La Ley», n.º 6057, 8 julio 2004, ref.ª D-150, pp. 2047. Posteriormente, en este capítulo I apartado IV epígrafe 4.3, incidiremos en la teoría desarrollada por el profesor LORCA NAVARRETE.

- 62 En este sentido, en un trabajo monográfico, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 14 n. 1, los define como «aquellos que hacen la esencia del proceso, los que llevan a que el proceso penal sea lo que es y no otra cosa». Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 300, señala cómo el «proceso penal es también un *processus iudicii* constituido por el desarrollo de la acción y el de la jurisdicción en materia penal. Sustancialmente es por lo tanto idéntico a cualquier proceso jurisdiccional; únicamente varían en cierta medida los principios que lo rigen y su estructura, por razón de su objeto».
- 63 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1244. Sin embargo, la doctrina especializada suele fijarse en mayor medida en el aspecto relativo al control de los poderes públicos, y no tanto, en el sometimiento al mismo por parte de los «ciudadanos». Así, ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar y coord. Pérez Alonso), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 236, afirma que «el principio de legalidad es el más importante de los dogmas jurídicos de un Estado de Derecho, cuya esencia es el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley». LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 132.
- 64 Respecto de la evolución del principio de legalidad penal, véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, «Legalidad (principio de)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Seix, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 162 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4.ª ed., cit., pp. 393-395. Para una exposición del principio de legalidad en Alemania, véase TIEDEMANN, «El Derecho Procesal Penal», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (con Roxin y Arzt –versión española Arroyo Zapatero y Gómez Colomer–), cit., pp. 170, 171.

mencionado señala que «bajo esta denominación se alude por antonomasia a una garantía ligada a la esencia de la ley penal. El campo penal se concibe (...) como el reino del principio de legalidad, bajo la hipnosis de una honda seducción positivista. ¡Cómo si los demás sectores del ordenamiento jurídico fuesen la tierra de nadie!»⁶⁵.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta que el principio de legalidad es sin duda aplicable a todo el ordenamiento jurídico, queda justificada la «preeminencia» del principio de legalidad en relación con el ámbito penal, debido, ciertamente, a que algunas de las consecuencias jurídicas derivadas del mismo resultan más gravosas que las vinculadas a otros sectores, al poder aquéllas acarrear una mengua de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad⁶⁶.

El reconocimiento constitucional del principio de legalidad⁶⁷ para todo el ordenamiento jurídico se da en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental donde se expresa de forma genérica que la «Constitución garantiza el principio de legalidad (...)». En este precepto se hace referencia, asimismo, a la seguridad jurídica, además de a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Sin embargo, el artículo mencionado no se refiere expresamente a la esfera penal y es el artículo 25.1⁶⁸ el que recoge de manera específica el principio de legalidad en relación con dicho ámbito jurídico. Pese a ello, este último precepto constitucional, lejos de ser alabado por la doctrina especializada, ha resultado, debido a su redacción, duramente criticado⁶⁹.

65 En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, cit., pp. 65, 66.

66 Señala ALMAGRO NOSETE, «Garantías constitucionales del proceso civil», cit., p. 244, que la libertad física «presupone uno más radical y primario que es el derecho a la vida (con su secuela del derecho a la integridad física)». Por otra parte, véase el comentario de ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar y coord. Pérez Alonso), cit., 2002, p. 236, cuando señala lo siguiente: «El principio de legalidad es el más importante de los dogmas jurídicos de un Estado de Derecho, cuya esencia es el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley. En el ámbito penal este principio se ha hecho sentir todavía con más fuerza puesto que está en juego la propia libertad del ciudadano». Asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Legalidad (principio de)», cit., p. 886, citando a LÓPEZ DE OÑATE, advierte que «en el Derecho penal este carácter del Derecho que consiste en la necesidad de la certeza [añado yo, como elemento del principio de legalidad] se capta con particular evidencia, a causa de la más destacada fisonomía de esta rama jurídica y la máxima gravedad de sus sanciones».

67 QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en España*, cit., p. 122: «la Constitución ofrece en diferentes preceptos (arts. 9.1, 9.3, 10.1, y, específicamente penal y sancionador, el art. 25.1) base desde la que los intérpretes pueden construir todo aquello que culturalmente encierra hoy el principio de legalidad: *garantía, límite, determinación precisa o taxatividad, seguridad, concreción*» [Cursiva en el original].

68 En concreto, dicho artículo 25.1 de la Constitución dice así: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Por su parte, CACHÓN CADENAS, «La buena fe en el proceso civil», en Cuadernos de Derecho Judicial (*El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*), n.º 18, 2005, p. 236, extiende el principio de legalidad en materia sancionadora no sólo «a las correcciones disciplinarias que los órganos judiciales puedan imponer a los abogados y procuradores, sino también a las restantes sanciones procesales que los tribunales puedan imponer a otras personas por actuaciones realizadas en el curso del proceso». Además, el profesor CACHÓN (*ibid.*, pp. 237-241) denuncia la falta de taxatividad de algunas conductas que acarrear sanciones procesales, al considerarse suficiente con destacar que aquéllas resultan contrarias a las reglas de la buena fe, fórmula ésta que, además, será concretada por el juez y no por el legislador.

69 Como botón de muestra, pueden destacarse las manifestaciones vertidas por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., cit., p. 75: «La Constitución de 1978, rompiendo inopinadamente una

Así, han existido en la literatura especializada voces contrarias sobre el hecho de que no se diera reconocimiento explícito a las diversas garantías incluidas en el principio de legalidad. De esta manera, el artículo 25 de la Constitución únicamente hace referencia expresa a la garantía criminal. Sin embargo, a fin de intentar subsanar dicha laguna, un importante sector doctrinal ha indicado que implícitamente cabe entender incluidas las distintas garantías en el número 1 del artículo 25 de la Norma Fundamental⁷⁰.

En este sentido, el principio de legalidad en el sistema penal se compone, indubitadamente, de cuatro vertientes, conocidas también como, garantías o subprincipios⁷¹. Las garantías criminal (*nullum crimen sine lege*)⁷² y penal (*nulla poena sine lege*)⁷³ quedan más ligadas al Derecho penal sustantivo, mientras que la garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium* o *nulla poena sine iudicio*), así como la de ejecución (*nulla poena sine executione*)⁷⁴ tienen engarce directo con el Derecho procesal penal⁷⁵.

larga tradición, no contiene una proclamación específica del principio de legalidad en materia penal»; e *ibid.*, p. 79 señalan que la «falta de consagración de las garantías fundamentales es uno de los defectos más graves de la Constitución de 1978 (...); MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., cit., p. 117, pone de relieve que «ni el art. 25.1 ni el 9.3 Const. precisan el rango que debe tener la ley anterior, ni expresan las garantías penal, judicial y de ejecución, así como tampoco aluden al «mandato de determinación»; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 132: «Se le ha criticado a este art. 25.1 CE el empleo de la ambigua expresión «legislación» (...), y el no recoger todas las garantías del principio de legalidad penal». LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 6.ª ed., cit., p. 122, en referencia al artículo 25.1 de la Constitución, señalan que en «este texto se recoge la irretroactividad de la ley penal y a lo más la garantía criminal; pero no quedan explícitas las otras tres garantías que integran el principio de legalidad».

70 Respecto de la garantía penal, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 134, señala que la «garantía penal está implícita, aunque no formulada con total precisión en el art. 25.1 CE». En relación con la garantía jurisdiccional, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 26, apunta lo siguiente: «Cuando la Constitución consagra el principio de legalidad en lo penal, se advierte que el comienzo del apartado 1 del artículo 25 («nadie podrá ser condenado o sancionado...») expresa también, implícita pero claramente, lo mismo que, desde 1882, proclama el primer precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: el término «condenado», sin duda deliberadamente utilizado en la Norma Fundamental, implica decisión (y previo enjuiciamiento) jurisdiccional, a cargo de los tribunales de justicia».

71 LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 133: «En cuanto a su extensión, es decir, a los ámbitos a que afecta, el principio de legalidad supone las siguientes garantías (...); POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4.ª ed., cit., p. 399: «Las garantías (...) no son una consecuencia del principio de legalidad, sino precisamente la esencia del mismo. (...) O sea: no puede existir principio de legalidad, sin las garantías que lo integran» [Cursiva en el original].

72 Artículos 1 y 10 del Código Penal.

73 Artículo 2.1 del texto penal (penas) y artículo 1.2. del Código Penal (medidas seguridad).

74 GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal y su Jurisprudencia*, 6.ª ed., Forum, Oviedo, 2002, p. 21, señala cómo hasta tiempos recientes la fase de ejecución no era propia del contenido del proceso penal. Para un estudio en profundidad de las garantías procesales aplicables a la ejecución de la pena privativa de libertad, véase NAVARRO VILLANUEVA, *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 265 y ss. La citada autora no se detiene en la garantía jurisdiccional del principio de legalidad por considerar que ésta no requiere de un tratamiento específico en el proceso de ejecución (*ibid.*, p. 268).

75 Se suma a esta clasificación cuatrimembre, GERPE LANDÍN, «Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991, p. 686. Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 134, añade una quinta garantía para las medidas de seguridad (*nulla*

Esta «diferencia» en el origen de las garantías –material o procesal– ha propiciado distintos enfoques doctrinales como el de los profesores BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. Así, los citados autores clasifican el ámbito (garantista) del principio de legalidad en dos grupos: el primero, que abarcaría las garantías criminal y penal descritas, sería el principio de legalidad en la creación de normas penales (incriminación primaria); y, el segundo grupo incluiría la tercera y cuarta categorías bajo el principio de legalidad en el proceso penal y en la ejecución penal (incriminación secundaria)⁷⁶. En esta línea, y simplificándolo todavía más, GÓMEZ DE LIAÑO diferencia exclusivamente dos formas de garantía dentro del principio de legalidad: la garantía penal y la procesal⁷⁷.

La garantía criminal es la primera garantía desde un punto de vista diacrónico, ya que, lógicamente, la conducta delictiva –o el estado peligroso– constituye un *prius* para su consecuencia jurídica⁷⁸, plasmada ésta bajo la denominación de garantía penal. A continuación, se suele aludir, en tercer lugar, a la garantía jurisdiccional, puesto que los órganos judiciales aplicarán a unos hechos aparentemente constitutivos de una infracción criminal un tipo penal que entraña una pena –o medida de seguridad–. Por último, una vez la sentencia de condena impuesta deviene firme, entraría en juego la garantía de la ejecución.

Sin embargo, las diversas garantías se encuentran entrelazadas con lo que la distinción cronológica antes apuntada no debe llevar a confusión o a la creación de compartimentos estancos. En este sentido, nos suscita alguna duda la opinión del profesor GÓMEZ COLOMER al considerar que «en cierta manera la garantía jurisdiccional es la que da mayor plenitud al principio de legalidad, porque la comisión de un delito requiere siempre de un proceso, que puede acabar sin pena, y por tanto sin ejecución, e incluso en el que se puede decir que ni siquiera ha existido el hecho o el delito»⁷⁹. Si bien lo manifestado por el profesor GÓMEZ COLOMER ostenta una indudable virtualidad objetiva, nos parece una visión un tanto sesgada, pues aun cuando resulta incuestionable la necesidad de sustanciación de un proceso penal para la imposición de una sentencia condenatoria, no lo es menos que en ese juicio se remitirá continuamente a las infracciones y sanciones contenidas en la legislación

cautio sine lege). Véase, asimismo, URRUELA MORA, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 8 (2001), pp. 167-194.

76 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, cit., pp. 63-65 y 80. Los autores consideran que existen dos tipos de incriminaciones: la que acontece en el momento del nacimiento de la norma penal (incriminación primaria) y la que se da al aplicar la misma (incriminación secundaria).

77 GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal y su Jurisprudencia*, cit., pp. 15, 16. Ya se refería a esta distinción PESSINA, *Elementos de Derecho Penal* [trad. González del Castillo, de Aramburu y Zuloaga, y Cuello Calón], Reus, Madrid, 1919, p. 226: «la ley penal tiene una doble materia, a saber: las *leyes de penalidad* (...), y las leyes de procedimiento penal, ya sea el *judicial*, ya sea el referente a la *ejecución de lo juzgado*» [Cursiva en el original].

78 Véase, entre otros, CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, cit., p. 11, quien señala que «el delito se considera como un hecho jurídico, y la pena es la consecuencia en que consiste su juridicidad», pese a que, acto seguido, matiza que en «realidad, no se trata de buscar la relación entre la especie de hecho y la disposición, que son las dos partes en la norma, sino entre el hecho correspondiente al supuesto normativo cuando acaece, y el hecho en que se concreta la sanción. Concretamente, (...), los dos términos de la relación no son las hipótesis del homicidio y la sanción capital, sino la muerte de la víctima y la del reo».

79 GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 70.

penal material. Por ello, esta concepción se centra excesivamente en el proceso y resulta objetable por cuanto cabría decir, asimismo, que el juicio sin unas normas materiales que aplicar carecería de sentido. Así, consideramos relevante e incluso decisivo el papel desempeñado por el mecanismo del proceso judicial siempre que no se olvide que en el mismo se decidirá si procede la aplicación de unos tipos penales a los hechos, en su caso, acaecidos. En consecuencia, estimamos preferible la tesis sostenida por ARMENTA DEU al considerar que la pena no es sólo efecto del delito o falta, sino a la vez del proceso⁸⁰; y, en palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que el «ligamen de delito, pena y proceso, es una constante, tanto de la ciencia penal sustantiva como en la procesal penal, de tal forma que faltando cualquiera de dichos institutos son imposibles jurídicamente los otros dos; o dicho de otra manera, que cualquiera de ellos, para su nacimiento con plenas consecuencias jurídicas, necesita de la existencia de los restantes»⁸¹.

Por tanto, y pese a lo evidente de la afirmación, procede subrayar cómo, en el plano exclusivamente cronológico, la redacción de los tipos penales resulta anterior a la aplicación de los mismos (la creación precede a la aplicación). Pero una vez que los tipos penales han sido aprobados por el Poder Legislativo, lo anterior ya no puede ser predicado pues las diversas garantías o subprincipios que componen el principio de legalidad se encuentran íntimamente relacionados y en un plano de igualdad⁸².

Por último, cabe adelantar que las garantías del principio de legalidad tienen en común una plasmación negativa o de límite, reflejado en el clásico «nullum», por medio del cual no existirán delitos ni penas, ni cabrá imponer sentencias de condena, ni tampoco ejecutar las mismas si no se ha establecido así previamente en una ley. Ahora bien, dicha formulación no ha estado exenta de un prolijo debate doctrinal, tal como más adelante pondremos de relieve⁸³.

80 ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», cit., pp. 54, 55. En este sentido, asimismo, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 37: «el principio de legalidad penal no puede *recluirse* en el art. 25.1.º de la Const., porque no se agota en él. Es, por el contrario, una construcción normativa compleja, que tiene un antecedente genérico en el art. 9.3.º. Este se concreta, en su dimensión penal sustantiva en el art. 25.1.º; y se prolonga en otras dos dimensiones, la procesal y la orgánica, en los arts. 24, 117.1.º y 124.1.º y 124.2.º. Todos estos momentos de la regulación constitucional están estrechamente interimplicados, si bien los dos últimos tienen al primero como presupuesto. En efecto, de nada serviría la declaración contenida en el art. 25.1.º de la Constitución, si el imperativo que expresa —«nadie puede ser condenado...»— no encontrase posibilidad de actuarse mediante la previsión de un cauce procesal adecuado para verificar la eventual realización de hipótesis típicas en un marco «con todas las garantías» (art. 24.2.º). Por otro lado, sería igualmente inútil la articulación de esa exigente disciplina —asimismo constitucional— del proceso, si para la gestión de éste no pudiera contarse con los sujetos institucionales capaces, por la idoneidad de su estatuto, de desempeñar aquella función en las condiciones requeridas».

81 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «El principio «pro reo» en el derecho y en el proceso penal», en *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 463.

82 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, cit., pp. 72 y 77 —texto este último que a continuación transcribimos—, señalan que «no hay garantías estrictamente penales y procesales. En un sistema garantista todos y cada uno de los principios están estrictamente relacionados y la vulneración de uno de ellos significa si no la desaparición de los otros, por lo menos su debilitamiento».

83 Así, en este capítulo I apartado IV epígrafe 4 y apartado V epígrafe 3.2.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL

En el presente trabajo el aspecto del principio de legalidad en el ámbito del sistema penal que más nos interesa es indudablemente el procesal⁸⁴, y su diferenciación respecto del principio de oficialidad. Ello es así, pues nuestro estudio gira en torno al régimen procesal de algunas infracciones penales que históricamente han podido poner en entredicho ciertas proyecciones del principio de oficialidad.

1. Precisiones terminológicas

Ya hemos apuntado que el principio de legalidad penal consta de una vertiente jurisdiccional que nos sirve de base para discernir en torno al principio de legalidad procesal. En este sentido, debe ser precisado que consideramos expresiones sinónimas las dos siguientes: la garantía jurisdiccional del principio de legalidad y el principio de legalidad procesal⁸⁵. Además, estimamos acertadas ambas denominaciones y preferibles a otras como el principio de necesidad, de inevitabilidad o de indispensabilidad por subrayar aquéllas el aspecto de la legalidad⁸⁶.

2. Encuadre sistemático

Si bien originariamente sólo se pensó en el *nullum crimen et poena sine lege*, en la actualidad dichas garantías deben completarse, además de por el (sub)principio de la legalidad aplicable a los estados peligrosos y a las medidas de seguridad⁸⁷, con la vertiente procesal del principio de legalidad. Sin embargo, la misma no ha recibido, al menos en esta modalidad de límite (o *nullum*), un reconocimiento constitucional directo⁸⁸.

84 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 11.ª ed., cit., p. 11. Un ejemplo que demuestra la relevancia de dicha garantía lo encontramos en el hecho de que el citado profesor da comienzo a su Manual precisamente con la garantía jurisdiccional. Véase, asimismo, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 21.

85 Asimismo, GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., p. 68; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 68.

86 Por su parte, GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «Peligrosidad y rehabilitación social», en *Estudios de Derecho procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, p. 549 n. 13, al referirse al principio de legalidad procesal, apunta cómo un sector doctrinal lo ha denominado principio de indispensabilidad o de inevitabilidad.

87 Sobre el particular puede consultarse la monografía de URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009. Además, véase, del mismo autor, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995», cit., pp. 168-173.

88 Véase, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 132. Asimismo, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., cit., p. 78, en alusión a los artículos 24 y 117.3 de la Constitución señalan lo siguiente: «Tampoco en ellos se manifiesta, de manera expresa, que sólo los jueces y tribunales ordinarios, predeterminados por la Ley, pueden declarar delitos e imponer penas, si bien tal

En relación con el articulado en donde queda de manera negativa plasmada la garantía o el principio objeto de nuestro análisis, un sector doctrinal mayoritario lo considera reflejado, con distinto énfasis, tanto en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en el 3.1 del Código Penal⁸⁹. Por su parte, GÓMEZ COLOMER sólo incluye en el mismo el mencionado artículo 1 de la norma procesal penal, mientras que los artículos 3.1 y 3.2 del Código Penal quedarían reservados para la garantía ejecutiva⁹⁰. Aun así, ello no supone fricción alguna entre ambas posturas pues el artículo 3.1 del texto penal realmente aborda bien la garantía procesal («sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente») bien la de ejecución («No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad»).

3. Configuración y estructura del principio de legalidad procesal penal

En primer lugar, conviene recordar cómo la taxatividad o aspecto esencial del principio de legalidad obliga a ser especialmente cuidadoso en lo relativo a las garantías criminal y penal del principio de legalidad, pues de su precisa redacción dependerá que la jurisdicción pueda emitir su juicio. En el presente epígrafe expondremos nuestra opinión partidaria de una visión unitaria del principio de legalidad procesal con una subdivisión bimembre, tras lo cual analizaremos el planteamiento teórico⁹¹ desarrollado por el profesor RAMOS MÉNDEZ donde se distinguen dos garantías relacionadas con el principio de legalidad procesal. Así, en su modalidad estricta⁹², el principio de legalidad procesal penal, tal como ha sido

conclusión puede extraerse mediante una interpretación teleológica y sistemática de los preceptos aludidos. Y también aquí hubiera sido preferible, por razones elementales, la proclamación explícita». Ello ocurre en la Constitución Nacional de Argentina, en su artículo 18, tal como recoge VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 18: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. (...)».

89 Así lo consideran, entre otros, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., cit., p. 80; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002, p. 119; RAMOS TAPIA, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar y coord. Pérez Alonso), 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 238; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 14; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 118.

90 GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., pp. 68 y 69. Aun así, GÓMEZ COLOMER, *ibid.*, p. 69, reconoce que las demás garantías ínsitas en el principio de legalidad —lo que afecta, por tanto, a la garantía ejecutiva— tienen repercusiones procesales.

91 Por su parte, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., pp. 11-14, considera que la aplicación del Derecho penal sólo se explica si se tiene en cuenta la existencia, de manera escalonada, de tres monopolios: a) Estatal; b) Judicial; y, c) Procesal. Tales monopolios conforman la garantía jurisdiccional del principio de legalidad, la cual tiene un contenido doble: el derecho penal lo actúan los tribunales (y) por medio del proceso. Véase, asimismo, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 21.

92 Una concepción más amplia podría encuadrar un principio de legalidad procesal que abarcara en su seno el principio de oficialidad. Este entendimiento *lato sensu* del principio evitaría —o, al menos, «ocultaría»— la

entendido por un sector doctrinal⁹³ y defendemos en el presente trabajo, puede descomponerse en dos elementos:

A. El elemento objetivo: el proceso

Según este elemento objetivo del principio de legalidad procesal, la imposición de una pena a una persona requiere de la sustanciación de una serie de actos judiciales conformes con la legislación vigente⁹⁴. En sentido estricto, a esto se ciñe el principio de legalidad procesal. Ahora bien, no cabe desconocer que la idea de legalidad impregna, asimismo, todo el *iter* procesal⁹⁵. Seguramente ello se debe a que hasta el momento final del mismo no se despeja la incógnita relativa a la imposición de una pena o, en palabras del profesor RAMOS MÉNDEZ, «la realización de la hipótesis fáctica prevista en la norma es un extremo que sólo al final del *processus iudicii* puede comprobarse»⁹⁶.

La vertiente objetiva se halla, asimismo, relacionada con la «maxi-garantía» del artículo 24.2 de la Norma Fundamental relativa a «un proceso (...) con todas las garantías», pues podría incluirse en ella, como una de las garantías exigidas, la necesidad de emitir un juicio (condenatorio⁹⁷) acorde con la legalidad⁹⁸. Ello es así, ya que esta garantía incluye

confusión reinante entre el principio de legalidad procesal y el principio de legalidad como criterio inspirador de la actuación de la Fiscalía. Y es que este último se inserta en el de oficialidad. Como botón de muestra de lo anterior, cabría citar la exposición en torno a los principios de necesidad y de legalidad que efectúan los profesores PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 82, 83.

- 93 Así, entre otros, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., cit., p. 82. Asimismo, para BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en Justicia 2001, n.º 2-4, p. 61, el principio de legalidad procesal hace referencia a la «sumisión de todos a las leyes que regulan el Proceso en sentido amplio o, con mayor rigor, a las leyes que determinan la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Judicial y los distintos Procesos en cada uno de los órdenes jurisdiccionales»; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., p. 14 [también en MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 21].
- 94 Se ha de tener en cuenta, asimismo, la posibilidad de que el proceso penal termine mediante sentencia absolutoria pero con imposición de medida de seguridad. En estos casos, el principio de legalidad procesal también ha de ser respetado, por lo que cabría formularlo de manera más amplia señalando que no cabe pena o medida de seguridad sin la sustanciación del correspondiente proceso.
- 95 En este sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., cit., p. 82, señalan que «el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle y, sobre todo, imponer la pena».
- 96 RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 301.
- 97 O incluso absolutorio, pero con imposición de medida de seguridad.
- 98 En este sentido, véase la STC 16/1981 (Sala Primera), de 18 mayo (RTC 1981\16) [FJ 5.º] (cit. por RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., Atelier, Barcelona, 2005, p. 392 n. 94): «No hay duda de que el art. 24.2 Const. reconoce el viejo principio que prohíbe imponer una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio, que se suele expresar con el aforismo *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali iudicio*, junto con los bien conocidos que proclaman *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de derecho (...)».

en su seno «todas las enumeradas en el propio texto constitucional y que, por razón de su preeminencia, se recogen expresamente en la Constitución. Pero no sólo éstas. El juicio está sometido a unas determinadas «reglas de juego», que tanto los tribunales como las partes deben respetar. (...). Estas reglas de juego son las normas de procedimiento que se contienen en las leyes de enjuiciamiento. No puede caber duda alguna de que dichas normas son garantías del sucederse del juicio, regulando equilibradamente las expectativas y cargas de las partes y los poderes del juez por igual»⁹⁹.

B. El elemento subjetivo: los órganos jurisdiccionales

Por otro lado, según el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben ser los miembros competentes de la jurisdicción ordinaria¹⁰⁰ los que impongan una sanción penal tras haber llevado a cabo la totalidad de los actos procesales legalmente establecidos (componente objetivo del principio de legalidad procesal). Sin embargo, en los supuestos contemplados dentro de la categoría de los autos de finalización anticipada¹⁰¹ resulta innecesario pasar por todas las fases del proceso, sin que ello ponga necesariamente en cuarentena el principio objeto de nuestro análisis. Además, la ausencia de condena no entraría dentro del núcleo esencial tutelado por el principio de legalidad procesal, que consiste en entender dicho principio como garantía o límite a la hora de ejercitar el *ius puniendi* por parte del Estado, es decir, cuando se pretende imponer precisamente una sanción punitiva y no en el caso contrario¹⁰².

Ahora bien, lo anterior no significa admitir que cualquier miembro del Poder Judicial pueda conocer de unos determinados hechos, pues esta misión sólo recaerá en el juez o magistrado que resulte el «ordinario predeterminado por la ley»¹⁰³ según el artículo 24.2 de la Constitución. La fórmula genérica del juez natural¹⁰⁴, por su parte, se concreta en las

99 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 390.

100 En este sentido, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala lo siguiente: «Los [Tribunales y Juzgados] del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar».

101 NAVARRO VILLANUEVA, *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, cit., p. 32 n. 24, señala que la «caracterización de la sentencia como «modo normal de terminación del proceso» obedece al desarrollo cronológico del proceso penal incoado. Sin embargo, es preciso reconocer que ésta no es, en términos cuantitativos, la forma mayoritaria de conclusión de un proceso penal. En efecto, en nuestro país, el número de Autos de finalización anticipada, esto es, inadmisiones, archivos o sobreseimientos, es cuantitativamente superior al número de sentencias».

102 No obstante lo señalado, téngase en cuenta la peculiaridad apuntada en relación con las medidas de seguridad.

103 Al respecto, pueden consultarse las dos monografías de ESCALADA LÓPEZ: *Los orígenes del principio de legalidad del juez*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2007; y, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

104 En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., cit., p. 68, señalan que «nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas por la Ley». Por su parte, QUINTERO OLIVARES, *La Justicia Penal en España*, cit., p. 163, señala que «desde la promulgación de nuestra Ley Fundamental se viene entendiendo que el concepto de juez ordinario se corresponde con el clásico de juez natural, y, conforme a esa tradición,

normas de competencia recogidas en la legislación ordinaria como señala el artículo 117.3 de la Norma Fundamental.

Hemos optado por incluir en primer lugar nuestra perspectiva antes de analizar la del profesor RAMOS por estimar que de este modo resulta más sencillo apreciar las diferencias de planteamiento existentes en una y otra. En cuanto a la clasificación efectuada por RAMOS MÉNDEZ, se distinguen dentro de las garantías constitucionales que rodean el sistema procesal tres grupos: las garantías de la actividad de las partes, de la actividad judicial y del juicio¹⁰⁵. En concreto, para nuestro objeto de estudio nos resulta de especial interés la segunda, al incluir allí la garantía del juez predeterminado por la ley, y la tercera, donde se inserta, como garantía del juicio, el principio de legalidad.

Así, en opinión de RAMOS MÉNDEZ el principio de legalidad en su vertiente procesal queda recogido en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y forma parte de la categoría relativa a las garantías del juicio. En la garantía del juez predeterminado por la ley vinculada a la actividad de la jurisdicción y con plasmación constitucional en el artículo 24.2 se destaca el derecho de los ciudadanos a que su causa sea conocida por un tribunal, en concreto, ordinario, cuestión ésta actualmente exenta de complejidad dada la prohibición del artículo 117.6 de la Constitución y la previsión contenida en el n.º 5 de dicho precepto con relación a los tribunales militares. Además, el profesor RAMOS señala como tercera nota que ese tribunal debe hallarse creado con anterioridad al hecho sometido a su conocimiento. Por último, la garantía incluye todas las reglas existentes de determinación del órgano judicial competente para conocer de un tema concreto¹⁰⁶.

A partir de lo expuesto en el párrafo anterior podemos destacar la apreciable equivalencia entre esta garantía y el elemento subjetivo del principio de legalidad procesal que proponíamos, así como entre el principio de legalidad tal como lo entiende el profesor RAMOS MÉNDEZ y el aspecto objetivo del principio de legalidad procesal que preferimos. La distancia entre ambas perspectivas no estriba en el contenido, sino en el modo de ordenación o clasificación de las mismas. Y es que en cuanto al fondo coincidimos con lo señalado por RAMOS especialmente en relación con lo que él denomina principio del juez predeterminado por la ley, y únicamente diferimos en el hecho de que en nuestra opinión formaría parte del principio de legalidad procesal.

Todo ello nos lleva a afirmar que nuestra clasificación se basa en una teoría de círculos concéntricos en la que el principio de legalidad aparece como categoría principal y dentro de ella encontramos la garantía recogida en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental relativa al juez predeterminado por la ley, pues las diversas notas contenidas en ésta giran también alrededor de la legalidad (procesal). Ahora bien, la lectura de la Constitución pue-

se rechaza la posibilidad de que el legislador ordinario pueda distribuir arbitrariamente la competencia jurisdiccional penal. En desarrollo del principio se fijan espacios de territorio y normas para distribuir la competencia (...)».

105 Véase un esquema de las mismas en RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 365.

106 RAMOS MÉNDEZ desarrolla estos aspectos en *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., pp. 382-386.

de, asimismo, llevar a la idea de que sistemáticamente se trata de garantías individualizadas y diferenciadas.

4. Alcance del principio de legalidad procesal

No obstante lo señalado en líneas anteriores, procede en este momento delimitar aún con mayor precisión los contornos del principio de legalidad. Ello no está exento de dificultad, máxime tras el encendido debate doctrinal —aún no cerrado— entablado principalmente por los profesores VIVES ANTÓN y DE LA OLIVA SANTOS con ocasión del informe del Consejo General del Poder Judicial en torno al Anteproyecto de Código Penal de 1992. En este sentido, expondremos ambas posiciones mostrando así sus argumentos y, a continuación, nos detendremos en la propuesta del profesor LORCA NAVARRETE, para concluir emitiendo nuestra opinión.

4.1. El principio de legalidad como límite

El informe mencionado fue redactado por el profesor VIVES ANTÓN¹⁰⁷. En él se recoge un apartado dedicado a los principios inspiradores de un futuro Código Penal, dentro del cual se analiza con cierto detalle el contenido del principio de legalidad. VIVES ANTÓN basa su teoría en la propia redacción del artículo 25 de la Constitución [«Nadie puede ser condenado (...)»] para, partiendo de su formulación negativa, concluir que no se deduce de dicho precepto un deber de castigar ínsito, por el contrario, en una plasmación de corte positiva [«Todos los que cometan delito, falta (...) han de ser sancionados con la pena correspondiente»]¹⁰⁸. Lo anterior le conduce a afirmar que la función del principio de legalidad es de (mero) límite, en el sentido de que lo único que prescribe es la necesidad de previsión legal a fin de imponer una condena a una persona. Concretamente, el establecimiento de una sanción penal deberá basarse, en primer lugar, en una conducta tipificada que contenga, en segundo término, una pena prevista en el Código Penal y, por último, dicha sanción ha de imponerse una vez el juez competente ha sustanciado un proceso judicial conforme a la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁹.

107 Véase, al respecto, la nota editorial publicada en el *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 5.

108 En idéntico sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El principio de oportunidad», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 63 y ss., señala lo siguiente: «No existe en la Constitución una norma que signifique que el sistema por el que la misma opta sea el regido por el principio de legalidad en el sentido de enjuiciamiento absoluto de todos los casos (...)».

109 Parece que lo entiende también así, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 34, al señalar que la garantía jurisdiccional del principio de legalidad penal «está referida a la aplicación de las normas y supone que corresponde en exclusiva a los Tribunales de Justicia, según el principio de la división de poderes, la imposición de penas y/o medidas de seguridad por la comisión de infracciones penales o la verificación de un estado peligroso con arreglo a las leyes procesales».

4.2. El principio de legalidad como fundamento

Sobre dicho informe el profesor DE LA OLIVA SANTOS emitió un voto particular en donde manifestaba sus discrepancias con relación a la exposición efectuada por VIVES ANTÓN. En este sentido, la diferencia más importante entre ambos planteamientos radica en la concepción no de límite sino de fundamento del *ius puniendi* que otorga DE LA OLIVA al principio de legalidad¹¹⁰. Y es que aquél es configurado como un deber básico del Estado, con lo que los procesos penales resultan necesarios¹¹¹. Ello es así, dado que, según DE LA OLIVA, el artículo 25 de la Constitución si bien no formula el *ius puniendi* como «deber» del Estado de castigar sí presupone dicha obligación¹¹². Por ello, en su opinión «la necesidad de que el Estado reaccione ante todos los delitos con la pena adecuada no es consecuencia de una determinada concepción –peyorativamente presentada– del «principio de legalidad»»¹¹³.

El referido autor critica, por otra parte, el excesivo protagonismo otorgado a los agentes procesales en una concepción como la de VIVES en la que no todo hecho aparentemente encuadrable en un tipo penal recibe la sanción correspondiente. Esto repercutirá en el papel desempeñado por el Derecho penal sustantivo en el seno del sistema¹¹⁴, máxime cuando se trata de clarificar una cuestión que no compete al Derecho procesal como es la decisión (político criminal) en torno a las conductas merecedoras de castigo y las consecuencias jurídico-penales asignadas a dichos comportamientos.

4.3. Una postura crítica hacia la formulación del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El profesor LORCA NAVARRETE en el desarrollo de su teoría parte de la misión encomendada al Derecho procesal penal, que no es otra que la del ejercicio de la función jurisdiccional penal. Acude para ello al principio de legalidad procesal penal, pues «las normas que contiene (el derecho procesal penal) son las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales»¹¹⁵.

110 *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, cit., pp. 251 y ss. Asimismo, DE LA OLIVA SANTOS reprodujo dicha polémica doctrinal en «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre 1992, pp. 9877 y ss.

111 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 30 y 31.

112 *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 257.

113 DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», cit., p. 9878 n. 15.

114 DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», cit., pp. 9881. En concreto, señala que sería «tanto como desvirtuar el Derecho Penal mediante el proceso», ya que, en su opinión, «la innecesidad del «recurso al Derecho criminal» no puede plantearse como algo externo a las normas propias de ese Derecho y confiado casuísticamente a ciertos protagonistas procesales».

115 LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista «La Ley»*, n.º 6057, 8 de julio de 2004, ref.ª D-150, p. 2046.

Sin embargo, LORCA se muestra especialmente crítico con el principio de legalidad procesal penal tal como, en su opinión, se recoge en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al deducir del mismo que las normas procesales penales van encaminadas a la imposición de penas o a la represión. De ahí que este sector doctrinal, lejos de alabar la redacción del artículo inaugural de la ley procesal penal, muestre su disconformidad con la misma al convertir aquélla al proceso penal en instrumento de represión y no, como debería ser, de garantía¹¹⁶. Lo anterior lleva al profesor LORCA NAVARRETE a concluir que el Derecho procesal penal no puede considerarse como subsistema o realidad instrumental y dependiente, pues «la garantía como vertiente funcional autónoma de la aplicación de la norma procesal penal no es adjetiva, acrítica, ni procedimentalista sino sustantiva»¹¹⁷, además de destacar que «la regulación de las garantías procesales penales se realiza al margen del Código Penal»¹¹⁸.

4.4. Propuesta de síntesis: El principio de legalidad procesal como límite y garantía

Nos mostramos de acuerdo con DE LA OLIVA SANTOS cuando cuestiona la concepción de VIVES ANTÓN por entender que en ningún momento de su exposición especifica que el cambio de una pena por otra menos grave debe hacerse por permitirse éste precisamente mediante disposición legal¹¹⁹. Ahora bien, en favor de VIVES ANTÓN debe ponerse de manifiesto que admite en su razonamiento ciertos mecanismos de control como el judicial y que, además, en todo caso el objetivo ha de residir en la protección de los bienes jurídicos que la pena pretende tutelar.

No obstante, la discrepancia con el planteamiento de DE LA OLIVA surge en relación con el principio de necesidad del ejercicio de la acción penal o principio de oficialidad que posteriormente analizaremos¹²⁰, ya que en nuestra opinión éste no forma parte del contenido sustancial

116 LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 2046: «Para que pueda predicarse la validez del acto procesal penal *no es necesario abocarlo*, como hace el art. 1 LECrim., a la imposición de penas o a la represión. El art. 1 LECrim. debiera, por el contrario, *postular* que, mediante las garantías que la propia LECrim. establece [y que las tiene], se obtenga una *efectiva tutela judicial* de los derechos sin que en *ningún* caso se produzca indefensión (art. 24.1 de la Constitución española).», y p. 2047 [Cursivas en el original]. En este sentido, las palabras de PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., cit., p. 83: «el destino del proceso penal no es inevitable y necesariamente la declaración de *culpabilidad con condena* y la consiguiente *imposición de una pena*» [Cursivas en el original].

117 LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 2047.

118 LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 2047.

119 DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», cit., pp. 9880. *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 258.

120 Concretamente, en este capítulo I apartado V epígrafe 3.2.

del principio de legalidad procesal sino que es un desarrollo del mismo. Por ello, tal como se expone¹²¹, el principio de legalidad contemplado en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no constituye más que una manifestación o carácter del principio de oficialidad pero no es contenido esencial de aquel principio, al menos no del artículo 25 de la Constitución.

En otro orden de cuestiones, también se ha destacado que una teoría del principio de legalidad como fundamento del *ius puniendi* encuentra otro escollo insalvable, cual es el de la relativa y frecuente imposibilidad de realizar sus postulados como consecuencia del filtro o selección que indefectiblemente opera antes y durante el proceso¹²². Así, en un entendimiento absoluto del principio de legalidad como el mantenido por DE LA OLIVA parece que no cabría admitir, por significar su fracaso, la existencia de una cifra negra de criminalidad¹²³.

No obstante lo señalado, resulta innegable que la idea de legalidad procesal en nuestro ordenamiento contiene no sólo una plasmación «minimalista» (*nullum*), sino también una vertiente «maximalista» a ser respetada en todo momento del procedimiento. Y es que lo dispuesto en las leyes procesales resulta de obligado cumplimiento. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el principio de legalidad en un sentido más estricto se halla vinculado con la concepción de límite ya expuesta.

En cuanto a la teoría desarrollada por LORCA NAVARRETE, debe destacarse su clara apuesta por una metodología garantista o, como él señala, que adopte el «garantismo jurisdiccional» como bandera. Sin embargo, no podemos compartir la lectura que LORCA realiza del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el mismo debe entenderse como plasmación de la concepción clásica de límite o de mínimos del principio de legalidad y que se acomoda mejor con el sentido originario de dicho principio, lejos, por tanto, de una interpretación que implique un entendimiento «represivo» del Derecho procesal penal. Por ello, consideramos que el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de tratarse como desarrollo o complemento del artículo 25 de la Norma Fundamental¹²⁴. Lo señalado en las líneas precedentes no significa que la metodología garantista seguida por LORCA merezca nuestro rechazo. Ello resultaría, por otra parte, incongruente con la línea argumental en pro de un Derecho procesal penal basado precisamente en las garantías constitucionales reconocidas y merecedoras de protección.

El principio de legalidad procesal podría manifestarse en nuestro sistema de diversas formas, pues en sentido estricto lo que el mismo establece es que no se impondrá pena alguna sino de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en otras normas procesales¹²⁵. Por tanto, este principio opera con independencia del concreto siste-

121 *Ibid.*

122 En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El principio de oportunidad», cit., pp. 53-55, donde pone de relieve que resulta ésta «una visión altamente irrealista».

123 *Ibid.*, pp. 53 y ss.

124 Véase, asimismo, la STS 15 febrero 1990 (RA 1990\1934) [FJ 1.º a)], donde se señala que el «principio de legalidad procesal, que con respaldo en el art. 25.1 CE, se encuentra reflejado en el art. 1.º LECr.».

125 En este sentido, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., p. 14, señala lo siguiente: «La garantía jurisdiccional nos sirve para determinar que el derecho penal lo aplican únicamente los tribunales y que lo hacen por medio del proceso, pero no nos dice nada más y, especialmente, no nos resuelve cómo ha de conformarse ese proceso. A esta

ma jurisdiccional existente en cada ordenamiento jurídico, ya que los postulados del principio de legalidad procesal quedarían, en todo caso, satisfechos. Sería, de alguna forma, un *prius* del concreto modelo de enjuiciamiento adoptado. En esta línea, la mera delimitación de unas garantías básicas que sirvan como pauta a la hora de sustanciar un proceso judicial podría constituir el fundamento necesario para afirmar que contamos con los elementos mínimos precisos para la función jurisdiccional y, por tanto, podría resultar plenamente aplicable el principio de legalidad procesal. Y es que, siguiendo al profesor MONTERO AROCA, consideramos que todo proceso es, según la conocida definición de BULGARO, un *actus trium personarum* con dos partes parciales¹²⁶ y un tercero imparcial. Con respecto a las primeras, deben darse ineludiblemente las siguientes garantías: la dualidad de posiciones, la contradicción y la igualdad; mientras que, en relación con el órgano encargado de emitir un juicio, se aplican la imparcialidad, la independencia y la inamovilidad¹²⁷. Asimismo, un determinado ordenamiento jurídico puede optar por un detalle mayor a la hora de fijar su proceso del juicio jurisdiccional lo que, dicho sea de paso, en la práctica resulta frecuente¹²⁸.

V. LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL: EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

La forma elegida para materializar el principio de legalidad procesal en nuestro sistema ha sido el principio de oficialidad, imponiéndose de esta manera a un órgano público—en nuestro caso, al Ministerio Fiscal— el ejercicio de la acción penal (y, en principio, según el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la civil) cuando se presente un hecho con apariencia delictiva¹²⁹.

Ello es debido a que el sistema procesal penal que rige en nuestro país es el acusatorio mixto, ya que si nos encontráramos en un sistema inquisitivo¹³⁰ el órgano público encargado

segunda cuestión suele decirse que da respuesta la distinción entre dos sistemas procesales penales, a los que se denominan sistema acusatorio y sistema inquisitivo».

126 No pretendemos en esta sede adentrarnos en la peculiar naturaleza del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal.

127 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 95 y ss., 331 y ss.

128 Tal como ocurre en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

129 En este sentido, asimismo, FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 4.ª ed., cit., p. 22.

130 Pese a lo expuesto, en opinión de un sector doctrinal en el mencionado sistema inquisitivo no se incluye realmente un verdadero proceso, sino «un sistema de aplicación del derecho penal típicamente administrativo», como argumenta MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., p. 16. Por su parte, la profesora BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios* (coord. Bachmaier Winter), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 24, 25, manifiesta sus dudas, aun reconociendo la originalidad del planteamiento de MONTERO AROCA, en relación con la mencionada aseveración por cuanto que «¿cómo hemos de denominar entonces el proceso inquisitivo: como meras «prácticas» inquisitivas, como «cauce» de aplicación

del ejercicio de la acción penal sería el propio juez y no una institución cuya función primordial consiste precisamente en llevar a cabo la acusación ante hechos con «fisonomía criminal»¹³¹. En un sistema así también regiría el principio de oficialidad. De lo anterior podemos concluir que la vigencia del principio de oficialidad no depende de la opción a favor de un sistema procesal acusatorio (formal) o inquisitivo¹³². Sin embargo, no debe considerarse la única posibilidad, pues el interés público orientador del Derecho penal y, consecuentemente, inspirador del proceso penal se manifiesta asimismo en los países del ámbito del *common law* en los que impera el principio de legalidad procesal pero donde no rige con igual intensidad el de oficialidad.

1. El principio de necesidad: Distintas concepciones doctrinales

El principio de necesidad ha sido empleado con significado distinto en la literatura penal y en la procesal. Así, en el Derecho penal este principio ha concurrido con el de legalidad, pues mediante dicha expresión se hace alusión a la idea de la utilidad (o necesidad) de una determinada pena¹³³.

Dentro de la doctrina procesal, y pese a que hasta ahora nos hemos detenido exclusivamente en el análisis del principio de legalidad procesal –o garantía jurisdiccional del principio de legalidad– y del principio de oficialidad, frecuentemente se hace uso, asimismo, del principio de necesidad aunque con significados no siempre coincidentes. Por ello, se convierte en tarea imprescindible la delimitación y, al mismo tiempo, exposición de las diversas acepciones que el mismo puede adoptar.

1.1. El principio de necesidad como sinónimo del principio de legalidad procesal

En ocasiones, el principio de necesidad se ha utilizado como sinónimo del de legalidad procesal, al hacer referencia a la necesidad de desarrollar un proceso por parte de los

de la ley, o como «método» (...) de aplicación de la ley? A su vez, si el único proceso que merece tal nombre es el acusatorio, sería una redundancia o pleonismo hablar de «proceso acusatorio» o «proceso contradictorio». (...) Además de que ello rompe con una concepción ya muy asentada en el estudio histórico-procesal (...).

131 La expresión es de DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 33.

132 GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935, p. 73; BERZOSA FRANCO, «Principios del proceso», en *Justicia* 1992, pp. 579-581.

133 VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 210 y ss. Asimismo, VIVES ANTÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, n.º 11, p. 161, indicaba lo siguiente: «El Derecho penal liberal partía de dos principios incommovibles: el de *legalidad* (expresión del ideal de certeza del derecho, irrenunciable en el ámbito punitivo) y el de *necesidad de la pena, proporcionalidad, prohibición de exceso o intervención mínima* (que con todas esas denominaciones ha sido designado)» [Cursiva en el original].

órganos jurisdiccionales a fin de poder imponer una sanción penal a una determinada persona¹³⁴.

1.2. El principio de necesidad como principio de oficialidad

En otros casos, el principio de necesidad ha sido considerado equivalente del principio de oficialidad por un sector de la literatura procesal¹³⁵, esto es, ante un hecho con apariencia delictiva resulta necesario que el Ministerio Fiscal ejercite la acción penal aun cuando previamente haya podido haberse iniciado el proceso por un tercero o incluso de oficio por el propio juez. Y es que el concepto de incoación del proceso funciona independientemente del de ejercicio de la acción penal.

1.3. La acepción aglutinadora del principio de necesidad

De lo señalado hasta el momento cabe deducir una tercera concepción del principio de necesidad que abarque, en el sentido más amplio posible, tanto el proceso a seguir hasta dictar la sentencia (condenatoria) como el ejercicio de la acción penal. Así, el profesor GÓMEZ COLOMER se refiere al principio de legalidad procesal mediante la expresión principio de necesidad. A continuación, sin embargo, el mismo autor emplea el término necesidad para referirse a dos principios: «necesidad de que la pena se imponga por el órgano jurisdiccional a través del proceso penal, y necesidad de incoar un procedimiento preliminar en el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de un delito, justificándose la existencia del Ministerio Fiscal (art. 124 Const.) para que el proceso se ponga precisamente en marcha»¹³⁶. Por tanto, GÓMEZ COLOMER considera, en un primer

134 En esta línea, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., cit., p. 82. Además, véase, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonés Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 31, si bien, al analizar sus postulados sobre el principio de oficialidad en este capítulo I apartado V epígrafe 3.2, comprobaremos que el contenido de este denominado principio de legalidad se halla, según nuestra posición, más próximo a aquél. GÓMEZ ORBANEJA, «Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad», en *Colección de Estudios en homenaje al Profesor Barcía Trelles (en sus bodas de plata de catedrático de Derecho Internacional)*, Universidad Compostelana, Santiago, 1945, p. 85. En este sentido, también nosotros hemos empleado el principio de necesidad del proceso como sinónimo del de legalidad procesal en «Régimen procesal de los delitos semipúblicos contra la libertad sexual», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (coord. Echano Basaldúa), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 303.

135 RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., pp. 300 y 301, aun cuando no se alcanza a comprender plenamente la diferencia que el mencionado autor establece entre el principio de oficialidad o de necesidad y el de legalidad en su vertiente procesal; GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, 6.ª ed., Forum, Oviedo, 2002, pp. 31 y 32; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., cit., pp. 368 y 369 [también en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., pp. 16 y ss.], pues, pese a no emplear la expresión principio de oficialidad, su exposición acerca del principio de necesidad se aproxima en gran medida a nuestro entendimiento del principio de oficialidad.

136 GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., pp. 69 y 70.

lugar, al principio de necesidad como equivalente al de legalidad procesal; si bien, en otro lugar, alude a la necesidad no sólo al mencionar el principio de legalidad procesal (*nullum*) sino también parece que para referirse al de oficialidad, tal como nosotros lo concebimos.

2. Núcleo esencial del principio de oficialidad: El ejercicio obligatorio de la acción penal por un órgano público

El principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional del principio de legalidad no indica la forma en que ha de concretarse el instrumento procesal para que los tribunales analicen si procede o no aplicar el Derecho penal¹³⁷. Dicha función de delimitación, que lo convierte en el pilar de nuestro sistema procesal penal, la cumple el principio de oficialidad¹³⁸.

En un sentido amplio, cabe entender incluido en el principio de oficialidad las actuaciones que los órganos públicos –en lógica, asimismo, con su denominación– realizan en el seno del proceso penal, como puede ser el Ministerio Público además de los jueces y magistrados¹³⁹. Sin embargo, lo anterior no obsta para que, desde una perspectiva más estricta, se considere como principio de oficialidad la actuación del acusador público que podría, en función del sistema procesal penal imperante, ser el propio órgano jurisdiccional (en un sistema de corte inquisitivo¹⁴⁰) o la Fiscalía (en un sistema acusatorio formal o mixto)¹⁴¹. En nuestro caso, y dado que estamos en un modelo acusatorio no puro, se ha optado por crear la institución del Ministerio Público.

137 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., cit., p. 367. Conviene aclarar ya en esta sede la confusión que puede reinar al tratarse en ocasiones el principio de legalidad, no como el de legalidad procesal penal al que anteriormente hemos aludido, sino como nota caracterizadora del principio de oficialidad.

138 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 32, lo considera «principio jurídico inspirador de la estructura primaria del proceso penal».

139 En un entendimiento aún más amplio del principio de oficialidad podría, incluso, llegarse a admitir a la policía judicial, así como, y pese a no ser un órgano público, al ofendido por la acción delictiva.

140 Por su parte, ARMENTA DEU, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», en *Poder Judicial*, n.º 58, pp. 291, 292, matiza dicha aseveración y afirma que «aun cuando la dirección de la fase instructora se encomiende a un órgano jurisdiccional no se cuestiona la vigencia del sistema acusatorio, siempre que, claro está, no sea el mismo juez quien después juzgue».

141 Según GARCÍA VALDÉS, *Derecho Procesal Criminal*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1944, pp. 13 y 14, el principio de oficialidad «se manifiesta cuando la acusación penal se inicia en virtud de propia determinación por el Estado mediante los órganos que tenga establecidos al efecto, y que pueden ser: a) el propio Juez o Tribunal acusando de oficio (principio inquisitivo); b) un Cuerpo de funcionarios especialmente encargados de tal misión: Ministerio público».

La razón que ha empujado a la instauración artificial del Ministerio Fiscal¹⁴² ha sido la de garantizar la operatividad de la maquinaria penal y evitar así que, por cualesquiera motivos, el ofendido no ponga en funcionamiento el proceso penal dejando impune una conducta eventualmente merecedora de sanción. Para ello se tiene presente el interés público derivado de los bienes jurídicos protegidos por las normas del Derecho penal sustantivo, carácter éste que inspirará asimismo la legislación procesal penal¹⁴³.

Tras la referencia al fundamental papel de la Fiscalía en nuestro sistema procesal penal, debemos preguntarnos sobre el rol desempeñado durante el proceso por el ofendido, así como sobre el de personas ajenas al hecho que ha podido resultar criminal. Es claro que la víctima de un hecho delictivo no tiene reconocido un derecho subjetivo material para pedir la imposición de una pena al autor de aquél. Sin embargo, en nuestro ordenamiento esto no significa que el ofendido —o, incluso, un tercero ajeno a lo sucedido— se desvincule totalmente del proceso penal, ya que, además de poder participar de diversos modos (por ejemplo, como «testigo-víctima»), ha de poner la *notitia criminis* en conocimiento de alguno de los órganos públicos señalados (art. 259 LECr.)¹⁴⁴. Todo ello añadido a la vía abierta de que dispone para constituirse en parte procesal mediante el ejercicio de la acción penal (así, entre otros, *ex arts.* 101 y 109 LECr.)¹⁴⁵. Ahora bien, en estos últimos casos no nos encontramos ante manifestaciones del principio de oficialidad, precisamente por carecer dichos acusadores de la nota oficial consustancial con el concepto mismo de aquél.

3. Dos teorías sobre el principio de oficialidad

Destacan los planteamientos teóricos desarrollados por VÉLEZ MARICONDE y DE LA OLIVA SANTOS, ya que en ambos casos se ha estudiado con detalle las características y notas del principio de oficialidad. Por ello, expondremos las dos propuestas antes de abordar nuestra posición en torno al mismo.

142 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., cit., p. 369, se refiere a la «creación artificial del Ministerio Fiscal» [también en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 17.ª ed., cit., pp. 16 y ss.].

143 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., cit., p. 368, se refiere a la «acomodación del proceso a los imperativos de la actuación del derecho penal».

144 Se muestran partidarios de considerar que la víctima de un delito público no está obligada a denunciar GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1996, p. 280; ARAGONESES MARTÍNEZ, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.º 2, p. 427. Ambos autores acuden a la tutela judicial efectiva para justificar su posición. Asimismo, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 126.

145 En parecidos términos, véase MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 16.ª ed., cit., p. 367.

3.1. La concepción de VÉLEZ MARICONDE

3.1.1. Exposición

La teoría elaborada por el profesor VÉLEZ MARICONDE, aunque basada en otro sistema procesal cual es el argentino, será de utilidad al desarrollar nuestra propuesta doctrinal acerca del principio de oficialidad. En la misma, se le concede a éste¹⁴⁶ —junto con los principios de verdad real y de inviolabilidad de la defensa— la categoría de «estrella de primera magnitud» en el proceso penal¹⁴⁷. Concretamente, se señala que el principio de oficialidad tiene su origen en el carácter público de las normas de Derecho penal por lo que en la aplicación, en su caso, de las mismas el «proceso penal asume un carácter totalmente oficial»¹⁴⁸.

Así, VÉLEZ MARICONDE descompone dicho principio en las siguientes reglas o subprincipios¹⁴⁹, lo cual permite advertir con claridad cuáles son los distintos aspectos del mismo y nos lleva a destacar que a través del análisis del principio de oficialidad se consigue trazar líneas certeras acerca de un determinado sistema procesal penal:

A. Estatalidad

La primera nota hace referencia al carácter público de los órganos que intervienen en el proceso penal, sin perjuicio de la eventual aparición como parte de los particulares. Aquella participación obedece al carácter necesario de las propias normas penales y conduce a que el Estado encomiende a determinados órganos públicos diversas funciones relativas a la investigación, acusación y enjuiciamiento de conductas con caracteres delictivos para asegurarse de que las mismas, en su caso, no queden impunes. En este sentido, el Estado cuenta en el proceso penal con los siguientes órganos públicos a los cuales VÉLEZ MARICONDE comprende en el principio de oficialidad: el Ministerio Público, los Tribunales y la Policía Judicial.

B. Caracteres de la acción penal

a. Oficiosidad

Como característica de la acción penal VÉLEZ destaca, en primer lugar, la nota relativa a la oficiosidad, aplicable tanto de la Fiscalía como de la policía judicial, para referirse a la «suficiencia» —o innecesariedad de colaboración por parte de terceros— en el momento en que ambos órganos desempeñan su labor. En este sentido, VÉLEZ MARICONDE señala que la

146 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., Lerner, Córdoba, 1986, p. 174 n. 6, alude al hecho de que en anteriores trabajos en vez de principio de oficialidad empleó el término principio de indisponibilidad.

147 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., p. 174. Puede verse el cuadro sinóptico en el que se recogen los tres principios citados y sus divisiones en *ibid.*, p. 176.

148 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., p. 177.

149 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., pp. 177-183. Al exponer dichas reglas o subprincipios, en ocasiones, omitiremos la referencia concreta a la página en la cual determinada idea es expuesta, teniendo en cuenta que se encontrará dentro del margen que acabamos de indicar.

acción penal queda encomendada a la Fiscalía así como a la Policía Judicial «sin necesidad de ninguna excitación extraña (oficial o particular)»¹⁵⁰.

Dentro de este punto relativo a la oficiosidad, VÉLEZ MARICONDE incluye la promoción de oficio y la inevitabilidad. La iniciativa en la investigación u origen del proceso queda, según sus funciones dentro de ese amplio concepto de la promoción, a cargo del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial, y no, por el contrario, a manos del juez de instrucción pues este último «sólo puede proceder en virtud de una instancia o comunicación de aquéllos y nunca de oficio». La segunda característica dentro de la oficiosidad, y unida estrechamente con la promoción de oficio, es la de la inevitabilidad. Ésta hace referencia a la falta de relevancia de la voluntad de los particulares o de otros órganos estatales cuando los funcionarios encargados de promover la acción penal pública realicen su labor, excepción hecha de ciertas infracciones en donde la víctima tiene en sus manos la incoación del proceso («acciones dependientes de instancia privada»).

b. Legalidad

En el ejercicio de la acción penal no cabe obrar más que por criterios de indiscrecionalidad o de legalidad, sin tener, por tanto, en cuenta motivos relacionados con la conveniencia o la utilidad social. Así, VÉLEZ MARICONDE opone a la nota de legalidad la de oportunidad, que no ha de llevar a confusión pues se alude a aquélla como característica inherente al principio de oficialidad, y no tanto como principio independiente.

Según la concepción de VÉLEZ, los órganos encargados de la promoción de la acción penal no pueden rechazar o archivar una denuncia, pese a considerar que la misma no tiene encuadre en ningún tipo penal, pues resulta necesario la obtención final de una decisión jurisdiccional.

Una vez ejercitada la acción penal no cabe, en palabras de VÉLEZ MARICONDE, «suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los casos expresamente previstos por la ley» (irretractabilidad). Con esta nota, el profesor VÉLEZ MARICONDE se refiere a la imposibilidad de que el órgano encargado de la acción penal pacte con el imputado o renuncie a la acusación. Sin embargo, el autor contempla la posibilidad de que en la misma ley se permitan excepciones a lo señalado.

C. Caracteres de la jurisdicción

Se pueden resumir en dos. En primer lugar, la indeclinabilidad o el deber del órgano judicial de fallar sobre el asunto que está conociendo. Como segunda nota atribuible a la jurisdicción cabe destacar que las normas sobre jurisdicción y competencia penal son improrrogables, con lo cual no pueden resultar modificadas.

D. Característica predicable de todas las partes: La indisponibilidad

Esta nota reproduce lo señalado para los órganos encargados de la acusación («irretractabilidad») y para los miembros de la jurisdicción («indeclinabilidad»), pero en este

150 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., pp. 179 y 180.

caso con relación a todas las partes en general y específicamente para con las no oficiales. La consecuencia a extraer es que ninguna de las partes puede disponer del proceso penal¹⁵¹.

3.1.2. Valoración

En primer lugar, debemos elogiar la clasificación efectuada por el profesor VÉLEZ puesto que ha sido uno de los pocos autores que ha analizado con profundidad el principio de oficialidad. En este sentido, el esfuerzo realizado al exponer las notas características¹⁵² del citado principio merece ser aplaudido, si bien se corra el peligro de incluir la mayoría de las instituciones procesales dentro de un principio. Así, dentro de la oficialidad hemos analizado aspectos varios vinculados a la acción y a la jurisdicción.

Además, a la hora de valorar una construcción doctrinal debemos tener sumo cuidado, especialmente, si ésta proviene de otro sistema procesal, como en este caso, pues las diferencias existentes a nivel de basamentos y cimientos procesales, unido a la falta de conocimiento profundo de dicho sistema nos puede impedir realizar con garantías una evaluación de un determinado aspecto del enjuiciamiento.

En otro orden de cuestiones, estimamos que en el planteamiento efectuado no queda suficientemente explicitado si VÉLEZ incluye o no a los particulares dentro del principio de oficialidad. La duda nos surge debido a que la primera regla del principio de oficialidad es precisamente la estatalidad, con lo que parece que sólo los órganos oficiales quedarán incluidos en el citado principio; sin embargo, la cuarta nota característica, la indisponibilidad, se predica respecto de todas las partes y, por tanto, también en relación con las privadas.

Adentrándonos en su análisis, y en el marco de la oficiosidad, consideramos que debe distinguirse entre la incoación o comienzo del proceso penal y lo que cabe reputar como un paso posterior: el ejercicio de la acción penal. Ello es así, debido a que bajo nuestro punto de vista no queda en la exposición de VÉLEZ MARICONDE suficientemente claro si éste se refiere a una u otra. En este sentido, menciona «la iniciativa de la investigación o el origen del proceso penal» por lo que parece que se esté aludiendo a la incoación del proceso y no necesariamente a la acusación; pero acto seguido también se refiere al «inicio de la acción penal pública» y al «deber de proceder de oficio, por iniciativa propia, a promover la acción penal pública», lo cual parece que excede del significado ordinario del término incoación del proceso penal.

En nuestro sistema procesal, por el contrario, ante una denuncia cuyos hechos no tengan cabida en ningún tipo tanto la policía como el Ministerio Fiscal procederán a archivarla, pues su obligación de investigación o de ejercicio de la acción penal se basa en la existencia de unos hechos que revistan caracteres de infracción penal. En cuanto a la

151 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., p. 178 n. 9, señala que «todos los sujetos procesales (no solamente las partes) carecen de poderes dispositivos sobre el contenido material de la relación; pero, en cuanto a los órganos públicos, ello resulta de los principios que gobiernan la acción y la jurisdicción», y, p. 174 n. 6, «la indisponibilidad para los órganos públicos, surge de las reglas de la legalidad (referida al Ministerio Público) y de indeclinabilidad e improrrogabilidad (referentes al Juez)».

152 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 3.ª ed., cit., p. 176, las denomina corolarios, reglas procesales o consecuencias del principio básico (el de oficialidad).

indeclinabilidad, encontramos este deber dentro del derecho español en el artículo 1.7 del Código Civil y la improrrogabilidad también se da en nuestro sistema procesal penal¹⁵³.

3.2. La concepción del profesor DE LA OLIVA

3.2.1. Exposición

A. El punto de partida: El principio de legalidad

Si bien en su explicación DE LA OLIVA emplea el *nulla poena sine previa lege penale et sine previo processo penale* para indicar, como una conquista de la civilización, el hecho de que no se imponga sanción penal o medida equivalente alguna sin previo proceso por los tribunales¹⁵⁴, el mencionado profesor mantiene una concepción del principio de legalidad que excede su sentido de límite plasmado en el «nulla» para situarlo en fundamento del *ius puniendi*.

En esta línea, conviene resaltar que en su teoría se distingue el empleo del principio de legalidad (penal) refiriéndose al deber de los representantes del Estado para en los supuestos previstos legalmente ejercitar el *ius puniendi*¹⁵⁵. Alude, asimismo, a un principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad en el sentido de que los procesos criminales lejos de contingentes se consideran necesarios con lo que el inicio, desarrollo y el término de los mismos no puede depender de que «determinados sujetos jurídicos ejerciten unas omnímodas facultades volitivas y decidan o no postular, como tutela judicial efectiva *suya*, una sentencia condenatoria»¹⁵⁶.

B. El principio de oficialidad

Lo anterior se conecta con la definición que el profesor DE LA OLIVA da del principio de oficialidad al concebirlo como «aquel criterio en virtud del cual el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar, conforme a lo dispuesto en normas legales imperativas, en función de la necesidad de tutelar un intenso interés público, sin subordinación a ningún poder de disposición (inexistente, por lo demás) de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus

153 Si bien la introducción del procedimiento para el enjuiciamiento de determinadas infracciones ante el tribunal del jurado ha supuesto en algunos casos de la praxis una «manipulación» del delito imputado al objeto de evitar que la fase de juicio oral sea conocida por dicho órgano con funciones jurisdiccionales.

154 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 29.

155 En palabras de DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., pp. 30 y 31.

156 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 31 [Cursiva en el original]. Además, *ibid.*, señala lo siguiente: «Quiérese decir que, siendo instrumentos esenciales de la efectividad del Derecho penal y siendo dicha efectividad ordinariamente indeclinable, es de necesidad que se inicien y culminen todos los procesos penales que correspondan a todas las (aparentes) infracciones conocidas de los preceptos penales sustantivos».

derechos e intereses legítimos»¹⁵⁷. Por ello, su exposición se basa en la necesidad de dar satisfacción a un interés público predominante que consiste «en la represión jurídica de las conductas criminales»¹⁵⁸. Además, el citado autor incluye en el principio de oficialidad tanto aspectos referidos al órgano jurisdiccional como al acusador público, además de a la policía judicial¹⁵⁹.

Por último, DE LA OLIVA SANTOS distingue diversas manifestaciones del principio de oficialidad ordenadas de forma cronológica¹⁶⁰. Se detiene a lo largo de su análisis, entre otras, en las implicaciones del principio citado en relación con el comienzo del proceso, así como en el poder de disposición, además de abordar algunos aspectos relativos a la introducción de hechos y a las pruebas en el proceso penal¹⁶¹.

3.2.2. Valoración

Tras analizar el contenido que DE LA OLIVA otorga al principio de oficialidad no nos queda del todo claro la diferencia que el autor citado atribuye al principio de legalidad procesal-penal y al de oficialidad, pues en ambos casos parece referirse a que el proceso penal debe sustanciarse con independencia de la voluntad de los propios afectados¹⁶². Este

157 DE LA OLIVA SANTOS, *ibid.*, p. 32.

158 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 32, y en p. 33, indica, en idéntico sentido, que lo «determinante es, pues, (...) que «aparezca» el interés público de no omitir un pronunciamiento jurisdiccional ante una conducta con aspecto criminal o que «se conozca» un hecho que reviste ese mismo aspecto». El propio autor reconoce *ibid.*, p. 32, la existencia de otros intereses públicos en determinados procesos civiles como el de incapacitar a quien no sea capaz de gobernarse a sí mismo.

159 En esta línea, *ibid.*, p. 32, considera que cuando el proceso está regido por el principio de oficialidad «es del todo lógico» que el órgano judicial tenga encomendada unas determinadas funciones y que, además, resulte «necesaria, de ordinario, la existencia de un acusador oficial», y en pp. 39 y 40, se alude a la labor de la policía judicial.

160 LARA LÓPEZ, «Principio de oficialidad vs. Principio de oportunidad en el proceso penal español», en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Problemas actuales del proceso iberoamericano* (dirs. Robles Garzón y Ortells Ramos), vol. II, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, pp. 89 y ss., se adhiere en su análisis a la clasificación realizada por el profesor DE LA OLIVA.

161 Véase DE LA OLIVA SANTOS, *ibid.*, pp. 32 y ss.

162 Así, DE LA OLIVA SANTOS, *ibid.*, pp. 31 (principio de legalidad procesal-penal o de necesidad) y 32 (principio de oficialidad). Asimismo, DE LA OLIVA considera como dos realidades inseparables cuestiones en nuestra opinión un tanto diferentes, debido a la aproximación que en su teoría se produce entre los denominados principios de oficialidad y de legalidad. En concreto, *ibid.*, p. 36, señala que «en el proceso penal está presente un interés público en no dejar sin respuesta jurídica sancionadora la comisión de un crimen y, como reverso, en sancionar sólo a los responsables de conductas criminales y únicamente del modo que legalmente se haya establecido». En nuestra opinión, y aunque entendemos el punto de vista del profesor DE LA OLIVA, en vez de anverso y reverso de una misma realidad, quizá resulta preferible distinguir, en sentido estricto, entre el principio de oficialidad (más plasmado en la primera de las proposiciones) y el principio de legalidad (recogido en mayor medida en el segundo enunciado). Se desprende una comprensión amplia del principio de legalidad manejado por DE LA OLIVA, *ibid.*, p. 43, cuando señala que el ««principio de legalidad» quiere decir, ante todo, en cualquier ámbito procesal, que el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar conforme a la ley (...). Pero en el ámbito procesal penal, «principio de legalidad» significa, además, que el parámetro legal

posible solapamiento de los respectivos ámbitos de aplicación de ambos principios puede encontrar su causa en el (amplio) contenido asignado al principio de legalidad.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, nos sumaríamos a la concepción del profesor DE LA OLIVA si se estuviera haciendo referencia a la legalidad como subprincipio del de oficialidad y no como elemento previo a éste. Precisamente por ello, a nuestro juicio, la nota definitoria del principio de oficialidad –y no tanto del de legalidad– es la necesaria intervención de órganos públicos en el proceso judicial penal y, en concreto, la de un órgano acusador público. Además, el sentido que nosotros asignamos al principio de oficialidad se sitúa más cerca del principio al que DE LA OLIVA se refiere como de «indisponibilidad o irrenunciabilidad de la acción»¹⁶³. Por ello, quizá más que ante diferencias de fondo nos hallamos ante distintas maneras de sintetizar y denominar una misma realidad.

En otro orden de cosas, DE LA OLIVA sostiene que en virtud del principio de legalidad el Estado tiene atribuido un deber (de penar)¹⁶⁴. Sin embargo, aun cuando resulta indiscutible la apropiación efectuada por parte del Estado en relación con el llamado *ius puniendi*, no es menos cierto que las formas de designar ese sector recalcan no tanto que se trate de una obligación como de un *ius*. Cuestión distinta es que en el desarrollo del principio de legalidad, en concreto, mediante el principio de oficialidad se llegue a la misma solución propuesta por DE LA OLIVA, pero no con base en el primero de los principios mencionados.

4. Plasmación legal del principio de oficialidad

Nuestra Norma Fundamental recoge en su artículo 124.1 una manifestación del principio de oficialidad al señalar que el «Ministerio Fiscal (...) tiene por misión promover la acción de la justicia (...)». Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en el caso del principio de legalidad (arts. 24.2 y 25.1 Const.), no podemos afirmar que nos encontramos ante un derecho fundamental, pese a resultar desarrollo de uno que sí lo es.

Además de recogerse en la Ley Básica, el contenido concreto del principio de oficialidad se halla regulado en la norma procesal penal. Para comenzar, se ha de señalar que no existe unanimidad con respecto al artículo en el que se inserta este principio. Así, al ser

es el único que guía la actuación de tribunales y acusador público (...). En consecuencia: el proceso se rige por la ley y, en el proceso, el Fiscal ha de promover la legalidad, acusando conforme a ella, es decir, siempre que haya hechos de apariencia delictiva, calificados según la legalidad penal. Y, por su parte, el tribunal debe dictar sentencia según la ley (procesal y sustantiva)».

163 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 189.

164 En concreto, DE LA OLIVA SANTOS, *ibid.*, pp. 30 y 31, manifiesta lo siguiente: «Por otra parte, que una sanción o medida equivalente corresponda a la persona o personas responsables de un hecho delictivo no significa que otros sujetos jurídicos particulares tengan la titularidad de un derecho subjetivo al castigo de aquella o aquellas personas. Se habla de un *ius puniendi* del Estado, no tanto para construir, en buena técnica jurídica, un genuino derecho subjetivo a imponer penas, sino para expresar que ningún sujeto jurídico tiene tal derecho y que sólo el Estado tiene el poder sancionador máximo, correspondiente a los actos ilícitos más graves. (...) El ejercicio del llamado *ius puniendi* según los parámetros legales es un *deber* elemental del Estado. Estos postulados suelen expresarse sintéticamente con el nombre de *principio de legalidad* (penal)» [Cursiva en el original].

el mismo la forma de plasmar la legalidad se ha considerado por un sector de la doctrina procesal incluido en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal posición ha sido mantenida, entre otros, por los profesores PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, cuando afirman que tanto el principio de legalidad procesal como el de oficialidad deben considerarse establecidos por el aludido precepto¹⁶⁵.

Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe, salvo remotamente, deducir lo anterior de dicho precepto, sino del artículo 105 del mismo cuerpo normativo que también hace referencia expresa a la legalidad, al señalar específicamente que el ejercicio de la acción penal deberá efectuarse «con arreglo a las disposiciones de la ley».

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el principio de oficialidad, a diferencia del de legalidad procesal penal, no ostenta esa función de garantía para el ciudadano o límite («nullum») para los poderes públicos, sino más bien todo lo contrario. Y es que, según el mismo, los funcionarios del Ministerio Fiscal deberán ejercitar la totalidad de acciones penales que consideren procedentes, independientemente de la existencia –o inexistencia– de acusador no oficial (ex art. 105 LECr.).

5. Análisis del principio de oficialidad

Tras la introducción realizada sobre el principio de oficialidad, procederemos en este epígrafe a analizar con detalle el mismo. Para ello, en vez de ofrecer una definición en el sentido tradicional, trataremos de diseccionar el contenido del principio de oficialidad atendiendo a sus notas más relevantes¹⁶⁶.

5.1. Aspecto subjetivo: Ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal

Según nuestro criterio, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público constituye el núcleo del principio de oficialidad, de ahí que en ocasiones se aluda al «prin-

165 PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., cit., p. 82. Debemos, asimismo, indicar que el citado sector doctrinal no adopta la terminología que seguimos nosotros, puesto que aluden, para referirse a los principios de legalidad procesal y de oficialidad, respectivamente, a los principios de necesidad y de legalidad, sin que en nuestra opinión ello signifique variación en el contenido.

166 La idea se ha tomado de la exposición que realiza ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, p. 208, en torno al principio de oportunidad. La citada autora incluye, además, en su análisis un tercer elemento denominado «teleológico». En otro lugar, ARMENTA DEU, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», cit., p. 282 n. 45, menciona, asimismo acerca del principio de oportunidad –si bien, en nuestra opinión, cabría entenderlo referido no sólo a éste sino también al principio de oficialidad– lo siguiente: «Con arreglo a un sentido más estricto, el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el objetivo, al marco del proceso, abarcando desde la obligación de incoación ante todo conocimiento de una *notitia criminis* a su finalización a través de una resolución, según lo previsto en la ley procesal penal». Si bien esta formulación nos parece defendible, preferimos decantarnos por un entendimiento más limitado que lo circunscriba al Ministerio Fiscal.

cipio de oficialidad de la acción penal»¹⁶⁷. En este sentido, puede destacarse que el órgano acusador oficial ha sido fundamentalmente concebido para el desempeño del cometido expuesto con anterioridad¹⁶⁸.

Ello supone descartar del ámbito del principio de oficialidad a los miembros de la judicatura, a la policía judicial y a los particulares. En este sentido, la toma de postura más cuestionable resulta, sin lugar a duda, la de excluir de su seno a los jueces y magistrados. Dicha decisión obedece a la consideración siguiente: el principio de oficialidad exclusivamente se refiere, siempre entendido en un sentido limitado o estricto, a la acción pública oficial. Consecuentemente, y con independencia de que las funciones de la Fiscalía y Judicatura resulten de alguna manera complementarias, ello no empecerá a distinguir ambas y a considerar únicamente incluido en el mencionado principio el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

En cuanto a la policía judicial, tiene ésta en nuestro sistema procesal penal una función coadyuvante tanto con la Fiscalía como con los órganos jurisdiccionales. Ello nos lleva, en un sentido riguroso, a no considerarla dentro de los elementos subjetivos del principio de oficialidad pues, pese a ser un órgano público, carece de funciones directas e inmediatas en el ejercicio de la acción penal.

Stricto sensu los ofendidos por el hecho delictivo y los acusadores populares no pueden considerarse elementos subjetivos de los que pueda decirse que quedan incluidos en el principio de oficialidad, al margen de que en un sentido amplio frecuentemente se incluya a aquéllos dentro de los sujetos con respecto a los cuales se predica dicho principio. Las razones que nos conducen a mantener tal posición son básicamente que no nos encontramos ante órganos públicos (u oficiales), ni cabe predicar con respecto a los mismos la característica de tener que actuar «de oficio»¹⁶⁹. Por tanto, en estos casos no cabe aplicarse dicho principio (al menos, en su acepción restringida) al no existir para ellos, con respecto al ejercicio de la acción penal, obligación directa –nota importante que tampoco concurre en relación con la policía– dentro de un proceso.

Además, un particular –haya sido o no ofendido por dicho comportamiento– no puede, como norma general, impedir que la Fiscalía sostenga la acusación ante la existencia de indicios racionales de criminalidad. Sin embargo, lo anterior no significa que no dispongan especialmente en las infracciones perseguibles a instancia de parte de importantes facultades a la hora de incoar, continuar y, en su caso, poner fin al procedimiento penal. Es más, en los delitos denominados privados sólo las personas (supuestamente) ofendidas por la conducta criminal pueden ejercitar la acción penal al quedarle vetada al Ministerio Fiscal

167 Así, CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 142, 143, quien, sin embargo, extiende dicho principio tanto al juez como al fiscal.

168 En este sentido, ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 188, afirma que «la figura del fiscal surge, de un lado, para garantizar el ejercicio de la acción penal ante la inactividad de los particulares y, de otro, frente a las críticas derivadas de la acumulación de funciones en la única mano del órgano judicial (...)».

169 Con respecto a la segunda de las notas apuntadas, CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 142, 143; BERZOSA FRANCO, «Principios del proceso», cit., pp. 579, 580.

la intervención en los procesos para el enjuiciamiento del citado grupo de infracciones¹⁷⁰; e incluso como el ofendido es, como regla¹⁷¹, el único acusador posible, puede éste abandonar la acción penal quedando en sus manos, pues, la aplicación del sistema penal.

5.2. Criterios de ejercicio de la acción penal

Dos son los criterios fundamentales y entrelazados de ejercicio de la acción penal que impone el principio de oficialidad, dado que la necesidad del ejercicio de aquélla proviene precisamente de su inclusión en algún texto legal¹⁷².

5.2.1. La legalidad

Un elemento esencial del principio de oficialidad lo constituye la obligatoriedad de actuar a lo largo del proceso de conformidad con la legislación vigente. Lo anterior acarrea no sólo una función de límite o garantía, sino que supone una aplicación de la legalidad como «fundamento» durante el *iter* procesal. Por ello, se puede mantener que la nota de legalidad predicable del principio de oficialidad¹⁷³ –el cual, a su vez, se concibe como desarrollo del principio de legalidad (procesal penal, para ser más exactos)– adquiere connotaciones y significados diversos¹⁷⁴ –y hasta antagónicos– si lo comparamos con su origen o nacimiento¹⁷⁵. Esta vertiente fundamental del principio de oficialidad encuentra

170 Aun cuando resulta como mínimo cuestionable dicha exclusión en los supuestos en que la víctima es menor de edad.

171 Véase la nota anterior.

172 Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», cit., p. 9879 n. 16, considera que el «principio de necesidad de ejercicio de la acción penal no es sino parte del contenido sustancial del principio de legalidad que proclama también el artículo 124.2 de la Constitución española». Además, el citado autor, *ibid.*, p. 9877, relaciona –para la figura del Ministerio Fiscal– los dos subprincipios en que hemos dividido el principio de oficialidad, pero partiendo no de éste, sino del de legalidad. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), cit., p. 32, afirma que «el ejercicio obligatorio de la acción penal no es un accidente, sino algo connatural al principio de legalidad».

173 FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 4.ª ed., cit., p. 22, concibe la legalidad («el principio de la legalidad») como «consecuencia en cierta manera» del principio de oficialidad.

174 En idéntico sentido apunta RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial II (Justicia penal), p. 58, que el alcance del principio de legalidad «puede tener distintas versiones que, a su vez, implican escalas de desarrollo: puede referirse sólo a lo que acabamos de señalar o también a que los hechos que aparezcan diseñados como tales infracciones hayan de ser indefectiblemente perseguidos».

175 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Trotta Madrid, 1997, p. 88, estiman que, basándose en que el objetivo del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad del Estado, y que, por tanto, está establecido a favor del individuo, no puede ser cometido del mismo la obligatoriedad de la acción penal ante unos hechos que revisten carácter delictivo, pues, de alguna forma, supondría un perjuicio para el individuo –en concreto, para quien resulte parte pasiva del proceso. En su opinión, estaríamos ante una manifestación del principio de oficialidad, y no de la legalidad. Sin embargo, la manera

plasmación legislativa en los artículos 124.2 de la Constitución y 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

5.2.2. La obligatoriedad de la acción penal

La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal¹⁷⁶ ante hechos de apariencia delictiva puede configurarse como otro aspecto esencial del principio de oficialidad. El mismo alude a que el proceso, los actos de que se compone y su objeto no se hallan subordinados al poder de disposición de los particulares a lo largo del proceso penal –inicio, desarrollo y conclusión del mismo–, sino que existe un órgano público para desempeñar precisamente ese ejercicio de la acción¹⁷⁷.

Encontramos reflejo de este apartado especialmente en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷⁸. Así, se ha destacado que el término «procedente» utilizado por nuestra ley procesal penal alude a la discrecionalidad, pero entendida ésta dentro del ámbito propio de la interpretación¹⁷⁹. Además, el empleo del término citado puede resultar técnicamente más ajustado por cuanto que, tal como ha destacado el profesor RAMOS MÉN-

de solucionar la anterior discrepancia podría ser la de comprender dentro del principio de oficialidad un apartado relativo a la legalidad, tal como hemos sostenido en el texto. Reproducimos a continuación un extracto significativo de sus palabras, *ibid.*: «Para sostener la obligación de la persecución penal se suele confundir el principio de legalidad con el de oficialidad. El principio de oficialidad es el que obliga a la acción penal, no el de legalidad».

176 Así, entre otros, véanse, *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 164, en donde su ponente, VIVES ANTÓN, se refiere al «principio de necesidad de ejercicio de la acción penal»; mientras que ARMENTA DEU, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», cit., p. 281, recoge la expresión «principio de la obligatoriedad de la acción penal»; por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 33, lo denomina ««principio» de indisponibilidad o irrenunciabilidad de la acción penal» [entrecomillado en el original]; según GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1951, p. 529, se trata del «principio de irretractabilidad de la acción penal»; y, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 302, hace referencia al «principio de inmutabilidad».

177 BERZOSA FRANCOS, «Principios del proceso», cit., p. 578; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 8.ª ed., cit., p. 32. Por su parte, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 110, señala que un «sistema procesal está regido por el principio de legalidad cuando el proceso penal necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor».

178 Con independencia de la relevancia que reviste la posición adoptada por el órgano jurisdiccional en el ejercicio de la acción penal (vg. arts. 312 y 313 LECr.). En esta línea, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 32, pone de relieve que «la sujeción del fiscal a la ley no puede ser ni menor, ni de otro género que la del juez».

179 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, cit., p. 528: «La discrecionalidad excluida por el principio de legalidad no tiene nada que ver con los criterios de valoración en hecho y en derecho de que ha de usar el Ministerio Fiscal para considerar el ejercicio de la acción como «procedente»»; ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 44.

DEZ, no cabe comprobar si se ha actuado de conformidad con la legalidad durante el proceso hasta el momento final del mismo^{180 181}.

VI. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Introducción

Si bien puede entenderse que manifestaciones del principio de oportunidad han existido ya desde la redacción originaria de nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸², el mismo sufrió una especie de *boom* doctrinal en los años ochenta y noventa, coincidiendo en el tiempo con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, introductoria de un nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de delitos, a saber, el abreviado¹⁸³.

Sin embargo, resulta opinión bastante extendida en la literatura especializada la relativa a la falta de certeza del contenido del principio de oportunidad. Esta situación ha traído, como consecuencia, que no se sepa con exactitud a lo que se está aludiendo cuando se emplea la citada máxima¹⁸⁴. Por eso, consideramos crucial realizar una labor de concreción. Ello conlleva el análisis de cómo se ha abordado el estudio del principio de oportunidad desde diversos ámbitos, con su consiguiente repercusión en el mayor o menor margen de

180 RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., p. 301; asimismo, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 39.

181 Por último, hemos señalado que el principio de oficialidad se halla ligado a la obligación de acusación en relación con la acción penal (art. 105 LECr.). Sin embargo, no podemos olvidar que nuestra norma procesal penal se encarga de establecer, asimismo, la necesidad de ejercitar junto con aquélla la acción civil *ex delicto*, pues el Ministerio Fiscal resulta obligado a entablarla siempre que la víctima no haya renunciado a ella o reservado la misma para un posterior juicio (arts. 106, 108 y 112 LECr.).

182 En este sentido, PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Colex, Madrid, 2000, p. 161, precisa que «las referencias doctrinales al principio de oportunidad no son tan recientes como pudiera suponerse», incorporando numerosas muestras de tal aseveración. Asimismo, véase del mismo autor, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, con cita de abundante literatura alemana. Por otro lado, conviene dejar apuntado ya en esta sede que todas las concepciones del principio de oportunidad no incluyen en su seno el instituto de la conformidad, tal como analizaremos en este capítulo I apartado VI epígrafe 3.4.

183 Así, en el II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, celebrado bajo el título de «La reforma del proceso penal», cit., el cuarto bloque temático (III.4) fue «El principio de oportunidad reglada», con cinco ponencias y tres comunicaciones que directamente lo abordaron.

184 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, 5.ª ed., cit., p. 42, señala que «un necesario ejercicio de precisión conceptual comienza por dejar sentado que el principio de oportunidad no es una suerte de *numen* o idea proteica que preside el conjunto de diversas instituciones jurídicas procesales y penales, atinentes al órgano jurisdiccional, al Ministerio Fiscal, a los restantes acusadores, etc., en las que esté presente de algún modo un criterio de oportunidad». Asimismo, véase ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 210, quien apunta el riesgo de dejar dicho concepto vacío de contenido.

operatividad o extensión del mismo. Por último, el objetivo del presente bloque consistirá en dar respuesta a la pregunta relativa a si las infracciones perseguibles a instancia de parte deben considerarse incluidas en el principio de oportunidad.

2. Posiciones doctrinales en torno a sus notas esenciales

2.1. Justificación del principio de oportunidad en el contexto de la grave crisis que afecta a la justicia penal

Con independencia de las diversas posturas existentes en torno a lo que debe o no considerarse principio de oportunidad, cabe constatar una relativa unanimidad al analizar la causa que explica la necesidad de su introducción. En este sentido, todas las exposiciones doctrinales han detectado un mismo problema: el retraso y consiguiente colapso de la Administración de Justicia¹⁸⁵. Los remedios propuestos para paliar tal atasco y agilizar así el proceso penal han sido múltiples¹⁸⁶:

- a. Por un lado, se ha planteado la necesidad de ampliar y mejorar la dotación de recursos materiales y personales destinados al Poder Judicial¹⁸⁷.
- b. Por otro, la apuesta por potenciar el empleo del principio de oportunidad, especialmente en el ámbito de las infracciones leves¹⁸⁸.
- c. Además, se ha barajado la descriminalización de determinadas conductas consideradas poco lesivas.
- d. Transformar en infracciones semipúblicas ciertos tipos penales perseguibles de oficio¹⁸⁹.
- e. La introducción de un procedimiento monitorio en el ámbito penal¹⁹⁰.
- f. Encomendar al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de instrucción¹⁹¹.

185 Véanse, entre otros, GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», Poder Judicial, n.º Especial II: Justicia Penal, pp. 31, 32; RUIZ VADILLO, «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, cit., p. 391.

186 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 80, en feliz expresión, se refiere al deseo de podar juicios.

187 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 194. MORENO CATENA «La justicia penal y su reforma», en *Justicia 1988*, pp. 317, 318, apunta el hecho de que «la Administración de Justicia se encuentra anclada en unos esquemas obsoletos que precisan de actualización».

188 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 194.

189 RUIZ VADILLO, «El principio de oportunidad reglada», cit., pp. 393, 394. Ello a su vez puede afectar a la creación de nuevos procedimientos administrativos simplificados, tal como señala GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., p. 33.

190 GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., pp. 38 y ss.; MORENO CATENA «La justicia penal y su reforma», cit., p. 316.

191 Véase, entre otros, MORENO CATENA «La justicia penal y su reforma», cit., pp. 314, 315; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2004, p. 56.

Por tanto, tal como hemos observado, el principio de oportunidad se ha considerado uno de los mecanismos existentes para intentar poner fin a la crisis de la justicia actual. No debemos, sin embargo, olvidar las voces críticas que se han alzado, cautelosas ante estas razones de mera economía procesal que justifican la introducción del mismo¹⁹².

2.2. Análisis del principio de oportunidad

En este punto, aunque consideramos posibles ambas formas de proceder, hemos optado por el estudio de los componentes del principio de oportunidad, en vez de ofrecer, directamente, una definición del mismo. Para ello, una vez más¹⁹³, se ha seguido, parcialmente, la clasificación efectuada por ARMENTA DEU¹⁹⁴. Así, distinguiremos dos clases de elementos, tomando como referencia los aspectos subjetivo y objetivo. Después, expondremos nuestra concepción.

2.2.1. Aspecto subjetivo

Un análisis de las aportaciones doctrinales efectuadas en torno a la materia permite destacar que todas las tesis posibles han sido defendidas. Expongamos a continuación, pues, las diversas posiciones:

A. Víctima y órganos públicos

En primer lugar, algunos autores han afirmado su aplicabilidad en relación tanto con los sujetos privados como con los públicos, en un entendimiento extenso o amplio del principio. En este sentido, el ámbito subjetivo no supondría límite o freno alguno, pues toda manifestación quedaría incluida en el mismo: del juez, fiscal, y también del ofendido por el delito¹⁹⁵.

B. Órganos públicos

Otros autores, en cambio, lo han entendido referido únicamente a las dos grandes instituciones públicas con cometidos en el sistema de resolución de conflictos estatal, esto es,

192 En este sentido, véase CALVO SÁNCHEZ, «La reforma del proceso penal», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, cit., p. 42. Tal como analizaremos en este capítulo I apartado VI epígrafe 2.2.2 letra C, GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., pp. 36, 37, aduce razones de otra índole para justificar la posible introducción en nuestro sistema del sobreesimiento por razones de oportunidad.

193 Tal como hicimos con el principio de oficialidad en este capítulo I apartado V epígrafe 5.

194 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., pp. 208 y ss., prescindiendo en nuestra exposición de su tercer elemento, el teleológico, por considerarlo de menor importancia. En la teoría de ARMENTA, dicho elemento teleológico alude al enervamiento de las obligaciones que los sujetos a los cuales aplica el principio de oportunidad (fiscal y órgano jurisdiccional) tienen en relación con el principio de legalidad (*ibid.*, p. 208). Sin embargo, la propia ARMENTA DEU, *ibid.*, p. 210, reconoce que el elemento objetivo y el teleológico son prescindibles, siempre que se respete el límite subjetivo señalado.

195 CARRIL PAN, «Soluciones a los problemas actuales de la justicia penal», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), cit., p. 232; ESCANILLA PALLAS, «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, cit., p. 597, considera que ésta sería una manifestación lícita del principio de oportunidad, «aunque de otro tipo».

la Judicatura y el Ministerio Fiscal¹⁹⁶. La argumentación empleada por ARMENTA DEU para justificar tal decisión se basa en entender que el principio de oportunidad debe considerarse opuesto al de legalidad. Y como este último sólo se refiere a los entes públicos, en el caso que nos interesa con funciones en el proceso, la consecuencia resulta ser que el principio de oportunidad se predica exclusivamente del juez y del fiscal¹⁹⁷. Ello es así, continuando con la exposición realizada por el citado sector doctrinal, pues los particulares no se hallan sometidos al principio de legalidad, sino que han de cumplir la misma¹⁹⁸. De la misma forma, se ha barajado la inclusión de la policía judicial como elemento subjetivo del principio de oportunidad¹⁹⁹.

C. Titular de la acción penal

A modo de categoría intermedia, el profesor GIMENO SENDRA ha sostenido que el principio de oportunidad ha de vincularse al titular de la acción penal, abarcando, en consecuencia, tanto al Ministerio Fiscal, como al acusador particular²⁰⁰. Sin embargo, GIMENO parece haber modificado su teoría acerca del principio de oportunidad, pues en un trabajo posterior lo conecta exclusivamente con la acción penal oficial, esto es, con aquella que debe ejercitar el Ministerio Público al amparo del artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁰¹.

196 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 208. Parece sumarse a la opinión de la citada autora, TINOCO PASTRANA, «Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 63, 1997, p. 721. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, 5ª ed., cit., p. 42, se adhiere también a la misma, matizando que «atañe sobre todo al Ministerio Fiscal en el ámbito procesal».

197 Si aplicamos dicho criterio, parece que habríamos de incluir en este grupo al profesor SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 760, quien postulaba que el «principio de legalidad, normalmente atribuido tan sólo al Ministerio Fiscal, debe ser extendido también a los tribunales, verdaderos depositarios de la facultad-deber de castigar».

198 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 185.

199 ASÍ, PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal penal*, t. I, cit., p. 162, señala que «su uso en la práctica no sólo reside en el juez o acusaciones (esencialmente Ministerio Fiscal), sino también, más o menos oficiosamente pero con notable frecuencia, en la policía judicial»; GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., pp. 34, 35. Asimismo, la incluye dentro del principio de legalidad, que según nuestra concepción sería más bien el de oficialidad, POTT, Christine, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreesimio (§ 153 sigs. StGB)» [trad. Elena Iñigo Corroza y Guillermo Benlloch Petit], (ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y ed. Española Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 85; CAMPO MORENO, *Prólogo*, en DE DIEGO DÍEZ, *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 18, se refiere a los «órganos encargados de la persecución penal (Ministerio Fiscal o Policía)».

200 GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., p. 34, señala que el principio de oportunidad consiste en «la facultad, que al titular de la acción asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado». Sin embargo, no realiza mención expresa del actor popular, posible titular, asimismo, de la acción penal. En este sentido, AUGER LIÑAN, «El principio de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, cit., pp. 284, 285, señala —de modo amplio, aludiendo a la situación existente en diversos ordenamientos— cómo el principio de oportunidad reglada se refiere «únicamente al ejercicio de la acción penal a disposición de sus titulares, la Policía, el Ministerio Fiscal, los perjudicados, y los demás ciudadanos».

201 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 187, 188. En este caso, el profesor GIMENO ha optado por no definir el principio de oportunidad.

D. Ministerio Fiscal

Por último, la concepción más estricta aboga por incluir como sujeto del principio de oportunidad exclusivamente a la Fiscalía²⁰², siendo éste el órgano público encargado de velar por la ley y por la acusación pública cuando sea procedente.

2.2.2. Aspecto objetivo

En una concepción no técnica, la oportunidad se asemeja a la conveniencia o pertinencia²⁰³. Este sentido perdura, asimismo, al emplear el término en el terreno jurídico-procesal^{204 205}. Además, se puede afirmar que el elemento objetivo resultará, de la misma forma, consecuencia de la nota subjetiva, al condicionar esta última en gran medida el campo de actuación de la perspectiva objetiva²⁰⁶. Así, podemos distinguir los siguientes supuestos:

A. Víctima y órganos públicos

Un entendimiento amplio del principio de oportunidad conlleva incluir sujetos privados y órganos públicos en su seno. Consecuentemente, respecto de los primeros, la vertiente objetiva de la presente delimitación subjetiva irá ligada al sometimiento del proceso a su

202 Actualmente, ésta es la opinión sostenida por GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 187, 188. Véase, asimismo, RUIZ VADILLO, «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», en Poder Judicial, n.º 7, 2.ª época, septiembre 1987, p. 32; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El principio de oportunidad», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), cit., pp. 52, 58.

203 Así, en el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 22.ª ed., Real Academia Española, Madrid, 2001; o, en el *Gran Diccionario de la Lengua Española*, Larousse, Barcelona, 1996.

204 En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES y GUASCH FERNÁNDEZ, «El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional», en Poder Judicial, n.º 54, pp. 379, 380.

205 En nuestra opinión, tal como lo concebimos, se trata de un principio aplicable al ámbito procesal. Sin embargo, y pese a que la mayoría de la literatura especializada haya relacionado el principio de oportunidad con el proceso, PEDRAZ PENALVA, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, cit., p. 355, o del mismo autor, *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, cit., p. 174, ha dado noticia del debate existente en torno a si nos encontramos ante un principio perteneciente al derecho sustantivo o al adjetivo. Existen, por tanto, definiciones que parecen extender su ámbito de actuación al derecho material, como la de BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en Poder Judicial, n.º Especial II, p. 14, quien en relación con el principio de oportunidad considera que «no debe entenderse exclusivamente una renuncia bajo ciertas condiciones a la acción penal por parte del Fiscal, sino, más bien, un tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo». En cualquier caso, recordando una vez más las palabras del profesor RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 82, la «ubicación de una norma no determina su naturaleza». Por tanto, y pese a que dentro de una norma material podamos encontrar manifestaciones del principio de oportunidad, ello no significa que la institución ostente necesariamente tal carácter. Así, BERZOSA FRANCO, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), cit., p. 19 n. 14; MIRANDA ESTRAMPES y GUASCH FERNÁNDEZ, «El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional», cit., p. 380; GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., pp. 133, 134, señala como ejemplos del mencionado principio el artículo 171.3 del Código Penal.

206 En idéntico sentido, véase ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 208, que considera al elemento subjetivo consustancial al principio de oportunidad o esencia del mismo.

voluntad, tanto en su inicio, como, en algunos casos, en la finalización del mismo; mientras que, para los segundos, significará el no cumplimiento de sus obligaciones principales, tal como veremos en el apartado siguiente.

B. Órganos públicos

ARMENTA DEU circunscribe la perspectiva objetiva al contenido de las obligaciones que cada órgano público tiene en el proceso. Concretamente, en relación con el Ministerio Fiscal, se trataría de no cumplir con su deber de investigación en todo hecho aparentemente delictivo y, sobre todo, de no ejercitar la acción penal. En cuanto al órgano jurisdiccional, supondría que éste dejara de velar por el desarrollo del proceso penal a tenor de la legalidad vigente²⁰⁷.

C. Titular de la acción penal

En su primera concepción, GIMENO SENDRA ceñía el principio de oportunidad al titular, público o privado, de la acción penal. Así, definía dicho principio como «la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»²⁰⁸. Al respecto, GIMENO SENDRA distinguía dos tipos de manifestaciones del principio de oportunidad en función de la naturaleza pública o privada de quien disponga, pues las «condiciones» variarán, si nos hallamos ante el Ministerio Público o ante la víctima del hecho delictivo:

- a) Incoación del proceso
 - b) Extinción o suspensión de la instrucción
- a. Con respecto a la primera, hemos de resaltar que la conceptualización de GIMENO parece referirse, sin fisuras, a la inclusión de las infracciones perseguibles a instancia de parte en este apartado²⁰⁹, e, incluso, ya como propuesta *de lege ferenda*, a la «ampliación de los delitos *semipúblicos* a una buena parte de las *faltas*»²¹⁰. Sin embargo, e independientemente de disentir en relación con la inclusión de la citada posibilidad como manifestación de oportunidad²¹¹, consideramos que no queda suficientemente claro si el autor está aludiendo con la última expresión apuntada a que determinadas

207 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 208.

208 GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., p. 34.

209 Ello justifica que el acusador popular, pese a ser titular de la acción penal, quede excluido como sujeto del principio de oportunidad.

210 Véase, así, GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., pp. 35, 48 [Cursivas en el original].

211 Asimismo, se muestran críticas GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, cit., p. 713 n. 11. Contrario a la inclusión de los supuestos de perseguibilidad a instancia de parte en el principio de oportunidad, cabe destacar a ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 128, 130.

faltas públicas se conviertan en semipúblicas o a que ciertas faltas perseguibles de oficio pasen a ser delitos semipúblicos²¹².

- b. El principio de oportunidad y la extinción o suspensión de la instrucción, como segundo apartado, significa poner fin al proceso en supuestos en los cuales existiría material suficiente para continuar el juicio contra una determinada persona. Ello podría ocurrir, en opinión de GIMENO SENDRA, bien a través de la institución de la conformidad, ya existente en nuestro ordenamiento, aunque para un momento procesal posterior, bien, en novedosa propuesta dentro de la doctrina española, a través del sobreseimiento por razones de oportunidad dentro de la propia fase de instrucción²¹³. Los motivos que justificarían un sobreseimiento por razones de oportunidad según GIMENO, además del de economía, serían los siguientes²¹⁴: a) Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; b) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; y, c) Estimular la pronta reparación del daño.

D. Ministerio Fiscal

Esta concepción estricta o limitada del principio de oportunidad relaciona únicamente el ámbito operativo del mismo con el órgano público de acusación, es decir, con la Fiscalía. Por ello, este principio significará que los funcionarios del Ministerio Fiscal no cumplan con sus deberes, en concreto, con «la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes» *ex* artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La interpretación del citado precepto, que recoge el principio de oficialidad, no ha resultado pacífica, pues, para un sector doctrinal, de la propia letra del mismo se desprende la vigencia del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento. Esta interpretación se basa en el término «procedente», que permitiría la no persecución de ciertos hechos, tomando como base un criterio de conveniencia o utilidad²¹⁵.

Últimamente, el profesor GIMENO SENDRA distingue dos manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal:

212 GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 713, parecen decantarse por la segunda de las opciones expuestas. Nuestra opinión, sin embargo, se inclina más por considerar dicha expresión en el primer sentido, pues resulta menor el salto implícito en el hecho de modificar la perseguibilidad de una falta penal que su transformación en delito (perseguible a instancia de parte). Además, debemos tener en cuenta la cursiva del texto original, la cual permite pensar que GIMENO relaciona la categoría de «semipúblicos» con la palabra «faltas».

213 GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», cit., pp. 35, 36 y 48. En opinión de GIMENO SENDRA, *ibid.*, p. 37, la instrucción se convierte en el momento adecuado, al evitarse así la espera hasta la «tardía ubicación procedimental» de la conformidad. Se muestran, asimismo, partidarias de introducir en fase de investigación la solicitud de sobreseimiento por razones de oportunidad, GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 719.

214 GIMENO SENDRA, *ibid.*, pp. 36, 37.

215 Parece conceder cierto margen, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial VI, p. 29. En contra, RUIZ VADILLO, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 405, quien señala cómo «la procedencia la fija la Ley, no el criterio de oportunidad del Ministerio Fiscal».

- a) El inejercicio de la acción ante delitos semipúblicos y privados.
- b) El abandono de la acción por motivos de oportunidad.
- a. Destaca, en especial, el cambio de perspectiva que ha experimentado la orientación inicial de GIMENO, quien aprovecha un mismo supuesto –las infracciones perseguibles a instancia de parte– para cambiar el sujeto de la presente manifestación del principio de oportunidad.

Así, si en su primera época admitía que el acusador particular o el privado pudiera ser incluido dentro de los sujetos del principio de oportunidad, ahora, al considerar al Ministerio Público único elemento subjetivo del mismo, deviene necesario modificar su concepción inicial²¹⁶. Ello lo consigue tomando como base la letra del propio artículo 105 de la norma procesal penal, al entender que las infracciones privadas y semipúblicas limitan o condicionan el deber de acusación de la Fiscalía, y no, como había sostenido en su primera etapa, por considerar que el titular de la acción penal, en referencia a la víctima, dispone en estos casos del ejercicio de la acción penal. Por ello, lo relevante sería la consecuencia que esa disposición del acusador particular o del privado acarrea para con la obligación del Fiscal señalada.

- b. En concreto, el citado sector doctrinal justifica el quiebro del principio de oficialidad en el artículo 124 de la Constitución, pues el Ministerio Fiscal actúa como promotor de la acción penal en defensa de la legalidad, pero también (en defensa) de los derechos de los ciudadanos y del interés público. Así se posibilitaría que en aquellos casos en que unos hechos revistieran apariencia de delito y, por tanto, la Fiscalía hubiera de ejercitar la acción penal *ex* artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ello no ocurriera por existir legítimos motivos de oportunidad.

Esta limitación se justifica atendiendo, asimismo, a la letra del citado artículo 105 de la norma procesal penal, donde se señala que la obligación de los funcionarios del Ministerio Público se extiende al ejercicio de «todas las acciones penales que consideren procedentes». GIMENO SENDRA entiende que no resulta «procedente» ejercitar la acción, por defender precisamente esos otros intereses previstos en el artículo 124 de la Norma Fundamental, si dicho ejercicio puede conculcar derechos del imputado (por ejemplo, lograr su resocialización) o de la víctima (por ejemplo, obtener su pronta reparación)²¹⁷. La consecuencia que extrae GIMENO es que en estos casos el Ministerio

216 Véase, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 188, 189.

217 De las palabras del profesor DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., pp. 43, 44, se desprende la consecuencia contraria, al defender que «sólo un fortísimo voluntarismo puede negar que cuando la Constitución dispone en su art. 124.2 que el Ministerio Fiscal ejerza sus funciones con sujeción al principio de legalidad está imperando, sin lugar a dudas, que el Ministerio Fiscal impulse el proceso penal y acuse siempre que se encuentre ante un hecho con apariencia delictiva y que ajuste estrictamente su acusación –configuración del hecho imputado, calificación jurídica y solicitud de pena– a los parámetros legales. Como ya señalábamos con anterioridad, según GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, vol. I, cit., p. 528, «la discrecionalidad excluida por el principio de legalidad no tiene nada que ver con los criterios de valoración en hecho y en derecho de que ha de usar el Ministerio Fiscal para considerar el ejercicio de la acción como «procedente»»; ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», cit., p. 44.

Fiscal podría manifestar su acuerdo a una conformidad, instar el sobreseimiento o retirar una acusación²¹⁸.

3. Postura personal

En nuestra opinión, resulta más exacto abogar por una concepción estricta del principio de oportunidad. Esto es así, básicamente, por dos razones. En primer lugar, por considerar que este principio –así como el de oficialidad– ha de relacionarse exclusivamente con la acción, es decir, con las partes y no con la jurisdicción. Y en segundo lugar, no podemos prescindir de un ulterior límite, al entender que esta máxima no es extensible a todo titular de la acción sino que sólo se refiere a aquel órgano público encargado de la acusación oficial, es decir, al Ministerio Fiscal, en coherencia, asimismo, con lo sostenido para el principio de oficialidad. El principio de oportunidad constituye el «reverso» del de oficialidad, y conlleva este último una nota de obligatoriedad que excluye una posible aplicación del mismo a todos los actores penales.

Por ello, sostenemos que el principio de oportunidad, vinculado a la acción, se halla relacionado con la posibilidad de no persecución por parte del Ministerio Fiscal de ciertos hechos aparentemente constitutivos de una infracción penal, sea mediante la no incoación del proceso penal por parte del Ministerio Público, sea con la petición de finalización anticipada del procedimiento ya iniciado. Así, teniendo en cuenta nuestro entendimiento limitado del mismo, consideramos que el principio de oportunidad resulta una excepción, no contemplada directamente por el propio artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que el término «procedentes» alude a aquellos hechos que presenten caracteres de infracción penal.

Lo anterior nos lleva a sostener que la justificación del principio de oportunidad en nuestro sistema no la encontramos en una cláusula general que lo autorice, sino en manifestaciones concretas que permitan en ciertos supuestos la cesación de la acusación oficial. Así, existen dentro del principio de oportunidad dos grandes bloques, todo ello sin tener en cuenta el encaje que, en su caso, dichos hechos podrían tener en el Código Penal:

- a. La falta de incoación (en sentido amplio) del proceso penal: En este caso, las manifestaciones del principio de oportunidad se hallan en la legislación material, aunque estas normas concretas son de carácter procesal. Como botón de muestra, podemos destacar el artículo 171.3 del Código Penal: «Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. (...)»; y el artículo 191.1 de la norma penal, cuando para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales se prevé la posibilidad

218 Sin embargo, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 189, señala que el Ministerio Público, en referencia al procedimiento abreviado, no podría archivar «una denuncia por razones de oportunidad, ante él impuesta, y ello, por prohibirlo expresamente el art. 773.2 que, como única causa de archivo, tan sólo contempla la falta de tipicidad del hecho».

de que la Fiscalía, «que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia», así lo haga mediante querrela.

- b. La conclusión del proceso penal: Estaríamos aquí refiriéndonos, sobre todo, a los supuestos de conformidad negociada, que, según las concepciones, podrían ser considerados como ejemplo de categoría incluida en el principio de oportunidad o también, como algo distinto, dentro del principio de consenso, tal como analizaremos²¹⁹.

3.1. El principio de oportunidad y la criminalidad de bagatela

La literatura especializada es pacífica al vincular en un plano teórico el principio de oportunidad con las infracciones «bagatela»²²⁰. No obstante lo anterior, se ha destacado cómo en el foro el principio de oportunidad se aplica no sólo a estos supuestos de criminalidad menor. Además, el principio de oportunidad, esto es, la falta de acusación por parte del Fiscal ante unos hechos con fisonomía delictiva, que debería ser considerada excepción dentro del sistema procesal actual, se convierte en norma, debido a la hipertrofia experimentada por el vigente derecho punitivo. Así, la técnica de incrementar el número de ilícitos penales y la consiguiente utilización del ámbito criminal como si de un escaparate comercial se tratara²²¹, se torna en algo relativamente sencillo, máxime cuando el principio de oportunidad permite no tener que continuar ni, en su caso, castigar todos los supuestos con aparente cabida en el Código Penal²²². Se puede destacar, por tanto, que el principio de oportunidad no es una cuestión de mera técnica jurídica, sino que atañe asimismo a una perspectiva de política procesal²²³.

219 Concretamente, en este capítulo I apartado VI epígrafe 3.4. Para un análisis de las peculiaridades existentes en el ámbito de la justicia penal de menores, véase el trabajo de GONZÁLEZ CANO, «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores», en *Tribunales de Justicia* 7/2000, pp. 827-844.

220 Sin embargo, resulta ciertamente paradójico observar que no ha existido gran esfuerzo doctrinal por definir lo que se entiende por «bagatela». En este sentido, véase MENA ALVÁREZ, «El principio de inoportunidad», en *Jueces para la Democracia*, n.º 8, 1989, p. 12.

221 Conocida como «función simbólica» del Derecho penal.

222 En este sentido, véase POTT, Christine, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreesimio (§ 153 sigs. StGB)», cit., pp. 79-100. Si bien POTT se refiere a la dicotomía principio de legalidad/principio de oportunidad, e incluye dentro de este último a todos los órganos públicos con atribuciones en el campo procesal penal, su planteamiento nos sigue resultando válido.

223 CACHÓN CADENAS, «Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, n.º 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 41, 42; PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal penal*, t. I, cit., p. 162. En esta línea, se ha relacionado el principio de oportunidad con la política criminal aplicable al proceso: BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», cit., p. 27. E incluso algunos han entendido que nos hallamos en estos supuestos ante el principio de intervención mínima aplicable al ámbito procesal. Así, DELGADO BARRIO, «El principio de oportunidad en el proceso penal», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, cit., pp. 313, 314, considera el principio de oportunidad «manifestación en un momento posterior de lo que en un momento anterior es el principio de intervención mínima» [Este artículo se encuentra también publicado en *Actualidad Penal* 1990.1, Marginal XV, pp. 147-151]. En cambio, SANTANA VEGA,

3.2. Coincidencia parcial del principio dispositivo con el principio de oportunidad

Además, somos del parecer de que detrás de esta denominación de principio de oportunidad encontramos un intento, consciente o inconsciente, de evitar el empleo de la expresión principio dispositivo. Ello puede explicarse atendiendo a que esta última tradicionalmente se ha considerado ligada al proceso civil –así, véase el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– y ajena al enjuiciamiento penal donde impera el interés público²²⁴. En consecuencia, al objeto de soslayar la afirmación de que el principio dispositivo está vigente en el orden penal se ha recurrido al denominado principio de oportunidad, como si se tratara de algo distinto.

El contenido del principio de oportunidad –con independencia de la denominación– en la concepción estricta ya expuesta acarrea claramente una disposición de la acción penal oficial en casos en que esos hechos enjuiciados revisten apariencia delictiva²²⁵. Por tanto, dentro del principio dispositivo, donde no se realiza distinción alguna entre los titulares de la acción penal, el principio de oportunidad resulta una modalidad o especialidad pues sólo se aplica para con el titular de la acción oficial.

Lo anterior nos lleva a postular que las infracciones perseguibles a instancia de parte, como regla general²²⁶, quedan incluidas dentro del principio dispositivo, pero no

«Principio de oportunidad y sistema penal», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, p. 112, critica tal posicionamiento en relación con el principio de oportunidad, al considerar que «se trataría con esta técnica de instaurar un principio de intervención mínima pero no en su correcto entendimiento y enclave sustantivo sino en un extraño ámbito procesal que le es ajeno. En consecuencia, la descriminalización de las conductas no se produciría por la deslegalización de las mismas, sino por la progresiva o intermitente inaplicación de determinados preceptos a través de la inactividad del órgano encargado de la persecución penal». En este sentido, ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., pp. 231, 232, señala cómo un «determinado sector de la doctrina continental –partidario de la eficacia de una actuación convergente del derecho procesal y penal– considera beneficioso el uso del principio de oportunidad como complemento –desde la perspectiva político-criminal– de una tendencia de derecho penal hacia la mínima intervención, que en el caso de la pequeña y mediana criminalidad, se justifica además por la descarga que ello supondría en la administración de justicia».

224 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 83, entre los criterios de organización de la tutela procesal se refiere a la disponibilidad/indisponibilidad. En este sentido, señala cómo «el principio más característico que unánimemente se atribuye al juicio civil es el dispositivo. Con él se alude, una vez más, a la posición de la parte en relación con el objeto del juicio y se señala su señorío sobre el mismo. El litigante es el *dominus litis* y en este aspecto el principio alcanza su máxima expresión cuando dispone del juicio mismo (desistimiento) o del objeto litigioso (renuncia, allanamiento, transacción)». El profesor RAMOS continúa su exposición añadiendo que el «juicio penal, en cambio, se suele caracterizar por la indisponibilidad. Aquí es una vez más el objeto el que condiciona la disponibilidad o indisponibilidad. Por hipótesis, las normas penales no contienen supuestos de hechos negociales. Vedan conductas extremas que aparecen como prohibidas. Cualquier tipo de negociación sobre lo prohibido amenazaría con destruir los principios del sistema penal».

225 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., p. 42, pone de relieve cómo el principio de oportunidad «supone distintas manifestaciones de disponibilidad sobre el objeto del proceso, sobre su tratamiento procesal e incluso sobre el proceso mismo, en un estadio más o menos avanzado de su tramitación».

226 Sin embargo, a lo largo del trabajo analizaremos el sentido de la actuación del Ministerio Fiscal en ciertos supuestos que sí resultan manifestación del principio de oportunidad.

así, en sentido estricto, en el de oportunidad. La referencia a las infracciones no perseguibles de oficio mediante expresiones como «criterios de oportunidad» o «razones de oportunidad», aunque en esencia resultan correctas, en la práctica pueden servir para distorsionar el hecho de que no nos hallamos ante manifestaciones del principio de oportunidad.

3.3. Relación existente entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad

Por otro lado, tradicionalmente el principio de oportunidad se ha concebido como excepción del de legalidad²²⁷. En este sentido, dicha mención a la legalidad podría entenderse de dos maneras diferentes: referida al principio mismo de legalidad, o como un apartado del principio de oficialidad. Bajo nuestro punto de vista, cuando se contraponen legalidad y oportunidad, se está aludiendo a la legalidad como apartado del principio de oficialidad. Sin embargo, lo anterior no resulta predicable de toda modalidad de oportunidad, a saber, de la reglada y de la libre.

Así, en nuestro país, la oportunidad permitida es aquella que contempla la no persecución por parte del Ministerio Fiscal de ciertos hechos posiblemente constitutivos de delito al establecerlo una disposición normativa. De ahí que se conozca como oportunidad reglada²²⁸, normada o condicionada. En este caso, claramente nos encontramos ante una excepción del principio de oficialidad, pero en cuanto al elemento relativo a la acusación coactiva u obligatoria y no, en cambio, en un caso de falta de previsión legal²²⁹. Por el contrario, la oportunidad libre o pura significa una ausencia normativa que autorice tal quiebra del

227 Véase, así, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1984, p. 97, pero entendiendo el principio de legalidad tal como nosotros concebimos el principio de oficialidad, ya que «el órgano de la acusación *está obligado* a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley» [Cursivas en el original]. En la doctrina actual resultan de interés las observaciones que, al respecto, realizan MIRANDA ESTRAMPES y GUASCH FERNÁNDEZ, «El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional», cit., p. 382; y, BERZOSA FRANCO, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», cit., p. 17.

228 En contra de la expresión «oportunidad reglada», se han posicionado, entre otros, ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 211; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.^a ed., cit., p. 43, considera que «la expresión es errónea, porque no es la oportunidad, en sí misma, la que se somete a una regla: el juicio de oportunidad siempre consiste en decidir lo que se considera oportuno, aunque no coincida con lo que, en principio, señala la norma legal. Lo que se regula es, pues, bien un círculo o ámbito objetivo dentro del cual cabe que se formulen y sean eficaces los juicios de oportunidad –por ejemplo: cuando se trate de hechos de apariencia delictiva para los que esté prevista, en principio, pena que no supere un año de privación de libertad–, bien unos requisitos o presupuestos diferentes, como que el perjudicado por el delito sea satisfactoriamente indemnizado de los daños y perjuicios causados por la conducta delictiva o que los responsables del delito no sean reincidentes, etc.»; BERZOSA FRANCO, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», cit., p. 17; RUIZ VADILLO, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 391, señala que no acaba de comprender dicha expresión.

229 En sentido parecido, DELGADO BARRIO, «El principio de oportunidad en el proceso penal», cit., p. 314, se refiere al «principio de selección reglada».

principio de oficialidad y, por tanto, aquí estaríamos ante una excepción del principio de oficialidad en cuanto al criterio de la legalidad²³⁰.

Ambas modalidades, la reglada y la libre, excepcionan, por tanto, cada uno de los dos criterios de ejercicio de la acción penal, esto es, respectivamente, la obligatoriedad y la legalidad. En el sistema procesal español, dado que la oportunidad libre no tiene cabida, debemos sostener, que, en sentido riguroso, la dicotomía habría de plantearse de la siguiente manera: principio de obligatoriedad de la acción penal (oficial) *versus* principio de oportunidad²³¹. Ello significará, asimismo, descartar la afirmación de que oportunidad y legalidad son, en todo caso, conceptos contrarios²³².

3.4. Conformidad y principio de oportunidad: Concepciones doctrinales

En las reflexiones hasta ahora efectuadas, hemos vinculado el principio de oportunidad con el momento inicial o final del proceso penal. Sin embargo, y en relación con la conclusión del mismo, se ha planteado si cabría incluir en su seno la institución de la conformidad. Partiendo del examen de la literatura procesal, podemos destacar que mientras un sector afirma que la conformidad es la manifestación más genuina del principio de oportunidad²³³, otros autores se muestran críticos con tal entendimiento por considerar que nos hallamos ante algo distinto²³⁴, que para algunos tiene cabida en el denominado «principio

230 Es lo que se ha denominado, asimismo, «oportunidad subrepticia». En este sentido, VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial II: Justicia Penal, p. 109; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», cit., p. 32. DE LA OLIVA SANTOS, «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en Tribunales de Justicia 1/1997, p. 17, denuncia la presión existente para que el Ministerio Fiscal preste conformidad en supuestos en que «la propuesta no responde, en cuanto a la calificación y a la pena, al canon legal».

231 Así, PEDRAZ PENALVA, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», cit., p. 354 n. 10, señala cómo «en Portugal, desde la aceptación de la oportunidad reglada o de la legalidad atenuada, se habla por algunos de la sustitución de la dicotomía oportunidad-legalidad por otros términos. De este modo se habla de oportunidad-obligatoriedad de la acusación». Véase, asimismo, VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», cit., p. 108.

232 En este sentido, GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 711. Asimismo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», cit., p. 35, sostiene que la «oportunidad reglada, como una excepción más que es *del* principio de obligatoriedad de la acusación, no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación». [En el texto original se lee lo siguiente: «oportunidad reglada, como una excepción más que es *el* principio de obligatoriedad de la acusación (...)». En nuestra opinión se trata, una vez leído el citado trabajo, de un mero error de transcripción. Así, compárese las líneas reproducidas, con la idea reflejada dentro de la misma ponencia, p. 23] [Cursivas añadidas].

233 BERZOSA FRANCOS, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», cit., p. 19.

234 VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», cit., p. 108; ESCANILLA PALLAS, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 597, considera la institución de la conformidad manifestación lícita del principio de oportunidad, «aunque de otro tipo», sin concretar el sentido de dicha expresión.

de consenso»²³⁵. Concretamente, las posiciones doctrinales habidas sobre la materia podrían ser resumidas de la siguiente forma:

3.4.1. La conformidad como manifestación del principio de oportunidad

Para los autores que consideran que la conformidad forma parte del principio de oportunidad el dato clave será el subrayar cómo la finalización del proceso sucede sin la consecuencia que, según la letra del Código Penal, parece que correspondería. Específicamente, en la conformidad la conclusión se producirá tras el acuerdo entre la acusación y la defensa^{236 237}. Por ello, daría igual que el proceso penal acabara sin sanción o con una inferior a la que en teoría correspondería tras haberlo sustanciado, pues ambos supuestos entrarían dentro del principio de oportunidad.

3.4.2. La conformidad como institución ajena al principio de oportunidad. La posibilidad de considerarla incluida en el principio de consenso

En esta ocasión, por un lado, encontramos el principio de oportunidad; y, por otro, como institución distinta de la anterior, el principio de consenso. Para los detractores de un entendimiento de la conformidad como institución perteneciente al ámbito del principio de oportunidad²³⁸, el aspecto relevante de esta última máxima sería el subrayar cómo la conclusión del proceso se ha producido sin, en su caso, imposición de sanción, debido a que por otras razones se ha estimado preferible acabar con el procedimiento. No resulta, en este

235 PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, pp. 8, 9.

236 Al efectuar la referencia a si los diversos supuestos de conformidad tienen o no cabida dentro del principio de oportunidad, partimos de que, salvo en el juicio rápido por delito, el acuerdo podría darse en relación con lo solicitado por el fiscal, o por cualquiera de los acusadores. En cambio, el artículo 801.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a primera vista parece más restrictivo, pues, para poder aplicar esta conformidad «premiada», exige, sin matices, que no se hubiera constituido acusación particular. Sin embargo, en el propio artículo 801, encontramos referencia al supuesto de que en la causa exista acusación particular. Así, el artículo 801.5 de la norma procesal penal establece para dichos supuestos que «el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores». Siguiendo al profesor CACHÓN CADENAS, consideramos que la antinomia existente entre ambas previsiones ha de ser resuelta dando preferencia al art. 801.5, lo que significará que, también en estos casos, se producirá la reducción de un tercio. En este sentido, véase el exhaustivo estudio que sobre la materia realiza CACHÓN CADENAS, «Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal», cit., pp. 60-65.

237 Además de la ya citada, defienden esta concepción GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», cit., p. 719; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 222; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 189, dentro de los motivos de oportunidad incluye la conformidad, instar un sobreseimiento o retirar una acusación; CALVO SÁNCHEZ, «La reforma del proceso penal», cit., p. 12; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., p. 44, se refiere al «principio de consenso» como modalidad del de oportunidad.

238 VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», cit., p. 108, entiende como algo diferente, aunque estrechamente relacionada con el principio de oportunidad (...) la posibilidad de que el Ministerio Fiscal llegue a acuerdos con el imputado y su defensor, obteniendo así una conformidad negociada.

sentido, imprescindible la existencia de avenencia entre las partes²³⁹, pues lo importante será el no inicio o la conclusión del procedimiento sin responsabilidad penal, pese a que de los hechos pudiera considerarse que tenían cabida en algún tipo penal.

Entre los autores que extraen la conformidad del principio de oportunidad encontramos un sector que la incluye dentro del denominado principio de consenso²⁴⁰. La nota característica de este último es el acuerdo entre las partes. O dicho de otra forma, y destacando el supuesto más importante contenido en el mismo, el proceso termina con una sentencia de conformidad^{241 242}, que supone la imposición de una sanción, si bien menor que la, en su caso y a modo de hipótesis, procedente. Ello se justifica por la existencia de consenso en cuanto a la misma.

Concretamente, la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que analiza cuestiones relacionadas con la introducción del procedimiento abreviado, contiene un apartado denominado «La introducción del principio de «consenso»»²⁴³. En él se señala que «en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras las primeras deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto; la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida

239 *De lege ferenda*, el acuerdo entre las partes puede ser un factor a tener en cuenta, como en el supuesto propuesto por GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 57, en que el compromiso del imputado para resarcir los daños y perjuicios a la víctima (y su efectivo abono) podría determinar la exclusión de responsabilidad penal por medio del sobreseimiento por razones de oportunidad.

240 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 214, se limita –sin incluirla, posteriormente, dentro del principio de consenso– a señalar que la conformidad no se aviene «con un concepto estricto del principio de oportunidad, sobre todo, en cuanto el elemento subjetivo que se extiende a las partes acusadoras privadas y al propio acusado». Véase, *infra*, nuestra discrepancia al respecto.

241 Así, señala la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que el «consenso se introduce, además de en la petición de enjuiciamiento inmediato prevista en el artículo 789.5. Quinta (...), en las diversas posibilidades que para el trámite de la conformidad del reo abre el nuevo procedimiento».

242 Consideramos que no es éste el lugar adecuado para estudiar con detalle el instituto de la conformidad. Sobre el particular, pueden, entre otros, consultarse los trabajos siguientes: LORCA NAVARRETE, «La apertura a la conformidad», en *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, pp. 135, 136; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, cit.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996; DE DIEGO DíEZ, *Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad»*, Colex, Madrid, 1998; DE DIEGO DíEZ, *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998; RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997. Véanse, con relación a la conformidad en el seno del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la investigación de CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ, «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos» (I) y (II), en Revista «La Ley», 8 y 9 de julio de 2003; y, el trabajo de CACHÓN CADENAS, «Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal», cit.

243 Dentro del epígrafe III. La intervención del ministerio fiscal en el procedimiento abreviado, apartado C.

de su autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quien por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, está revelando ya una actitud resocializadora».

3.4.3. Valoración crítica

Resulta innegable que nos encontramos ante un problema de graduación, pues en las dos concepciones doctrinales examinadas se produce la conclusión –acelerada o anticipada– del procedimiento, pese a existir una sospecha fundada de poderse haber cometido un delito. Ahora bien, en la primera construcción expuesta el dato principal será el del no inicio o fin del proceso (con o sin acuerdo). Todo ello formará parte del principio de oportunidad. La segunda teoría, en cambio, diferencia entre no iniciar o dar por terminado el proceso sin imposición de sanción penal alguna (principio de oportunidad), y la conclusión del mismo mediante una responsabilidad criminal mitigada para con los hechos en su caso cometidos debido a la concurrencia de acuerdo entre acusación y defensa (principio de consenso). En nuestra opinión, ambas concepciones doctrinales son defendibles y admisibles, y las dos, con sus matices, suponen una aplicación del principio dispositivo.

4. Apunte final

Por un lado, podemos destacar que tanto en España como en el Estado tomado como referencia por parte de nuestra doctrina científica a la hora de estudiar el tema, es decir, en Alemania, existen posiciones contrapuestas en torno a la bondad del principio de oportunidad²⁴⁴. Por el otro, de la exposición realizada cabe extraer la siguiente consecuencia: las infracciones perseguibles a instancia de parte, si bien, como norma general, no tienen cabida en el principio de oportunidad, quedan incluidas –junto con la anterior máxima– en la categoría más amplia del principio dispositivo.

244 En Alemania, como botón de muestra cabe citar las posiciones críticas defendidas por SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimentalismo penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania», Madrid, 1991, pp. 49-58; POTT, Christine, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreesimio (§ 153 sigs. StGB)», cit., pp. 79-100, en contra de los peligros del principio de oportunidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE: EXPOSICIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS PENALES

En el presente capítulo efectuaremos un estudio de los tipos penales que mantienen en la actualidad un régimen de perseguibilidad diverso del de oficio. Ello deviene necesario para determinar el alcance de las normas procesales que regulan las infracciones perseguibles a instancia de parte. En la exposición de los concretos tipos penales con características procesales propias se ha respetado el orden de su regulación a lo largo de los libros II y III del Código Penal de 1995.

I. EL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA

El artículo 161.2 del Código Penal²⁴⁵ dispone lo siguiente: «Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

Por su parte, el artículo 161.1 de la norma penal reza así: «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años». La infracción penal grave de reproducción asistida no consentida se incluye en la rúbrica de los «Delitos relativos a la manipulación genética» (título V del libro II del Código Penal), siendo el único de dichos preceptos respecto del que se prevé la perseguibilidad a instancia de parte. Desde el punto de vista de su evolución histórica, cabe destacar que el conjunto de los denominados delitos relativos a la manipulación genética se incluyen por primera vez en nuestra codificación penal en virtud del texto punitivo

²⁴⁵ Hasta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el precepto del Código Penal de 1995 que recogía el tipo de reproducción asistida no consentida –con idéntico contenido que el vigente artículo 161– era el 162.

de 1995. En concreto, el antecedente penal del actual artículo 161 se sitúa en el proyecto de Código Penal de 1992 donde se incluía una figura de práctica de inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer²⁴⁶. Sin embargo, dicho tipo fue objeto de la oportuna mejora en la norma penal finalmente aprobada en 1995; y es que en el antecedente legislativo referido no se tipificaban conductas de reproducción asistida no consentida distintas a la mencionada inseminación artificial, lo cual constituía un evidente defecto técnico. Además, debe destacarse que cuando se llevó a cabo la tipificación de la reproducción asistida no consentida por el legislador español en 1995 apenas existían antecedentes en derecho comparado²⁴⁷. Actualmente, en cambio, países como Francia y Alemania cuentan con figuras análogas en sus ordenamientos jurídicos.

A la hora de analizar el precepto desde la óptica de su perseguibilidad particular relevancia ostenta la concreción del bien jurídico protegido. En este sentido, resulta evidente la cercanía de la figura analizada con el delito de coacciones, siendo, no obstante, mayor el contenido de injusto de la disposición contenida en el artículo 161.1 del Código Penal. En esta última no se afecta genéricamente a la libertad de voluntad sino específicamente a la libertad procreativa, que, como destaca ROMEO CASABONA²⁴⁸, se erige en el bien jurídico protegido. Ello implica que, contrariamente a lo que ha afirmado algún autor²⁴⁹, nos encontremos ante un bien jurídico individual, observación absolutamente coherente con la previsión de la condición de procedibilidad y con la atipicidad de la conducta de mediar el oportuno consentimiento por parte de la mujer²⁵⁰.

En esta línea, resulta difícilmente sostenible la posición de DE LA CUESTA AGUADO, quien considera que el bien jurídico de este delito se encontraría integrado por «la no ins-

246 Véanse BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», en *Genética y Derecho Penal* (ed. Romeo Casabona), Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Granada, 2001, p. 172; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 326; GRACIA MARTÍN y ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 148 y ss.

247 ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 322, cita el Código Penal portugués ex artículo 214 y el Código Penal colombiano.

248 Véase ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 323. Por su parte, ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Granada, 2006, p. 383, apunta, asimismo, que «el bien jurídico protegido en este delito es la libertad de procreación de la mujer, como máximo exponente del libre desarrollo de su personalidad (...). Se trata pues de un bien jurídico tradicional, que ahora puede verse afectado con nuevas conductas posibles gracias a los avances de la medicina reproductiva, pero que nada tiene que ver con la ingeniería genética o, tal y como versa el título del Código penal en el cual se incluye esta conducta, las manipulaciones genéticas. Por ello (...), sería conveniente reubicar este delito junto al resto de delitos contra la libertad (preferiblemente dentro del título VIII)».

249 En este sentido, DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 74.

250 Por su parte, CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. Quintero Olivares y Morales Prats), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1118, configura la ausencia de denuncia como una forma de consentimiento o aceptación de la fecundación por parte de la mujer, que exime de responsabilidad penal.

trumentalización de la reproducción humana en el ámbito de la reproducción asistida» de carácter supraindividual, lo cual plantea el problema de conectar dicho entendimiento con el requisito procesal previsto en el tipo en cuestión y con la propia eficacia del consentimiento en el marco del artículo 161.2 del Código Penal²⁵¹. Para solventar el problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en este caso, DE LA CUESTA AGUADO argumenta que la sociedad realiza una asignación personal de dicho bien jurídico en la persona de la mujer otorgándole, mediante el reconocimiento de la eficacia de su consentimiento, su defensa²⁵². Dicha posición no puede ser compartida, pues a nuestro juicio, y siguiendo a la doctrina mayoritaria²⁵³, nos encontramos ante un bien jurídico eminentemente individual integrado por la libertad procreativa o reproductiva.

Con base en lo anterior no constituiría el bien jurídico de este delito en ningún caso la integridad física de la madre²⁵⁴, por lo que si en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no consentida se causaran unas lesiones procederá el correspondiente concurso de delitos (y no de normas). Otro bien jurídico a descartar es el constituido por la libertad sexual de la mujer²⁵⁵, ya que, en definitiva, el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida supone la posibilidad de consecución de la reproducción sin la realización de actos de naturaleza sexual. No obstante, y aun descartando tajantemente esta última hipótesis como bien jurídico, sí procede subrayar el pernicioso olvido del legislador

251 Al respecto, DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, cit., p. 71, lo reconoce expresamente cuando afirma que «la cláusula de perseguibilidad del artículo 162.2 (actual art. 161.2) debe de ser puesta en tela de juicio, porque entraña una enorme confusión».

252 DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, cit., pp. 95 y ss.

253 Además del propio ROMEO CASABONA ya citado, se pronuncian en dicho sentido GRACIA MARTÍN y ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 150 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida», en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (coord. Vidal Martínez), Comares/Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, p. 204; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», cit., p. 176; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal* (dir. Cobo del Rosal), t. V, Edersa, Madrid, 1999, p. 860 (quien se refiere como bien jurídico a la libertad de someterse o no a alguna técnica de reproducción asistida); CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», cit., pp. 1113 y 1118, alude al derecho fundamental a la libertad de la mujer para decidir sobre la práctica o no de una reproducción asistida.

254 Véase BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas)*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 162.

255 No obstante, acertadamente señala BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», cit., p. 180, el paralelismo que existe entre esta conducta y algunos de los delitos contra la libertad sexual (en concreto, aquellos cuyas conductas típicas exigen penetración vaginal heterosexual), consistente en la común presencia de un atentado contra dos vertientes distintas de la libertad (en un caso la sexual y en otro la procreativa) que, en los dos supuestos, puede dar lugar al inicio de un proceso reproductivo. Por su parte, LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, 1996, p. 51 n.º 5, señala al respecto que la «finalidad de procreación es irrelevante tanto en el supuesto de agresiones como de abusos, pues únicamente se requiere que el dolo abarque, en las condiciones de los respectivos tipos, la realización de la conducta de acceso carnal; cuando la mencionada finalidad concorra, sin embargo, por medio de reproducción asistida y sin el consentimiento de la mujer será de aplicación lo previsto en el artículo 162.1.º —recordemos que, en la actualidad, se trata del art. 161.1— con relación a la manipulación genética, que constituye otra de las novedades del Código Penal de 1995».

en materia de indicación para el aborto en este punto. Y es que lo anterior se evidenciaba precisamente por la concurrencia de la oportuna indicación ética (art. 417 bis CP anterior) derivada de la previa comisión de un delito de violación –y, por tanto, contra la libertad sexual–. En relación con la reproducción asistida no consentida, sin embargo, no se preveía indicación alguna a efectos de aborto, como destacó ROMEO MALANDA²⁵⁶, lo cual suponía, en principio, que de producirse el embarazo bajo estas circunstancias la mujer no podría abortar, debiendo continuar con la gestación de un ser fruto de un previo ilícito penal. Sin embargo, la situación normativa se ha visto modificada tras la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En concreto, el anterior sistema de indicaciones no ha sido mantenido y a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la mencionada norma «podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada (...)»²⁵⁷.

Desde el punto de vista de su estructura típica nos encontramos ante un delito común que hipotéticamente puede ser cometido por cualquier sujeto activo, si bien, *de facto*, lo habitual es que se trate de personas con especiales conocimientos, en este caso en la esfera de la aplicación de técnicas de reproducción asistida²⁵⁸. Con ello se descarta que nos encontremos ante un delito especial propio, por no recogerse dicha exigencia en forma alguna en el tipo.

En cuanto al sujeto pasivo del delito debe ser necesariamente una mujer, tal como dispone el artículo 161 del Código Penal. En todo caso, la tipicidad de la conducta se vin-

256 ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, cit., p. 383.

257 La Ley Orgánica 2/2010 distingue así dos grandes supuestos: 1) Cuando la interrupción del embarazo se produce a petición de la mujer. En concreto, el artículo 14 establece lo siguiente: «Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención».

2) El caso en que la interrupción del embarazo se da por causas médicas. En concreto, el artículo 15 dice así: «Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.»

258 BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», cit., p. 187, quien destaca, con acierto, que estas conductas serán llevadas a cabo normalmente por parte de personal especializado en obstetricia y ginecología, lo cual resulta coherente con la previsión, junto a la pena de prisión, de una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

cula a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo –por lo tanto, de la mujer (y no de su marido)–, lo cual entronca con la concreción de las características del consentimiento para afirmar la validez del mismo. En primer lugar, debe tratarse de un consentimiento informado, tal como exige la legislación sectorial en materia de aplicación de las técnicas de reproducción asistida (arts. 3 y 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Por otro lado, el consentimiento debe estar libre de vicios, como son la violencia, intimidación, amenaza o el engaño. En cuanto a la capacidad para consentir resultará válida la capacidad natural de juicio²⁵⁹, pues aunque la legislación sectorial (art. 6.1 Ley 14/2006) exige mayoría de edad para acceder a dichas técnicas ello no vincula al correspondiente tipo delictivo.

En este punto, el profesor ROMEO CASABONA²⁶⁰ oportunamente ha destacado la dudosa inclusión en el tipo de los supuestos estadísticamente más frecuentes y ciertamente más problemáticos. Cabe colegir que la práctica de una reproducción asistida no consentida constituye un supuesto harto excepcional. No obstante, pueden no serlo tanto aquellos casos en los que la mujer consiente sobre la práctica de la técnica (es decir, ostenta voluntad de tener descendencia mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida), pero ha sido engañada sobre características no meramente secundarias (así, por ejemplo, con respecto al origen genético del semen –que no fuera de su pareja, creyendo lo contrario– o del embrión transferido, o las características fenotípicas de éste). Absolutamente tajante se muestran en este punto PERIS RIERA y GARCÍA GONZÁLEZ²⁶¹, quienes consideran que debe equipararse la inexistencia de consentimiento en la genérica reproducción asistida con la inexistencia de consentimiento respecto de determinados aspectos parciales de la misma pero relevantes en relación con la lesión del bien jurídico (creencia errónea de que los gametos masculinos que van a fecundar los óvulos de la mujer pertenecen a su marido o pareja). Compartimos con ROMEO CASABONA²⁶² el criterio de que la cuestión habrá de resolverse atendiendo a si existe vicio respecto de la cualidad de la acción, debiendo considerarse los demás casos impunes por atípicos.

La conducta típica consiste en la práctica de técnicas de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento, por lo que dadas las características de las mismas el tipo resulta incompatible con la estructura omisiva y únicamente puede ser realizado por acción²⁶³, constituyendo un tipo doloso respecto del cual no existe la figura equivalente por imprudencia.

259 Así, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 328; HIGUERA GUIMERÁ, «Los delitos relativos a la manipulación genética», en *Actualidad Penal*, n.º 19, 7 al 13 de mayo de 2001, p. 437.

260 Véase ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 328.

261 PERIS RIERA y GARCÍA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal* (dir. Cobo del Rosal), t. V, cit., p. 776.

262 ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 328.

263 En este sentido, GRACIA MARTÍN y ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 159.

Contrariamente a la opinión expresada por un sector doctrinal²⁶⁴, nos encontramos ante un delito de mera actividad²⁶⁵ para cuya consumación basta con la práctica de la concreta técnica de reproducción asistida empleada (inseminación artificial, fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y transferencia intratubárica de gametos), no requiriéndose de resultado ulterior alguno (implantación del embrión fecundado *in vitro* y transferido posteriormente o fecundación efectiva de algún embrión en los supuestos de las técnicas de inseminación, ni por supuesto de la generación del oportuno embarazo o nacimiento).

II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL: AGRESIÓN, ABUSO Y ACOSO SEXUAL

El artículo 191 del Código Penal dice así: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

1. Planteamiento de la cuestión

El hecho de encontrarnos ante uno de los grupos de ilícitos penales que con mayor frecuencia ha sido reformado desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, continuando de esta manera con la (infinita) senda de modificaciones a las que el legislador nos acostumbró con el texto punitivo anterior²⁶⁶, hace mantener ciertas cautelas sobre la

264 De acuerdo con MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial* (dir. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 188, se trataría de un delito de resultado que se consumaría en el momento en que se realiza la reproducción asistida, cabiendo la tentativa. En el mismo sentido, se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3ª ed., cit., 1996, p. 52, quien entiende que el resultado del delito se materializaría en «embarazar artificialmente a una mujer sin su consentimiento».

265 Coincide con la posición mantenida en este punto en el presente trabajo BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida», cit., p. 204. En sentido contrario, GRACIA MARTÍN y ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 157 y ss., quienes consideran que el tipo es de resultado material consistente en la producción efectiva de una fecundación artificial, es decir, como mínimo en la producción de un embrión preimplantatorio.

266 Entre los grandes hitos de las últimas reformas habidas en esta materia, pueden destacarse los siguientes: mediante la Ley Orgánica 3/1989 se sustituyó la honestidad por la libertad sexual como bien jurídico protegido; la Ley Orgánica 10/1995 transformó en esencia la regulación otorgada a la libertad sexual; la Ley 35/1995, por la que se establece un sistema de ayudas y asistencia a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraren sin violencia; la Ley Orgánica 11/1999, añadió al rótulo del título VIII, junto con la libertad, la referencia a la indemnidad sexual

durabilidad de la regulación actual²⁶⁷. Ahora bien, quizá el aspecto que, con diversos matices, ha perdurado al aluvión de reformas, aunque con una tendencia hacia su progresiva publicación²⁶⁸, ha sido precisamente su consideración como infracciones perseguibles a instancia de parte.

El título VIII del libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad²⁶⁹ e indemnidad²⁷⁰ sexuales²⁷¹ incluye la agresión y abuso así como el acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y, por último, los relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (cinco primeros capítulos del título VIII)²⁷². Como se desprende del rótulo del título mismo, el bien jurídico a proteger en tales supuestos resulta indiscutiblemente individual y personal.

Sin embargo, no todas las infracciones penales incluidas en dicho título VIII contienen peculiaridades en el ámbito de la perseguibilidad, pues tales sólo se predicen de los tres

y, entre otras cuestiones, reformó sustancialmente el delito de acoso sexual. Y, por último, la Ley Orgánica 15/2003 también significó modificaciones como la de incluir junto a la introducción de objetos, la de miembros corporales como referencia específica. Además de todas las reformas comentadas, téngase en cuenta la incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

267 Estando el trabajo en fase de publicación, se ha promulgado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha reforma entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010, y también ha introducido cambios en el ámbito de los delitos sexuales.

268 Por su parte, FUENTES SORIANO, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir. Hurtado Pozo), Lima-Friburgo (Suiza), 2001, p. 281, considera que «la entrada en vigor del art. 191.1 CP supone dar un paso de gigante en el camino de la «publicación» de los delitos sexuales».

269 ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, p. 74, compara la diferente visión existente tras ambos bienes jurídicos: «Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad, lo que colorea la ilicitud de la conducta».

270 Incluido mediante la Ley Orgánica 11/1999. Un sector doctrinal entendía suficiente el concepto de «libertad sexual» para aunar la totalidad de sujetos (también menores e incapaces) que podían ser víctima de un ilícito de los previstos en el título VIII del libro II del Código Penal. Entre otros, podemos destacar a los siguientes autores: LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 57 n. 44; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 238, 239; Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 24-29.

271 Sin embargo, tal como se ha destacado por la doctrina científica, en este título no se incluyen todas las infracciones penales contrarias a la libertad e indemnidad sexual. Por todos, DE TOLEDO y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», en *Actualidad Penal*, n.º 32, 1996, p. 613. En otro sentido, estimamos acertada la reflexión de ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», cit., p. 99, cuando sostiene que esa connotación «sexual» frecuentemente sólo lo es para el autor del hecho delictivo y no, en cambio, para la víctima. De ahí que, como propuesta de *lege ferenda*, ASÚA BATARRITA, *ibid.*, p. 101, considere más precisa su ubicación como delito contra la integridad moral.

272 Se muestran contrarios a configurar estos delitos en un título autónomo por considerar que son una modalidad de infracciones que atentan contra la libertad y que, por ello, debían incluirse en dicho título Díez RIPOLLÉS, *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 218-226; LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 50 n. 2.

primeros capítulos (arts. 178-184), esto es, de la «triple A del sexo» (agresión, abuso y acoso sexual)²⁷³. Pese a ello, el capítulo VI rubricado «Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores», a los cinco por tanto, incluye el artículo 191 del Código Penal, exclusivamente referido a la categoría de la perseguibilidad de los tres primeros capítulos²⁷⁴.

La Ley Orgánica 5/2010, que entrará en vigor en diciembre de 2010, varía el panorama existente hasta el momento. Y es que mediante la citada norma se crea, dentro del título VIII del libro II del Código Penal, un nuevo capítulo II bis «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». La duda que nos suscita tal reforma es si los dos preceptos que integran dicho capítulo II bis (arts. 183 y 183 bis) resultan perseguibles a instancia de parte.

Al respecto, se ha de destacar que el régimen procesal previsto en el artículo 191 de la norma penal, precepto que no se ha visto reformado, se aplicará a «los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales». Además, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 183 como el 183 bis del Código Penal aluden exclusivamente a supuestos donde la víctima es menor de edad (en concreto, menor de trece años)²⁷⁵.

273 La expresión es de DE TOLEDO Y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», cit., p. 613.

274 Destaca también dicho aspecto ORAÁ GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», en Revista «La Ley», n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref.ª D-186, p. 1349.

275 A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, el artículo 183 del Código Penal establecerá lo siguiente: «1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

Asimismo, la Ley Orgánica 5/2010 añade un nuevo artículo 183 bis, que dispondrá lo siguiente: «El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.

La ubicación otorgada a los delitos de «abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» (cap. II bis) –detrás de los delitos de agresiones (cap. I) y abusos (cap. II) sexuales y antes del delito de acoso sexual (cap. III)– parece que apunta a que lo señalado en el artículo 191 resultará en tales casos asimismo aplicable. Y el hecho de que tales infracciones penales sólo se refieran a víctimas menores de edad no impide acudir a la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte, dado que el propio artículo 191.1 se refiere a tal supuesto.

2. Análisis de la tipicidad

La regulación efectuada por el Código Penal de 1995 toma como punto de partida para distinguir las agresiones de los abusos sexuales el medio por el cual se anula o limita la voluntad de la víctima y no la concreta conducta sexual (así, un acceso carnal puede ser constitutivo de un delito de agresión o de abuso sexual)²⁷⁶, en consonancia con haber entendido como bien jurídico la libertad en la esfera sexual. Además, el acoso sexual aparece por primera vez como delito autónomo, decisión ésta que suscitó un gran número de críticas doctrinales. Posteriormente, una reforma de 1999²⁷⁷ enmendó algunos aspectos relativos a la tipicidad de estas infracciones, tendencia que continuó con la Ley Orgánica 15/2003²⁷⁸.

2.1. Las agresiones sexuales: violencia o intimidación

De la lectura de los preceptos penales (arts. 178-180 CP) se desprende que ha de concurrir violencia o intimidación para considerar un comportamiento constitutivo de un delito

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

276 Un sector minoritario de la doctrina se mostró crítico con la nueva configuración realizada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En concreto, puede consultarse ORAÁ GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», cit., pp. 1346, 1347. Por otro lado, SÁNCHEZ TOMÁS, «Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: En especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 61, 1997, pp. 98-100, pone de relieve cómo el acceso carnal sigue jugando un excesivo papel, tal como resulta del análisis penológico de los tipos básicos y de los cualificados (precisamente por la existencia de esta circunstancia o de una análoga).

277 A través de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal. Sobre los antecedentes y la historia del proyecto de ley, puede verse BUENO ARÚS, «Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999», en *Delitos contra la libertad sexual* (dir. Díez Ripollés), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

278 Considera precipitada la labor del legislador en este ámbito, CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: Consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1165, 1166.

de agresión sexual²⁷⁹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que nos hallamos ante infracciones penales contra la libertad²⁸⁰ y, por ello, ha de tratarse de casos en que no concurre la voluntad de la víctima, pues si ésta existiera la presencia de una *vis* física o psíquica entre personas mayores de edad capaces no daría lugar a una infracción de las previstas en el título VIII del libro II del Código Penal, sino, en su caso, a un delito o falta de lesiones.

Además, la violencia debe ejercerse sobre la víctima pues si se efectuara sobre un tercero entraría dentro de la categoría de la intimidación. En cuanto a la utilización de la violencia se admiten dos variantes, ya que puede servir para reducir a la víctima a mero objeto en manos del agresor; o, podría hacerse uso de la misma con la amenaza de que la *vis* física será más intensa si el sujeto pasivo opone algún tipo de resistencia (constituyendo así una combinación de violencia e intimidación).

Por su parte, la intimidación consiste en una amenaza de causar un daño injusto²⁸¹ que infunda miedo en la víctima. Según la doctrina, dicha amenaza deberá ser seria, verosímil, inmediata y grave, teniendo en cuenta para ello las circunstancias de la persona a quien se realiza la amenaza. Parece que actualmente existe cierto consenso a la hora de descartar la necesidad de que la víctima quede sumida en una situación de perturbación psicológica profunda, ya que puede conservar el ánimo frío para evaluar la entidad de la amenaza (la jurisprudencia no siempre ha mantenido esta línea argumentativa) y aun así entenderse cometido el delito de agresión sexual.

A. Tipo básico

El tipo básico aparece en el artículo 178 del Código Penal, que en la versión anterior a la Ley Orgánica 5/2010 dice así: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años». La imprecisa definición de la agresión sexual como un atentado contra la libertad sexual con violencia o intimidación ha recibido numerosas críticas²⁸². Y es que parece que a continuación debería haberse detallado el concepto de

279 GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pp. 2165-2166 y 2221, entiende que nos hallamos ante un supuesto de agresión y no de abuso sexual cuando el sujeto activo anula intencionadamente (mediante hipnosis, narcóticos, ...) la voluntad de la víctima antes de realizar el comportamiento sexual.

280 Siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 23, la libertad sexual admite dos acepciones: Una activa, dinámica o positiva que se ataca con la imposición de realizar o la obligación de recibir comportamientos de naturaleza sexual; la segunda es la que se ha denominado pasiva, estática o negativa que queda afectada al impedir a alguien llevar a cabo alguna actividad sexual. Esta segunda modalidad no ha sido incluida dentro del bien jurídico libertad sexual por el legislador, con lo que los comportamientos que repelen la realización de una actividad sexual constituirán, en su caso, el tipo penal de coacciones (art. 172 CP). Aluden a esta clasificación de la libertad sexual en su análisis, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Closas-Orcoyen, Madrid, 1996, pp. 108, 109; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., pp. 240, 241.

281 GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), Tomo II, cit., p. 2166, entiende que dicha amenaza ha de constituir un delito de tal naturaleza.

282 Así, DE TOLEDO Y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», cit., p. 601.

«atentado» utilizado, lo cual no ha sucedido. También ha sido puesto de relieve el olvido del legislador por no haber recogido la indemnidad sexual, puesto que, desde la reforma operada mediante la Ley Orgánica 11/1999, aparece asimismo como bien jurídico tutelado. La Ley Orgánica 5/2010 sí que recoge de manera expresa la referencia a la «indemnidad sexual» cuando la víctima de la agresión (aplicable también para el abuso) sexual es una persona menor de 13 años. Dicha previsión se contiene en el reformado artículo 183 del Código Penal, incluido ahora en el capítulo II bis del título VIII.

Por otro lado, este artículo 178 del Código Penal se considera residual, esto es, sólo aplicable a aquellos comportamientos que no tienen cabida en alguno de los tipos cualificados. Del intento de concreción que la doctrina española ha efectuado parece desprenderse la necesidad de un contacto físico o corporal, el cual no tiene por qué verificarse sobre el cuerpo de la víctima ni realizarlo propiamente la persona agresora²⁸³. De esta manera, quedarían excluidas aquellas conductas violentas o intimidatorias orientadas a que el sujeto pasivo contemple, contra su voluntad, acciones (en vivo o filmadas) con contenido sexual; serían éstas, en su caso, constitutivas de un delito de coacciones²⁸⁴. Las reformas legislativas operadas tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ya aludidas²⁸⁵, han afectado al artículo 178 del Código Penal al sustituir el término culpable por el, más correcto, de responsable.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha reformado la redacción del mencionado precepto, que entrará en vigor el día 23 de diciembre de 2010 (Disposición final séptima), al establecer lo siguiente: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años».

B. Tipo agravado

El artículo 179 del Código Penal ha experimentado dos reformas desde la aprobación del texto punitivo de 1995. La redacción originaria del precepto agravaba la penalidad (pri-

283 Consecuentemente, el obligar a la víctima a efectuar sobre el cuerpo de la persona agresora o, incluso, sobre sí misma tocamientos con contenido sexual entraría dentro del artículo 178 del Código Penal. Más restrictivo se muestra MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., pp. 211, 212; y, SIERRA LÓPEZ, «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», en *Doctrina Penal*, n.º 17 (enero 2006), p. 194, al entender que dicho contacto ha de darse en todo caso entre el sujeto activo y el pasivo.

284 La justificación se halla en que estas conductas cuando tienen por víctima a menores o incapaces son constitutivas de los tipos previstos en los artículos 185 y 186 del Código Penal, con pena inferior. Quizá lo anterior sea debido a que el artículo 178 exige la concurrencia de violencia o intimidación, y los artículos 185 y 186 no. Así, resulta minoritaria la postura defendida por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Delitos contra la libertad sexual: Agresiones y abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 104, al incluir en el «atentado» supuestos en los que no existe «contacto físico o corporal» alguno, como por ejemplo los casos en que la víctima es obligada a desnudarse para ser contemplada sexualmente por el sujeto activo, o, a la inversa, cuando es el sujeto pasivo quien ha de observar las acciones de contenido sexual que realiza aquél.

285 Concretamente, la Ley Orgánica 11/1999.

sión de seis a doce años) de la agresión sexual siempre que la misma consistiera en acceder carnalmente, introducir objetos o penetrar vía bucal o anal.

La utilización por el legislador de dos términos, acceder carnalmente y penetrar, llevó a un importante sector doctrinal a concluir que ambos términos no eran sinónimos, sino que incorporaban matices diversos. Así, se entendió que el verbo acceder carnalmente, equivalía al coito vaginal y, por tanto, sólo exigía la presencia de un órgano sexual masculino y de uno femenino. Ello suponía que sujeto activo del tipo (siempre y cuando se dieran los demás requisitos de violencia o intimidación, y ausencia de consentimiento) podía ser tanto el hombre que introducía el pene en la vagina de la mujer, como la mujer que obligaba a un hombre a introducir su pene en la vagina de ésta²⁸⁶. En cambio, «penetrar» llevaba implícito que la acción sólo podía ser llevada a cabo por quien disponía del órgano sexual que permitía ser introducido en otra cavidad, con lo que únicamente un hombre podía ser sujeto activo²⁸⁷. Esta interpretación del término «penetrar» llevaba a entender que sólo se cometía el delito de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal cuando un hombre introducía su pene, con violencia o intimidación, en el ano o boca de otro hombre o de una mujer. En consecuencia, entrarían dentro de este concepto las prácticas (felación) heterosexuales y las homosexuales masculinas, pero en ningún caso las relaciones lésbicas (*cunnilingus*), precisamente por ausencia de órgano sexual masculino.

El tercero de los verbos utilizados por el legislador de 1995 fue el de introducir objetos anal o bucalmente, quedando así excluida la vía vaginal²⁸⁸. Dichos objetos habían de tener alguna semejanza con el órgano fálico (por ejemplo, botellas, palos, bastones)²⁸⁹, que-

286 Aun así, LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 52, alude a la polémica surgida durante la vigencia de la norma penal derogada, dado que la expresión utilizada fue la de «tener acceso carnal», más unidireccional del hombre hacia la mujer que la elegida por el legislador de 1995 («consistir en acceso carnal»).

287 Entre otros, mantuvieron tal diferencia: GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), Tomo II, cit., p. 2185; BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 676; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 880, realizaron una interpretación integradora de ambos verbos (penetrar y acceder), excluyendo así que sujeto activo del acceso carnal pudiera ser la mujer [cambian lógicamente de criterio, tras la Ley Orgánica 11/1999, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *ibid.*, 2.ª ed., cit., pp. 245, 246]. En contra, LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 52 n. 12; DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, «Delitos contra la libertad sexual: Agresiones y abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución», cit., p. 108. En parecido sentido, sólo distingue el acceso y la penetración por la cavidad afectada equiparándolos en cuanto a los sujetos activos: ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», en *Código penal de 1995* (coord. Serrano Butragueño), Comares, Granada, 1999, p. 1055.

288 La redacción del artículo 179 del Código Penal era la siguiente: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de (...)». Por el contrario, ORAÁ GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», cit., p. 1347, considera que sólo se incluye en este tipo penal la introducción de objetos por el conducto vaginal y critica la exclusión de la vía anal.

289 De VICENTE REMESAL y GARCÍA MOSQUERA, «Agresiones sexuales y violación», en *Enciclopedia penal básica* (dir. Luzón Peña), cit., p. 48. De otra opinión se muestran BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 676, al estimar que resulta estrecha dicha interpretación y proponen entender por objeto todo cuerpo de cierta entidad,

dando, sin embargo, descartada, por no entrar dentro del término «objeto», la introducción de algún miembro corporal –así, el dedo (penetración digital), puño (la práctica del *fist fucking*) o la lengua– en alguno de los dos conductos mencionados²⁹⁰.

Ahora bien, dada la diferencia de desvalor existente entre la inclusión de un objeto en la boca y en el ano (o vagina), y el debate generado en torno a si «acceso carnal» y «penetración» resultaban o no términos sinónimos, se modificó mediante la Ley Orgánica 11/1999 la redacción del tipo previsto en el artículo 179 del Código Penal. A partir de ese momento, por un lado, quedó penada con prisión de seis a doce años la introducción de objetos por el orificio anal o en la cavidad vaginal²⁹¹. Y, por otro, el legislador de 1999 abandona el verbo penetrar, extendiendo la noción del acceso carnal –tradicionalmente considerado como sinónimo de yacimiento entre un hombre y una mujer– también al supuesto en que se produce vía anal o bucal. Además, todo lo anterior pasaba a englobar el nuevo concepto de violación^{292 293}.

susceptible de ser introducido por alguna de las vías señaladas, que tenga connotación sexual y comporte alguna suerte de vejación.

290 CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales», en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 190, 191, parece mostrarse de acuerdo con dicha interpretación. Por su parte, SIERRA LÓPEZ, «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», cit., p. 195, considera que la penetración lingual, por ejemplo, no puede ser incluida dentro del artículo 179 del Código Penal, pues al «no tener entidad suficiente para poder apreciar la cualificación (...) se vulneraría el principio de proporcionalidad». Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 123, entiende que la nota característica del «objeto» es que no forme parte del sistema genital humano, incluyendo, en consecuencia, dentro de dicha definición otros elementos corporales. En relación con la polémica surgida sobre si entraban dentro del concepto de objeto los miembros corporales de animales, ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1056, entiende que no merecen la consideración de objeto la introducción de miembros de animales vivos. Sin embargo, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 104, 105, apunta que, a efectos penales, tienen la consideración de objetos, la introducción de animales o partes del cuerpo de los mismos. A tal conclusión llega, asimismo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 123, citando como ejemplo la práctica utilizada durante el golpe de Estado producido en Chile, donde se utilizaron «perros en celo para doblegar la voluntad de las prisioneras». En cambio, CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales», cit., pp. 181, 193, incluía las prácticas de bestialismo dentro del artículo 178 del Código Penal.

291 Sin embargo, LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 52, entendía que la penetración bucal, junto con el riesgo que entrañaba en relación con la posible transmisión de enfermedades, «quizás constituya el comportamiento de carácter más degradante o vejatorio».

292 Según BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 675, la recuperación de dicho término no aporta ventajas ni desventajas.

293 BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., pp. 685 y 686, daban cuenta del problema surgido por la nueva conceptualización que el término violación ha adquirido. En concreto, la indicación ética –recogida por el artículo 417 bis 1.2.ª del Código Penal anterior– continuó vigente tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 [Disposición Derogatoria Única 1a)]. La referencia al término «violación» por ello debía hacerse tal como el mismo se entendía en el texto penal derogado (incluiría aquellos comportamientos que podían desembocar en un embarazo, incardinados hoy en los artículos 178-179 y 181-182 del Código Penal). Sin embargo, el sentido que

Aun así, las reformas habidas en este ámbito no acabaron en 1999, sino que mediante la Ley Orgánica 15/2003 se añadió, junto a la modalidad de introducción de objetos, la de miembros corporales²⁹⁴, ambas con idéntica penalidad al acceso carnal ya mencionado. Ello significó que a partir de entonces el *nomen iuris* violación adquiere una gran extensión²⁹⁵.

Por último, cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías y la víctima de la agresión sexual es menor de trece años, el responsable será castigado con la pena de prisión de doce a quince años, tal como señala la Ley Orgánica 5/2010 en la nueva redacción otorgada al artículo 183.3 del Código Penal. Cabe señalar que dicha reforma ha dotado de entidad propia, mediante la creación de un nuevo capítulo II bis, a los supuestos en que las agresiones (y abusos sexuales) sean cometidos contra una persona menor de trece años. Por ello, más que ante una nueva regulación, nos hallamos ante una distinta forma de configurar los supuestos ya existentes con anterioridad.

C. Tipo super-agravado

El artículo 180 del Código Penal en la versión anterior a la Ley Orgánica 5/2010 agravaba las penas previstas para las conductas descritas en los artículos 178 y 179, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes²⁹⁶:

- a. Cuando la violencia o intimidación revista un carácter particularmente degradante o vejatorio²⁹⁷.
- b. Cuando los hechos se hayan cometido por la actuación conjunta de dos²⁹⁸ o más personas.

la «violación» ha adquirido para el legislador de 1999 resulta más estricto que el que revestía en el Código Penal anterior donde se incluía la denominada violación presunta, dado que se ha ligado al empleo de fuerza o intimidación, con lo que podría plantearse la duda de cuál de las interpretaciones posibles acoger. Aun así, tal como destacaron los autores citados, el anterior artículo 417 bis, además de señalar que se refería a los hechos constitutivos de violación, añadía que éstos eran los previstos en el artículo 429 de la norma penal derogada, con lo que la incógnita quedaba despejada. Dicha situación normativa ha perdurado hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010.

294 De esta forma se solucionó el problema existente para incluir la práctica del *cunnilingus* en el tipo agravado del artículo 179 del Código Penal, tal como observa CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: Consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», cit., p. 1174.

295 CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: Consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», cit., p. 1182, estima especialmente desacertada la extensión adquirida por dicho término y aboga por su supresión.

296 Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias, las penas se impondrán en su mitad superior (art. 180.2 CP).

297 SIERRA LÓPEZ, «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», cit., p. 196, apunta cómo la finalidad de esta agravación es «sancionar más gravemente conductas que, además de suponer un atentado a la libertad sexual, lesionen la dignidad». Este artículo 180.1.1.^a del Código Penal se ha criticado por haber hecho referencia al carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación, y no, en cambio, al de la agresión sexual.

298 La redacción inicial dada a este precepto por el Código Penal de 1995 fue la de extender tal causa únicamente a los supuestos en que los hechos se cometan por tres o más personas.

- c. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
- d. Cuando el responsable se haya prevalido, para la ejecución del hecho delictivo, de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 del Código Penal, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por la muerte o lesiones causadas.

La Ley Orgánica 5/2010 modifica la redacción de la circunstancia 3.^a del apartado 1 del artículo 180 del Código Penal, que quedará así redactada: «Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183». Dicho artículo 183 (tras la LO 5/2010) se halla dentro del capítulo II bis del título VIII y mantiene, en esencia, la regulación anterior. Ahora bien, toma como eje el dato de que la víctima es menor de trece años, y deja para sus diversos apartados la distinción relativa a si ha existido o no violencia o intimidación en el ataque. El apartado 4 (y también el 5) del aludido artículo 183 del Código Penal establece tipos super-agravados para algunos casos en que la agresión (o abuso) sexual se haya cometido contra un menor de trece años.

2.2. Los abusos sexuales: ausencia de consentimiento

La nota que distingue las agresiones de los abusos sexuales (arts. 181-183 CP hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010) es precisamente la ausencia de violencia o intimidación en los segundos. Pese a ello, nos encontramos ante supuestos que atentan contra la libertad sexual –más adelante haremos referencia al bien jurídico indemnidad sexual– por faltar el consentimiento de la víctima o aunque éste se dé en ocasiones el mismo se reputa, por haberse obtenido viciadamente, irrelevante.

A. Tipo básico

Podemos distinguir 3 modalidades:

- a. Abusos sexuales sin consentimiento (real o legal)²⁹⁹

Los actos que atenten –el legislador mantiene dicho verbo a la hora de definir esta segunda modalidad delictiva– contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin violencia ni intimidación, pero sin que medie consentimiento «real» serán constitutivos del tipo previsto en el artículo 181.1 del Código Penal y castigados con pena de prisión de uno a tres años o pena de multa de 18 a 24 meses³⁰⁰.

299 La expresión es utilizada por MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.^a ed., cit., p. 257.

300 El texto previsto por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sólo castigaba la comisión de estos hechos con pena de multa de 12 a 24 meses. La reforma efectuada mediante la Ley Orgá-

Además, la ausencia de consentimiento real se ha equiparado a la falta de consentimiento *ex lege*³⁰¹, ya que el legislador ha tipificado como abuso sexual determinadas prácticas con independencia de que el sujeto pasivo las haya consentido. En concreto, esto ha ocurrido en aquellas actuaciones con contenido sexual realizadas, sin violencia o intimidación, sobre un menor de 13 años y las ejecutadas sobre un sujeto privado de sentido o abusando de su trastorno mental³⁰² (art. 181.2 CP en la versión anterior a la LO 5/2010). Así, no se reputará válido el consentimiento otorgado, en su caso, por esas personas. La consecuencia que se puede extraer es que resultan sexualmente intangibles los menores de 13 años, al igual que las personas privadas de sentido. En cambio, acertadamente, sólo se considerarán abuso sexual los actos sexuales (tocamientos, etc.) realizados sobre quien padece un trastorno mental siempre que se aproveche de dicha condición.

La Ley Orgánica 5/2010 ha extraído del capítulo II del título VIII aquellos supuestos en que el abuso sexual se produce sobre un menor de trece años, incluyendo los mismos en el artículo 183 (capítulo II bis del título VIII). Así, a partir de la entrada en vigor de la citada norma, por un lado, según el artículo 183.1 del Código Penal (cap. II bis), el que realice actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor de trece años. Y por otro, a tenor de lo previsto en el artículo 181.2 de la citada norma (cap. II), se considerarán abusos sexuales no consentidos «los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

b. Abusos sexuales por prevalimiento

Esta modalidad de abuso sexual prevista en el artículo 181.3 del Código Penal se caracteriza por la existencia de consentimiento, que, sin embargo, el sujeto activo ha obtenido aprovechándose de una situación de superioridad (manifiesta, dice la ley) que coarta la libertad de la víctima.

c. Abusos sexuales por engaño o fraudulento³⁰³

En el artículo 183.1 del Código Penal en la versión anterior a la Ley Orgánica 5/2010 sí que existe consentimiento de la víctima, que ha de ser una persona mayor de 13 años y menor de 16. Sin embargo, al haber sido objeto de un engaño³⁰⁴ se ha introducido un

nica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, introdujo la pena privativa de libertad como alternativa a la pena pecuniaria.

301 SÁNCHEZ TOMÁS, «Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: En especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental», cit., p. 96, los denomina abuso sexual incoconsentido ficticio.

302 Un detallado estudio sobre la eximente del artículo 20.1 del Código Penal, lógicamente desde la perspectiva del sujeto activo, lo encontramos en URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004.

303 GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 59, 1996, p. 346.

304 ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1071, lo denomina «estafa carnal o timo sexual».

vicio en su libertad³⁰⁵, con lo que dicho consentimiento no se considerará válido. La Ley Orgánica 5/2010 traslada el contenido del vigente artículo 183.1 al 182.1 del mismo texto legal.

Este precepto se ha criticado y tildado de trasnochado, pues la jurisprudencia ha venido entendiendo que el engaño se daba en supuestos tales como cuando se oculta el estado civil de casado o cuando se incumple la promesa de matrimonio³⁰⁶. Al respecto se ha señalado que si dicha persona es considerada con capacidad suficiente como para decidir las relaciones sexuales que desea mantener, «ha de suponersele también capacidad para conocer cuán evanescentes son las promesas hechas al calor del deseo»³⁰⁷.

B. Tipo agravado

Tal como veíamos en las agresiones sexuales, nos hallamos en los supuestos previstos en los artículos 182.1 y 183.2 del Código Penal en la versión anterior a la Ley Orgánica 5/2010 ante tipos agravados de las tres modalidades de abuso ya comentadas cuando existe acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales por alguno de los dos primeros conductos³⁰⁸. A partir del veintitrés de diciembre de 2010, dichos tipos agravados quedarán contenidos en los reformados artículos 181.4, 182.2 y (para los menores de 13 años) 183.3 de la norma penal.

C. Tipo super-agravado

Se agravan en la versión anterior a la reforma de 2010 las penas de los tipos agravados de abuso sexual cuando concurre alguna de las dos siguientes circunstancias (arts. 181.4, 182.2 y 183.2 *in fine* CP):

- a. Víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. No podrá aplicarse este tipo super-agravado si nos hallamos ante un caso de abuso sexual precisamente porque el contacto sexual se ha producido con un menor de trece años, pues, como hemos visto, su consentimiento se considera, en todo caso, inválido. La razón es precisamente evitar caer en un *bis in idem*³⁰⁹.

305 BOIX REIG, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal* (coord. Latorre Latorre), Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 14.

306 BOIX REIG, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», cit., p. 14, ha destacado que, en ocasiones, quedaban excluidos supuestos de engaño por su contenido inmoral (por ejemplo, el caso en que se incumple la promesa de matrimonio que se había condicionado a la existencia de un embarazo).

307 MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., p. 264.

308 La evolución legislativa del presente epígrafe ha sido similar a la experimentada por los tipos agravados de agresiones sexuales, ya comentada, a la que nos remitimos [en este capítulo II apartado II epígrafe 2.1].

309 En este sentido, CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *Revista «La Ley»*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref.ª D-366, p. 1631; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), cit., p. 2232.

- b. El responsable se prevale de una relación de superioridad o parentesco (por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines) con la víctima. Aquí ocurrirá otro tanto, si se ha dado la modalidad de abuso sexual por prevalimiento. En consecuencia, no cabría en el último caso mencionado aplicar esta agravación de prevalimiento por sancionar así dos veces dicho aspecto³¹⁰.

También aquí el legislador penal de 2010 ha introducido cambios en la modalidad de abuso sexual cometido sobre un menor de trece años, tal como se observa de la lectura de los nuevos apartados 4 y 5 del artículo 183 del Código Penal. Concretamente, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años si el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 183.5 CP). Además, según el artículo 183.4 se impondrá la pena de prisión correspondiente en su mitad superior si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- b. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- c. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- d. Cuando, para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e. Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.
- f. Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicasen a la realización de tales actividades.

2.3. El delito de acoso sexual

El acoso sexual, en ocasiones, resulta el acto preparatorio del posterior abuso o agresión sexual. Si se llegara a producir el efectivo contacto físico serían, en principio, esos otros tipos de aplicación preferente. El ámbito de operatividad del delito de acoso sexual se plantea, en consecuencia, cuando no se llega a ese contacto corporal³¹¹. Encontramos el acoso sexual como delito autónomo por primera vez en el Código Penal de 1995. Anteriormente tales hechos podían tener encaje en otros tipos penales. Así, manejando las infracciones penales actualmente vigentes, en el delito de amenaza condicional que a su vez no constituya delito (art. 171.1 CP), en la tentativa de abuso sexual de prevalimiento³¹² o en los delitos contra

310 GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», cit., p. 346.

311 No obstante, LARRAURI PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Delitos contra la libertad sexual* (dir. Álvarez Álvarez), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 194, parece admitir algún supuesto en el cual el contacto corporal no absorbe la totalidad del acoso padecido (por ejemplo, cuando el acoso sexual es continuado a lo largo del tiempo).

312 Aun así, destaca las contradicciones existentes en la argumentación empleada por la doctrina LARRAURI PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», cit., pp. 178-180.

la integridad moral³¹³ (art. 173.1 CP)³¹⁴. Por su parte, los casos más leves entrarían en el artículo 620.2.º del Código Penal. Sobre el particular, un sector de la doctrina se ha mostrado especialmente crítico con su aprobación³¹⁵; en cambio, otros autores, han encontrado razones para aplaudir la incorporación del delito de acoso sexual al vigente texto penal³¹⁶.

El legislador ha regulado al margen del artículo 184 del Código Penal la solicitud sexual realizada por funcionario o autoridad pública que haya de resolver algún asunto o evacuar un informe (para con la persona que ha recibido dicha solicitud o para con algún tipo de familiar próximo). El régimen de perseguibilidad de este artículo 443 del Código Penal³¹⁷, incardinado entre los delitos contra la administración pública (título XIX del libro II de la norma penal), ha sido el de oficio y, dado que no reviste particularidad en este ámbito, su estudio no será abordado en el presente trabajo.

En la actualidad el Código Penal en su artículo 184 distingue tres apartados en materia de acoso sexual. En cuanto al concepto de acoso sexual, el texto penal ha entendido por tal la solicitud de favores³¹⁸ de naturaleza sexual³¹⁹, siempre que la misma vaya acompañada de los siguientes elementos:

313 Según MATA LLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 30, la integridad moral –dignidad y libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo– sería, tras la reforma sufrida mediante la Ley Orgánica 11/1999, el bien jurídico protegido.

314 Así lo recogen BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 671.

315 GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), cit., p. 2245; ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1072; MATA LLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, cit., pp. 17, 18. Entre las razones que aporta para justificar su escepticismo sobre el binomio existente entre la penalización del acoso sexual y su disminución LARRAURI PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», cit., p. 182, destacamos la siguiente: «El acoso requiere denuncia de la persona agraviada (o querrela del Ministerio Fiscal, art. 191), lo cual significa: a) que la persona es libre para denunciar y b) que es inmune a la publicidad. Desgraciadamente en los casos de acoso no se dan ni la una ni la otra condición».

316 Así, GARCÍA PÉREZ, «El delito de acoso sexual: estructura típica y problemas concursales», cit., p. 353.

317 Los artículos 443 y 444 del Código Penal fueron modificados por la Ley Orgánica 15/2003.

318 BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 678, hablan de «cursilería»; CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). Acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución. Disposiciones comunes al Título VIII», en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), cit., p. 225, tras tacharla de «remilgada», señala que hubiera sido preferible la expresión «solicitar sexualmente».

319 Se ha discutido por los penalistas si nos hallamos ante un comportamiento que, de realizarse, ha de ser constitutivo de un delito contra la libertad sexual (agresiones o abusos sexuales), o no es necesario que el mismo haya sido tipificado. A favor de la primera postura, se muestran BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 679; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 1.ª ed., cit., p. 900; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), cit., pp. 2245, 2246. A caballo entre ambas teorías, encontramos la postura de DE VICENTE REMESAL y GARCÍA MOSQUERA, «Acoso sexual», en *Enciclopedia penal básica* (dir. Luzón Peña), cit., p. 30, pues consideran que únicamente hay que incluir en dicha expresión aquellos actos sexuales susceptibles de integrar el delito de abuso sexual. En cambio, partidaria de la segunda opción, tenemos a LARRAURI

A. Tipo básico

El artículo 184.1 del Código Penal castiga a partir de la Ley Orgánica 11/1999 la solicitud de contenido sexual, cuando la misma se efectúa «en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante». Es decir, el legislador ha recogido el acoso denominado por la doctrina «horizontal»,³²⁰ que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal excluyó del ámbito punitivo del artículo 184 precisamente por no provenir dicha solicitud de un superior jerárquico. Del análisis del precepto actualmente vigente se desprende que ha de provocarse en la víctima, como resultado³²¹ de la concreta solicitud –nos hallamos, por tanto, ante un delito de resultado– «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante».

B. Tipo agravado

En primer lugar, debemos destacar que la figura establecida en el artículo 184.2 del Código Penal parece dar por supuesta la necesaria concurrencia del comportamiento previsto

PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», cit., pp. 185, 186: «Puede defenderse que el delito de acoso sexual abre en efecto un espacio autónomo consistente precisamente en solicitudes que en el supuesto de realizarse no constituirían un comportamiento típico de abusos sexuales. Comportamientos como «quítate la ropa interior» o «mírame mientras me masturbo» no son abuso sexual y sin embargo no parece existir un argumento concluyente para excluirlos del tipo de acoso sexual, siempre que concurren el resto de requisitos. Es cierto que se me puede objetar que los delitos contra la libertad sexual requieren de un contacto corporal, pero afirmar que ello se requiere también en el delito de acoso sexual es un «petitio principii» producto de (...) interpretar el acoso sexual no como un delito autónomo sino como una fase ejecutiva de los delitos sexuales»; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., p. 271, que han cambiado de parecer tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 11/1999; MATA LLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, cit., p. 41, afirma que «carece de fundamento restringir el contenido de las solicitudes sexuales a aquellas que requieran al menos contacto físico, pues lo decisivo hoy es la lesión a la integridad moral». Menciona, sin posicionarse, las dos posturas y se muestra crítica con la utilización de este tipo de conceptos genéricos («favores de naturaleza sexual»), MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 69.

320 SÁNCHEZ Y LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 19. Estas autoras, *ibid.*, pp. 19 y 20, efectúan la siguiente clasificación: A) Acoso de intercambio (o acoso sexual *stricto sensu*), entendido como aquél en el que se requiere el «intercambio» de relaciones sexuales, por lo que se sitúa a la víctima en una posición activa al «solicitarle» expresamente que acceda a tales relaciones. Dicho acoso a su vez puede revestir la modalidad (1) de acoso con prevalimiento o «chantaje sexual» (tradicionalmente, «*quid pro quo*»), en el que el elemento con que se amenaza puede aparecer de forma explícita o implícita y tanto desde una perspectiva negativa (perjuicio en las condiciones de trabajo), como positiva (su mejora); y (2) de acoso sexual «entre iguales» y que sólo puede ser llevado a cabo por persona que no ostente poder de decisión sobre la víctima. B) Acoso ambiental (o acoso sexista), en el que no hay requerimiento sexual, razón por la cual la víctima se mantiene en una posición pasiva y que puede manifestarse (1) de forma explícita a través de conductas de clara connotación sexual o (2) de forma implícita a través de conductas que la jurisprudencia laboral ha calificado como «amorosas» o «amistosas»; LARRAURI PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», cit., p. 181.

321 Consideran que se ha pasado de un delito de simple actividad a uno de resultado MATA LLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, cit., pp. 23, 69; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., p. 269.

en el párrafo anterior («Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho...»), a lo cual ha de añadirse el prevalimiento «de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica»³²², o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas³²³ expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación».

La redacción dada a este segundo número –modificado en 1999³²⁴ y, con respecto a la penalidad³²⁵, en 2003– resulta confusa y plantea, entre otras, las siguientes cuestiones interpretativas. En concreto, una lectura literal lleva a la conclusión de que el acoso sexual vertical es una de las modalidades previstas, dado que la partícula disyuntiva «o», seguida además de una coma, parece significar que este tipo agravado acoge dos posibilidades: la primera, cuando existe prevalimiento de una situación de superioridad, es decir, la modalidad de acoso vertical; y, la segunda, cuando se produce el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiera tener en el ámbito de la relación laboral, docente o jerárquica.

Esta segunda clase de acoso sexual agravado no exige, en principio, que el sujeto activo se encuentre en una situación de superioridad jerárquica o similar con respecto a la víctima. Sin embargo, si así fuera, esta segunda opción prevista en el artículo 184.2 del Código Penal no se distinguiría del acoso horizontal contemplado en el apartado 1 del artículo 184 de la norma penal. Y es que el comportamiento del tipo agravado podría ser causado por un compañero de trabajo simplemente con el añadido de anunciar de manera expresa o tácita (también podría siendo así, concurrir este anuncio tácito en la modalidad del art. 184.1 CP) a la persona acosada un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito laboral, docente o jerárquico.

En este sentido, y teniendo en cuenta por un lado el precedente legislativo del artículo 184.2 del Código Penal, es decir, el artículo 184 en la redacción que la Ley Orgánica 10/1995 dio al mismo³²⁶, junto con un entendimiento lógico e integrador del tipo, lleva a un sector doctrinal a considerar que ambas circunstancias han de darse cumulativamente³²⁷.

322 La Ley Orgánica 11/1999 sustituyó el término «análoga», criticado por su imprecisión, por el de «jerárquica».

323 GARCÍA PÉREZ, «El delito de acoso sexual: estructura típica y problemas concursales», en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, p. 346, acude al criterio de la discriminación como pauta interpretativa.

324 BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., p. 678, entienden que tras la Ley Orgánica 11/1999 «ha empeorado notablemente en sus hechas»; asimismo, CARMONA SALGADO, *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), cit., 2000, p. 175.

325 Se muestran contrarias a la eficacia que la pena privativa de libertad pueda tener en este ámbito de la delincuencia SÁNCHEZ Y LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, cit., pp. 30, 31.

326 El mismo rezaba así: «El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de (...)».

327 GARCÍA PÉREZ, «El delito de acoso sexual: estructura típica y problemas concursales», cit., pp. 344, 345; BOIX REIG y ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», cit., pp. 679, 680: «Los cambios más significativos (...) se plasman en la forma

C. Tipo super-agravado

Según el artículo 184.3 del Código Penal, se produce un aumento de la pena, tanto con respecto al tipo básico (art. 184.1) como para el agravado (art. 184.2), siempre que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. En un supuesto de los previstos en el artículo 184.2 del texto penal, la aplicación de la variante de especial vulnerabilidad en razón de la situación de la víctima (art. 184.3 CP) no puede en ningún caso ser debida a la inferioridad laboral, docente o jerárquica en la que se halla el sujeto pasivo con respecto al solicitante de los favores de naturaleza sexual, para evitar incurrir en un *bis in idem*.

III. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

El artículo 201 del Código Penal dispone lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130».

Este último apartado ha sido modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010, por lo que a partir del 23 de diciembre de 2010, el mismo tendrá la siguiente redacción: «3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130».

alternativa en que se describen los comportamientos punibles, a diferencia de lo que sucedería en el art. 184 antes de su modificación, cuando el sujeto activo prevaliéndose de una situación de superioridad, había de anunciar un mal al sujeto pasivo. Ahora se han desligado aquellos componentes, de modo tal que tanto comete el delito quien se prevale de dicha situación como quien anuncia la causación de un mal. De donde parece inferirse que no es imprescindible la existencia de una situación de superioridad favorable al sujeto activo, que basta con anunciar la amenaza a una persona respecto de la cual no se goza de aquella situación. Sin embargo, esta lectura tropieza con el inconveniente de la exigencia de que el mal anunciado afecte a las legítimas expectativas que la víctima pueda tener en «el ámbito de la indicada relación», con lo cual puede deducirse la necesaria concurrencia de los dos extremos. Y es razonable que sea así, pero la literalidad del precepto da pábulo a tan inoportunas como gratuitas cavilaciones». De otra opinión, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., p. 273.

1. Introducción

El rótulo del título X del libro II del Código Penal de 1995 (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio)³²⁸ deja entrever que nos hallamos ante un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución³²⁹. Dicho título X consta de dos capítulos. El capítulo I lleva por título «Del descubrimiento y revelación de secretos» (arts. 197-201) y el capítulo II «Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público» (arts. 202-204). El primero y más extenso de los capítulos es el que a nosotros nos interesa al incluir diversos tipos penales perseguibles a instancia de parte, tal como establece el artículo 201 del Código Penal. En cambio, el segundo capítulo del título no será objeto de análisis, dado que la totalidad de las infracciones contenidas en el mismo (arts. 202-204) entran en la categoría de públicas.

Centrándonos en ese primer capítulo del título X del libro II de la norma penal, el bien jurídico que se protege es la intimidad³³⁰. La misma ha sido entendida desde una óptica doble, pues no sólo incluye un punto de vista negativo (el derecho de un sujeto a excluir a otras personas del conocimiento de determinados hechos de su vida privada), sino que abarca, asimismo, una perspectiva positiva (el derecho de controlar los datos personales por parte del titular de los mismos, incluso de aquellos ya conocidos, a fin de que tales informaciones sólo puedan ser utilizadas conforme a su voluntad)³³¹.

328 Para un resumen de la situación existente con anterioridad, véase ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 677-679 [Téngase en cuenta, asimismo, ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004]. Para un estudio monográfico de la protección penal de la intimidad con el Código Penal anterior, véase MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984. Además, resulta de interés mencionar las siguientes normas que reformaron el texto penal anterior en la materia objeto de nuestro estudio: Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas; y la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en lo referente al secreto de las comunicaciones.

329 Dicho precepto constitucional dispone lo siguiente: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

330 Se muestra crítico con la rúbrica que encabeza el capítulo I («Del descubrimiento y revelación de secretos») ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 705, al entender que «no es correcta (...) o al menos no refleja de forma exacta su contenido, pues hay conductas tipificadas que no protegen el deber de secreto en sí mismo, como ocurre con la integridad de los datos reservados (...), que no son necesariamente secretos. Por otro lado, el sentido pleno de los secretos que son objeto de tutela se adquiere con la rúbrica del Título en el que se ubica, es decir, secretos relacionados con la intimidad de las personas».

331 Véanse, entre otros, ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 686-694; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., pp. 256, 257; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 31.

En función de los cauces de protección de la intimidad, el profesor ROMEO CASABONA distingue tres categorías³³², cuya utilidad trasciende las fronteras del Derecho penal. Concretamente, se trata de la tutela de la intimidad a) como reducto de la personalidad; b) en su manifestación de confidencialidad compartida; y, c) en relación con el procesamiento de datos a través de las nuevas tecnologías de la información.

Además, la intimidad como objeto de protección en la esfera penal plantea otra serie de cuestiones de interés. Nos estamos refiriendo a la naturaleza eminentemente personalista³³³ de las infracciones relacionadas con aquélla, donde la voluntad del sujeto³³⁴ adquiere una importancia más que destacable. Y es que, según lo dispuesto en algunos de los preceptos que analizaremos, el consentimiento del afectado convertirá la conducta en atípica. La relevancia de ese ámbito subjetivo afecta también a la esfera de la perseguibilidad de dichos delitos, como tendremos ocasión de estudiar³³⁵.

Por otro lado, junto con la regulación contenida en el texto penal, se han de destacar, entre otras³³⁶, las dos siguientes normas que recogen, respectivamente, ilícitos civiles y administrativos³³⁷: a) la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que en su artículo 1.2³³⁸ dispone lo siguiente: «El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito»; y, b) la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El artículo 44 de la misma contempla las infracciones administrativas en las que pueden incurrir los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos.

332 ROMEO CASABONA, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en Poder Judicial 2.ª época, n.º 31, septiembre 1993, pp. 165-179.

333 La expresión es de ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 708. Véase, asimismo, SOLA RECHE, «La protección penal de la intimidad informática», en Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, n.º 11, 1991, p. 181.

334 Según ALONSO DE ESCAMILLA, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 184, «la intimidad es un bien jurídico protegido de naturaleza subjetiva, por lo que la delimitación y el contenido de la misma en el caso concreto pertenecen al sujeto pasivo, quien será en buena medida el que determine el ataque a la misma. La intimidad se refiere a múltiples facetas del sujeto, a una infinidad de datos sobre su persona y deberá ser él quien determine su extensión. Lo que para alguno en un determinado momento puede constituir un atentado contra su intimidad, posiblemente para otro no lo sea. En consecuencia, la voluntad del sujeto y su consentimiento resultan trascendentales con relación a este concepto».

335 Así, véase el capítulo III apartado IV.

336 Para un estudio de la normativa extrapenal existente, puede consultarse ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 708-714.

337 Al respecto, puede consultarse HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», en Actualidad Penal n.º 31, 2002, pp. 779, 780.

338 Reformado mediante la Disposición Final Cuarta del Código Penal de 1995.

2. El artículo 197 del Código Penal

Los diversos tipos contenidos en el artículo 197 del Código Penal se refieren, de una forma u otra, al descubrimiento o/y a la divulgación de aspectos vulneradores de la intimidad. Analizaremos, a continuación, someramente lo establecido en dicho precepto, distinguiendo para ello los tipos básicos y la espiral de modalidades agravadas existentes. Como se observará, el artículo 197 de la norma penal presenta una estructura compleja y excesivamente casuística. Ello se ha de relacionar con las dificultades de delimitación del propio bien jurídico intimidad.

A partir de diciembre de 2010, a tenor de la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, en el artículo 197 se introduce un nuevo apartado ³³⁹, pasando los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 a integrar los apartados 4, 5, 6 y 7, y se añade un nuevo apartado 8³⁴⁰.

2.1. Tipos básicos

A. El apoderamiento de documentos, la interceptación de comunicaciones o la utilización de artificios técnicos

El artículo 197.1 del Código Penal dispone lo siguiente: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses»³⁴¹.

339 El mismo establecerá lo siguiente: «El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

340 Dicho artículo 197.8 del Código Penal reza así: «Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado».

341 Compárese la evolución habida en la materia a través de la lectura de los artículos 497 y 497 bis del Código Penal anterior, que pasamos a reproducir. El artículo 497 del texto penal derogado rezaba así: «El que para descubrir los secretos de otro se apoderease de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas. Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia». Por su parte, el artículo 497 bis del Código Penal anterior establecía lo siguiente: «El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su

Siguiendo al profesor ROMEO CASABONA³⁴², entendemos que el primer número del artículo 197 del texto penal recoge tres supuestos típicos diferentes: a) el apoderamiento de diversos objetos susceptibles de incorporar información secreta o íntima (papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales); b) la interceptación de las telecomunicaciones³⁴³ de otro; y, c) la utilización de artificios técnicos de captación del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

Además, la cláusula «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento» incluida en el artículo 197.1 del Código Penal plantea algunos problemas interpretativos. Y es que el precepto en cuestión se ha configurado con independencia del descubrimiento efectivo de los secretos o de la vulneración de la intimidad. En este sentido, MORALES PRATS ha señalado que dicho evento tan sólo jugará «el papel de hiato o elemento de engarce con el tipo agravado de difusión, revelación o cesión de datos o hechos de otro (art. 197.3, apartado primero, CP; con posterioridad a la LO 5/2010, art. 197.4, apartado primero, CP) que, al presentar una estructura típica doble o de delito compuesto, reclama la previa verificación de la conducta del tipo básico (art. 197.1 CP) y de la secuencia típica de engarce o nexo, representada por la efectiva toma de conocimiento de la intimidad de otro; no se puede revelar o difundir lo que previamente no se ha descubierto o conocido de forma efectiva»³⁴⁴.

Se ha de insistir en que la ausencia de consentimiento («sin su consentimiento») resulta necesaria a efectos de la tipicidad de la conducta. Por su parte, la referencia al secreto («para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro») se torna en elemento estéril o falta de contenido, pues a tales efectos resulta suficiente con la mención a la vulneración de la intimidad³⁴⁵.

consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas».

342 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 720. Para un análisis de cada uno de los tres supuestos típicos, véanse *ibid.*, pp. 723-739; HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 774; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., pp. 39-49.

343 Para un estudio de las conductas ilícitas en el ámbito de la cibercriminalidad, puede consultarse la monografía de MORÓN LERMA, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002. Sobre algunos de los problemas que plantea la delincuencia informática, véase el trabajo —con el mérito añadido que supone haberlo publicado hace más de veinte años— del profesor ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988; del mismo autor, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (coord. Romeo Casabona), Comares, Granada, 2006, pp. 1-42; y, del mismo autor, «Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (coord. Romeo Casabona), cit., pp. 167-190.

344 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 411. El mencionado autor (*ibid.*, p. 410) inserta dicho tipo penal en la categoría de los denominados de «estructura incongruente por exceso subjetivo».

345 Al respecto, MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 411, señala lo siguiente: «Se trata por tanto de una referencia superflua y distorsionadora de la dinámica hermenéutica del tipo, que puede hacer creer que en este precepto se

B. La vulneración de la intimidad cuando los datos personales se hallan en un fichero

El artículo 197.2 del Código Penal establece lo siguiente: «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

Este novedoso³⁴⁶ apartado recoge el tipo base de los delitos contra la libertad informática o *habeas data*, esto es, la faceta o perfil informático de la intimidad³⁴⁷. En este sentido, como ha destacado MUÑOZ CONDE, «la particularidad que el mismo encierra es que los datos referidos a la intimidad estén registrados de forma ordenada, normalmente a través de un mecanismo informático»³⁴⁸. Como adelantábamos, la Ley Orgánica 15/1999 se convierte en esta parcela en referencia legislativa (extrapenal) obligatoria.³⁴⁹ Y es que a día de hoy resulta una realidad incontestable la proliferación de registros y archivos, tanto públicos como privados, sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables³⁵⁰.

Dicho artículo 197.2 de la norma penal plantea diversos problemas interpretativos. Así, por una parte, el de la diferenciación de las conductas establecidas en ambos incisos. Siguiendo a ROMEO CASABONA, la misma se ha de realizar en función de la posición

tutelan secretos no personales y por tanto ajenos a la órbita del bien jurídico intimidad, cuando en realidad no es así por razones de tipo sistemático (ubicación en el Título relativo a los delitos contra la intimidad) y de tipo teleológico en atención al bien jurídico protegido. En definitiva por secretos debe entenderse «los secretos personales», expresión equivalente y redundante de intimidad». En sentido similar, véanse, entre otros, REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 456; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 350.

346 RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 67; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 361.

347 ALONSO DE ESCAMILLA, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 186; MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 421.

348 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 263.

349 Y, con anterioridad, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que se hallaba en vigor cuando se promulgó el actual Código Penal, como resalta ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 744 n. 162. En este sentido, el citado profesor, *ibid.*, considera que el legislador habría debido ser más cuidadoso en mantener una armonía terminológica y conceptual entre el Código Penal y la Ley Orgánica 15/1999 –y antes de ésta con la Ley Orgánica 5/1992.

350 Para un riguroso estudio en relación con los datos genéticos de carácter personal, puede consultarse NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006.

subjetiva del autor en relación con los datos³⁵¹, esto es, dependiendo de si se encuentra (primer supuesto) o no (segundo caso) autorizado para acceder a los referidos datos³⁵². Por otro lado, mientras el primer inciso únicamente alude a que la conducta se realice «en perjuicio de tercero», en el segundo, se amplía, asimismo, dicho círculo de acción al titular de los datos. Sin embargo, el sentido que deba darse a cada uno de los sujetos anteriores no resulta cuestión pacífica^{353 354}. Como tendremos ocasión de profundizar más adelante³⁵⁵, este tema deviene de especial importancia al objeto de fijar la categoría de la perseguibilidad en los delitos previstos en el capítulo I del título X del libro II del texto penal. Por último, se ha de destacar que el artículo 197.2 del Código Penal excluye de su ámbito a los encargados o responsables de tales ficheros, pues dicho aspecto cualifica la conducta realizada y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 197.4 de la norma penal (tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.5 CP), conllevará la imposición de la pena de prisión de 3 a 5 años.

C. Acceso ilícito a sistemas informáticos

Como han destacado CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, el nuevo artículo 197.3 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, se refiere a los accesos ilícitos a sistemas informáticos. Dicho precepto deriva de la Decisión Marco 2005/222/JAI relativa a los ataques contra los sistemas de información y del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001), objeto de ratificación por España en 2010³⁵⁶.

En concreto, el nuevo artículo 197.3 de la norma penal dice así: «El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema infor-

351 Las referencias al «carácter reservado de los datos» y a los «datos familiares» han recibido una crítica doctrinal generalizada. Así, véanse, entre otros, REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 467; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 369; ALONSO DE ESCAMILLA, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 186; LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 215. Sin embargo, justifica su utilización ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 749-752.

352 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 757, 758.

353 Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5.ª ed., cit., p. 173, destaca lo siguiente: «El art. 197.2 contiene dos modalidades alternativas y, curiosamente, se trata en primer lugar la que perjudica a un tercero y no al titular del dato o datos automáticamente almacenado».

354 Entre las diversas explicaciones que encontramos en la doctrina, véanse ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 756-760; MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 424-426.

355 En el capítulo III apartado IV.

356 CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial* (con Vives Antón, Orts Berenguer y Martínez-Buján Pérez), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 325.

mático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

2.2. Tipos agravados de los artículos 197.1 y 197.2 del Código Penal

Los dos primeros números del artículo 197 del Código Penal experimentan agravaciones cuando concurren los siguientes caracteres:

A. El descubrimiento de datos o la captación de imágenes y su posterior difusión, revelación o cesión a terceros

El artículo 197.3.I del Código Penal (tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.4.I CP) establece una conducta doble³⁵⁷ o dos comportamientos sucesivos³⁵⁸, pues en primer lugar se han de obtener los datos o imágenes, para, en segundo término, transmitirlos a otras personas. Tal como ha apuntado HIGUERA GUIMERÁ, el artículo 197.3.I (ahora art. 197.4.I) de la norma penal absorbe el tipo básico, lo que significará que no puedan ser aplicados ambos³⁵⁹. En cambio, la mera difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o imágenes, sin participación en el previo descubrimiento, pero conociendo el origen ilícito de aquéllos³⁶⁰ nos aparta del ámbito de los tipos agravados y conduce al terreno de los tipos autónomos (art. 197.3.II CP, tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.4.II CP), pues su comisión no precisa de la concurrencia de lo establecido en los artículos 197.1 ó 197.2 del Código Penal.

357 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 370.

358 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 784.

359 HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 781.

360 Apunta varios ejemplos, REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 470: «publicación de unas fotografías comprometedoras que han sido tomadas sin el consentimiento del titular del bien jurídico y que vulneran la intimidad de éste, u, otro caso frecuente, en la transcripción de unas cintas magnetofónicas que aparecen publicadas en la prensa cuando éstas han sido grabadas sin el consentimiento de ninguno de los participantes en la conversación». Un sector de la doctrina ha entendido que nos hallamos en estos casos ante un supuesto de receptación. Así, como botón de muestra, RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., pp. 115 y 116, se refiere a la «receptación de datos íntimos».

B. La realización de la conducta por el encargado o responsable del fichero o archivo

El artículo 197.4 del Código Penal (tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.5 CP) incorpora un delito especial pues sólo se puede cometer por los responsables o encargados de los correspondientes registros. Tales conceptos se hallan definidos en la Ley Orgánica 15/1999³⁶¹. Así, responsable del fichero o tratamiento será la «persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento»³⁶² [art. 3 d) LO 15/1999]; mientras que por encargado del tratamiento habrá de entenderse «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento» [art. 3 g) LO 15/1999].

2.3. Tipos agravados de los cuatro primeros (tras la LO 5/2010, cinco primeros) números del artículo 197 del Código Penal

Según lo dispuesto en el número 5 del artículo 197 del Código Penal (tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.6 CP) las conductas recogidas en los cuatro primeros apartados del mencionado precepto se sancionarán con las penas previstas en su mitad superior. Siendo coherentes con lo señalado hasta ahora, nos hallamos bien ante tipos agravados de las modalidades básicas contempladas en los artículos 197.1 y 197.2 del Código Penal, bien ante tipos superagravados cuando se toma como referencia los comportamientos de los artículos 197.3.I y 197.4 de la norma penal (tras la LO 5/2010, arts. 197.4.I y 197.5 CP)³⁶³. Independientemente de los diversos escenarios posibles aludidos, la agravación ocurrirá en los dos siguientes casos:

A. La existencia de datos sensibles

Se concede una protección adicional, imponiendo la pena en su mitad superior (art. 197.5.I CP), a aquellos datos «de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual». Lo anterior se ha de relacionar con lo dispuesto en

361 Sobre los problemas que se plantean como consecuencia de la deficiente técnica legislativa empleada –básicamente éstos consisten en que, en primer lugar, es la propia Ley Orgánica 15/1999 quien define dichos elementos normativos del tipo y, en segundo término, el tema relativo a la falta de coincidencia plena entre lo dispuesto en ambas normas–, véase ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 788, 789.

362 A efectos de entender el sentido de la expresión «tratamiento de datos», consideramos de interés reproducir la letra c) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 que la define como «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

363 En idéntico sentido, véase ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 793.

el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, precepto referido a los datos especialmente protegidos³⁶⁴.

B. La especial vulnerabilidad de la víctima

Cuando la víctima reúne la condición de menor de edad o incapaz ello determina la agravación del tipo en cuestión *ex* artículo 197.5.II del Código Penal (tras la reforma operada por la LO 5/2010, art. 197.6.II CP). Si bien la doctrina mayoritaria aplaude la introducción de dicha previsión³⁶⁵, el profesor ROMEO CASABONA se muestra especialmente crítico con la misma. La argumentación empleada por este último autor nos parece tan sólida que no nos resistimos a reproducirla: «(...) en primer lugar los datos o la información pertenecientes a un menor de edad o a un incapaz no revelan en cuanto tales una mayor vulnerabilidad respecto a la facilidad de su obtención, pues en no pocas ocasiones aquéllos se encontrarán en ficheros respecto a cuya custodia o acceso (...) apenas

364 En concreto, el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 dice así: «1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento».

365 En relación con el particular, véanse los diversos matices que aportan GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 372; REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 473. Por su parte, SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), cit., p. 295, si bien considera que el precepto en cuestión «en términos generales es muy adecuado por la mayor protección que merecen» los menores e incapaces, acto seguido puntualiza que «se ha de tener en cuenta que determinados aspectos de la intimidad pueden ser más importantes en un mayor que en un menor, en función de las circunstancias del caso».

disponen de una capacidad de control fáctica o jurídica. Y si la vulnerabilidad se refiere, como es más probable, a la circunstancia de que los titulares de los datos son personas especialmente vulnerables frente a la utilización abusiva de los mismos, no se alcanza a ver que ésa sea una característica específica de la intimidad y de los datos reservados no compartida con la mayor parte de los delitos, en concreto en los que no figura una agravación semejante. Hubiera sido suficiente para hacer frente a esa mayor vulnerabilidad el primer inciso del mismo precepto en el que se encuentra éste, en particular cuando en relación con un menor o incapaz los datos afectan a su religión (...), a su salud o a su origen racial»³⁶⁶.

2.4. Tipos agravados de los cinco primeros (tras la LO 5/2010, seis primeros) apartados del artículo 197 del Código Penal al concurrir fines lucrativos

Finalmente, el número 6 del artículo 197 (tras la LO 5/2010, art. 197.7) del Código Penal agrava –nos hallamos, pues, ante tipos superagravados o hiperagravados³⁶⁷– las conductas ya analizadas cuando los hechos se cometen con finalidad de lucro³⁶⁸, imponiéndose las penas en su mitad superior. Además, según la cláusula final de dicho apartado cuando el ánimo de lucro vaya referido a los supuestos contemplados en el artículo 197.5 del Código Penal (tras la LO 5/2010, art. 197.6 a pesar de la errónea redacción del Código tras la reforma) la franja de pena aplicable será la de prisión de cuatro a siete años.

3. El delito de revelación de secretos

Tal como destaca ROMEO CASABONA, el artículo 199 del Código Penal gira en torno al deber de secreto de quien por su trabajo tiene acceso legítimo a información secreta o reservada de naturaleza íntima relativa a otras personas. Ello significa que carece de cabida en el ámbito del artículo 199 del Código Penal la vulneración por parte de un profesional del deber de guardar un secreto cuando éste no afecta a la intimidad, entrando, en su caso, otros tipos penales en juego³⁶⁹. La norma de 1995 distingue dos tipos delictivos en función de la concreta actividad ejercida por el autor del hecho:

366 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 794, 795.

367 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 796, se refiere a un «efecto multiplicador de tipos agravados».

368 A tal efecto, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 180, alude al «tráfico de datos».

369 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 818. Al respecto, puede consultarse el trabajo de MORÓN LERMA, *La Tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, [en línea], [citado 18 mayo 2009]. Disponible en internet: <<http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0405102-104031/>>.

A. La violación de secretos ajenos conocidos por razón de oficio o relaciones laborales

Característica de esta primera categoría prevista en el artículo 199.1 del Código Penal es la de que el secreto se haya obtenido como consecuencia del desempeño de su oficio o de sus relaciones laborales³⁷⁰, lo que conlleva la lícita adquisición de aquél³⁷¹. Como nota común de ambos supuestos –oficio o relaciones laborales– cabe destacar que, normalmente y aun cuando en ocasiones cabría matizar dicho aserto³⁷², nos hallaremos ante casos en los que no se precisa de un título académico u oficial (por ejemplo, empleados del hogar, secretarios)³⁷³. Además, se ha de tener en cuenta que la revelación del secreto ajeno puede referirse no sólo al empleador, sino a otros compañeros o incluso a terceros, mejorando así lo dispuesto en el Código Penal anterior al respecto³⁷⁴.

B. La revelación del secreto profesional

En el caso establecido en el artículo 199.2 del Código Penal, la divulgación del secreto ha de realizarse por un «profesional». A efectos de aclarar dicho concepto, hacemos nuestras las notas características apuntadas por el profesor ROMEO CASABONA³⁷⁵. Así, se trata de una persona que (a) ejerce actos propios de su profesión (b) acreditada por un título académico u oficial, (c) ya realice la prestación de sus servicios por cuenta propia o ajena, (d) por lo general requiere darse de alta como colegiado en la organización profesional correspondiente y (e) el ejercicio de su profesión le convierte en confidente necesario en relación con terceros, particularmente con sus clientes, que se ven compelidos a compartir con aquél aspectos relativos a su intimidad con el fin de obtener de él sus servicios y prestaciones.

370 En relación con la duración del deber de secreto en los casos en que la relación laboral o similar ha finalizado, véanse, como botón de muestra de la diversidad de opiniones doctrinales, las posiciones de MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 439, y de ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 825, 826.

371 En caso contrario, podrían entrar en juego algunos tipos delictivos previstos en el artículo 197 del Código Penal.

372 En el supuesto, por ejemplo, de que un profesor de la facultad de derecho, no colegiado como letrado, se dedique a colaborar con un despacho de abogados efectuando dictámenes.

373 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 817.

374 En concreto, el artículo 498 del Código Penal derogado decía así: «El *administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal* y los divulgare será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas» [Cursiva añadida].

375 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 827.

Por su parte, el Código Penal de 1995 no establece un listado cerrado de profesionales³⁷⁶. Existe acuerdo doctrinal en torno a la aplicación del artículo 199 del Código Penal, entre otros, a los siguientes profesionales sobre los cuales pende el rótulo de «confidentes necesarios»³⁷⁷: médicos, abogados³⁷⁸, procuradores, etc. El Código Penal anterior únicamente hacía referencia a los letrados y procuradores en su artículo 360³⁷⁹. Sin embargo, esta infracción penal grave resultaba perseguible de oficio y además quedaba insertada en el capítulo primero («De la prevaricación») del título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»), y no dentro del título XII («De los delitos contra la libertad y seguridad») en el capítulo VII dedicado al descubrimiento y revelación de secretos.

4. El delito de descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas

La doctrina se ha mostrado especialmente cautelosa con la infracción penal contenida en el artículo 200 del Código Penal, que dice así: «Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código».

376 Según REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 482, 483, «con una caracterización abierta del sujeto activo, el Código elude una enojosa enumeración de profesiones obligadas al secreto que podría generar situaciones indeseadas en relación a la no inclusión de algunas de ellas o, simplemente, a la aparición de otras merecedoras de esa obligación y que, por el contrario, no se encontraran incluidas como tales. Se ha dicho que un concepto abierto como es el de profesional podría generar situaciones de inseguridad jurídica en tanto que el Código tampoco dice nada de qué es lo que debe entenderse por profesional. En cualquier caso, lo cierto es que para delimitar el concepto de profesional se debe huir de la identificación como tales de aquellas profesiones a las que tradicionalmente se les atribuye un cierto prestigio social. (...)»

Abundando en tal propuesta, la doctrina ha señalado dos notas esenciales en referencia a qué debe entenderse por profesional. La primera es el carácter necesario de la prestación de servicios. Es de ella de donde surge el deber de sigilo en relación a la intimidad del sujeto pasivo (del cliente) y la que convierte al profesional en confidente necesario del mismo. Y, en segundo lugar, el que se trate de una profesión jurídicamente reglamentada, esto es, que ese deber de sigilo esté regulado, que sea preceptivo y exigible al profesional, lejos, por lo tanto, de las obligaciones que se pretendan fundamentar exclusivamente en una obligación moral, en un deber de lealtad o en un deber de fidelidad al titular de la intimidad personal».

377 En este sentido, entre otros, véase LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., pp. 232, 233.

378 Por su parte, el artículo 466.1 del Código Penal –que tiene como bien jurídico no la intimidad sino la Administración de Justicia y, además, resulta perseguible de oficio– establece lo siguiente: «El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años».

379 Concretamente, el artículo 360 del Código Penal derogado establecía lo siguiente: «Será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas al Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión».

Dicha precaución³⁸⁰ ha venido en gran medida motivada por la inexistencia de intimidad en el caso de las personas jurídicas. Ello significará que el artículo 200 del Código Penal no puede proteger la intimidad de éstas al hallarnos ante un bien jurídico personalísimo difícilmente extrapolable a tales supuestos. El mantenimiento de una posición como la anterior lleva, además, a cuestionar la necesidad del mencionado precepto, ya que algunos de los delitos anteriormente analizados e incluidos en el propio título X del libro II del Código Penal resultarán aplicables al supuesto de revelación de datos pertenecientes a individuos aun cuando aquéllos se hallen en poder de personas jurídicas³⁸¹.

Sin embargo, según ROMEO CASABONA, nos hallamos ante un bien jurídico distinto de la intimidad, cual es la tutela de los datos personales, basado en que «las personas jurídicas gozan de una confidencialidad o reserva propia y autónoma (...)»³⁸². De esta manera el mencionado autor dota de contenido al precepto, lo cual deviene de especial interés al objeto de nuestra investigación, pues, como veremos³⁸³, la presente cuestión afecta muy de cerca a la categoría de la perseguibilidad. Y es que mientras que MORALES PRATS asocia la expresión «datos reservados de personas jurídicas» a los pertenecientes a personas físicas pero en poder de personas jurídicas³⁸⁴, el profesor ROMEO considera que un entendimiento como el anterior vacía el tipo delictivo en cuestión y lo convierte en superfluo y totalmente prescindible, dada la concreta protección dispensada en el artículo 197 del Código Penal a los datos pertenecientes a individuos. A su vez, PALOMO DEL ARCO recorre el camino contrario al seguido por nosotros. Así, dicho autor parte de la referencia al representante legal incluida en el artículo 201.3 del Código Penal, esto es, empieza por la perseguibilidad y de ahí concluye que las personas jurídicas (mismas) serán el sujeto pasivo del delito previsto en el artículo 200 del mismo texto legal³⁸⁵.

380 Por su parte, MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 452, 453, tilda dicha cláusula de «extraña»; REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 485, califica el precepto de «sorprendente» o «extraño».

381 SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), cit., p. 304.

382 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 838. Asimismo, LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 204.

383 Véase el capítulo III apartado IV epígrafe 1.1.1.

384 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 453 [«la alusión a datos reservados de las personas jurídicas, se proyecta sobre datos, en principio de personas jurídicas, pero con trascendencia en la intimidad de las personas físicas (por ejemplo, de los socios, directivos, empleados o de terceras personas cuyos datos son tratados y detenidos por la persona jurídica)»] y 454 [«se ha efectuado una extensión instrumental de la tutela de la intimidad que corresponde al individuo-persona física, para los supuestos en que pudiera quedar reflejada en datos reservados de personas jurídicas. Por consiguiente, el art. 200 CP debe ser interpretado en el sentido de proyectar los tipos penales del Capítulo I Título X CP a la revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas, que tengan trascendencia en la intimidad de las personas físicas»] [Cursiva en el original]. Un entendimiento como el expuesto consideramos que plantea ciertos problemas de deslinde entre lo establecido por el artículo 197.2 y lo dispuesto en el artículo 200 del Código Penal.

385 PALOMO DEL ARCO, «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II* (dir. Torres-Dulce Lifante), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 81.

A efectos de la pena el precepto comentado contiene una remisión a las sanciones previstas en los artículos precedentes –pensados, recordemos, para el supuesto en que la víctima es una persona física–. Ello plantea, además de la crítica motivada por la diferente lesividad de ambos supuestos³⁸⁶, algunas fricciones en punto a la falta de coincidencia entre los verbos utilizados en el artículo 200 del Código Penal (descubrir, revelar o ceder) y en los preceptos que lo anteceden. En concreto, el profesor ROMEO CASABONA ha llamado la atención sobre el diferente contenido ínsito en el verbo «descubrir» (art. 200 CP) y en la expresión «para descubrir (...) se apodere» (art. 197.1 CP)³⁸⁷.

Nos gustaría aludir en último término tanto a la utilización de la cláusula «sin el consentimiento de sus representantes», que constituye otro de los requisitos típicos; como a la coetilla final del artículo 200 del Código Penal («salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código»). La expresión mencionada en último lugar³⁸⁸ servirá para excluir de su ámbito los datos reservados de carácter comercial, societario o empresarial, pues entrarían en juego los artículos 278 y siguientes³⁸⁹. Las peculiaridades procedimentales contenidas en los artículos 278 a 286 del Código Penal (*ex art. 287* del mismo texto legal) nos obligarán más adelante³⁹⁰ al correspondiente análisis de los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

IV. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

El artículo 215 del Código Penal dice así: «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. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código».

386 Éste es el parecer de LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 204, quien entiende que «de lege ferenda, sería conveniente trasladar sistemáticamente el art. 200 a otro capítulo del CP, e introducir una cláusula atenuatoria de la responsabilidad criminal cuando los datos reservados objeto de descubrimiento o revelación sean titularidad de personas jurídicas, por cuanto parece evidente que la protección del derecho a la intimidad debe tener mayor protección que la protección del derecho a la confidencialidad, que es el único bien jurídico tutelable desde el punto de vista de las personas jurídicas».

387 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 841.

388 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 454, la denomina «cláusula de advertencia».

389 Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 378.

390 Concretamente, en este capítulo II apartado VII.

Este último apartado ha sido modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010, por lo que a partir del 23 de diciembre de 2010, el mismo tendrá la siguiente redacción: «3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

1. Introducción

Otro de los grupos de delitos que históricamente se ha caracterizado por sus peculiaridades persecutorias es el de las infracciones contra el honor. Concretamente, cuando se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882 conformaban la categoría de las infracciones penales privadas en el Código Penal de 1870 entonces vigente, junto con algunos delitos contra la honestidad (así, por un lado, el adulterio y el amancebamiento³⁹¹; y, por otro, el estupro), la injuria y la calumnia³⁹². A día de hoy, algunas infracciones contra el honor constituyen las únicas que forman la categoría de los delitos privados.

Además, los dos grupos de delitos citados mantienen «un halo de misterio y pudor en consonancia con los rituales sociales vigentes», tal como ha señalado FERNÁNDEZ PALMA para los delitos contra el honor³⁹³, aserto que en nuestra opinión puede hacerse extensible

391 Curiosamente, sin embargo, dichos tipos penales no resultaron incluidos en el artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quizá ello fuera debido a la peculiaridad persecutoria característica del adulterio y del amancebamiento. Y es que la querella necesariamente debía imponerse, empleando la terminología de entonces, contra la esposa adúltera y contra el varón con el que –sin ser su marido y sabiendo que era casada– yació (art. 449); o contra el esposo y su manceba (art. 452, en relación con el art. 449). En concreto, el artículo 449 de la norma penal de 1870 rezaba así: «No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos»; por su parte, el artículo 452 del Código Penal de 1870 establecía lo siguiente: «El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena (...)».

Lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente».

392 En lo que respecta al estupro, recordemos cómo el artículo 463 del Código Penal de 1870 comenzaba así: «No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, ó abuelos ó tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de raptor ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia. (...)». Y en relación con la injuria y la calumnia, el artículo 482.II del Código Penal de 1870 disponía lo siguiente: «Nadie será penado por calumnia ó injuria sino á querella de la parte ofendida, (...)». Aún queda en la legislación alguna huella de aquel panorama legislativo, tal como se observa en la letra del artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal»). Quizá dicho régimen común se explicara, en cierta manera siquiera –dado que, como se ha podido comprobar, en algunos delitos contra la honestidad «bastará la denuncia»–, como una consecuencia de la idea apuntada por JIMÉNEZ ASEÑO, «Delitos contra el honor», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (dir. Mascareñas), t. VI, Francisco Seix, Barcelona, 1954, p. 631: «Ordinariamente se suelen usar confundidas, como sinónimas, las voces honestidad, honra y honor, las cuales, no obstante poseer la misma raíz desinencial –hon–, teóricamente poseen acepciones diferentes, o al menos se pretende que las posean (...)».

393 FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 131.

a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexual con el simple recuerdo del bien jurídico que hasta 1989 quedaba tutelado en estos delitos³⁹⁴.

En la actualidad, dentro del título XI del libro II del Código Penal que prevé los delitos contra el honor (arts. 205-216 CP) se encuentran la calumnia (cap. I) y la injuria (cap. II). El capítulo III del título se dedica a las «Disposiciones generales»³⁹⁵. No obstante lo anterior, el texto legal de 1995 –como sucede en relación con algunas infracciones penales relacionadas con la sexualidad– no aglutina en este título XI toda la regulación penal en el ámbito de las lesiones contra el honor, pues encontramos previsiones específicas fuera del mismo (así, los arts. 490.3, 491, 496 y 504 CP)³⁹⁶, siendo característica común a todas estas últimas la de su perseguibilidad de oficio.

Quizá la consideración de las infracciones contra el honor como perseguibles a instancia de parte se deba a que resulta complicado aprehender dicho bien jurídico³⁹⁷, pues se trata de delitos circunstanciales, esto es, que dependen en mayor medida que otros de las vicisitudes de cada caso³⁹⁸. Sin embargo, este razonamiento hace aguas en los atentados contra

394 En palabras de FUENTES SORIANO, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir. Hurtado Pozo), Lima-Friburgo (Suiza), 2001, p. 273, «hasta fechas relativamente recientes, los delitos sexuales eran considerados como delitos contra el honor, lo cual supone, en realidad, mucho más que una mera clasificación de los mismos; supone entender que el bien jurídico protegido en estos casos no era la libertad sexual de la víctima sino, por contra, su derecho al honor».

395 No se alcanza a entender por qué aquí se emplea la denominación «Disposiciones generales» para aquéllas aplicables a más de un capítulo, y, en cambio, dentro del título VIII, en el capítulo VI, se ha preferido la expresión «Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores», donde se encuentra el artículo 191 del Código Penal que, como señalamos, no es predicable a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Consideramos por ello más acertado el rótulo empleado en el título XI, especialmente, si se tiene en cuenta que no siempre los artículos contenidos en este tipo de capítulos se refieren a la totalidad de las infracciones incluidas dentro de un mismo título.

396 Se muestran, entre otros, críticos con esta ubicación sistemática, REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), cit., p. 500; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 390; LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 16, 101-102. Se podría dudar si la lesión del honor ha de producirse contra la institución como tal o contra algún miembro perteneciente a dicho órgano. Como ha señalado LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, cit., p. 113, sólo las personas físicas pueden cometer un delito, por lo que la lesión al honor se ha de entender dirigida contra los componentes de dichas altas esferas públicas. La referida profesora, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II* (coord. Díez Ripollés y Romeo Casabona), cit., p. 1014, encuentra como razón para plantearse que la imputación se pueda dirigir contra el órgano como tal y no contra sus miembros, el intento de restringir y reducir al máximo el ámbito de aplicación de aquellos tipos penales incomprensiblemente privilegiados (por ejemplo, el art. 504.1 CP) con respecto a la regulación general prevista en el título XI del libro II del Código Penal. Por su parte, TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), cit., p. 302, considera a estos tipos –que subsisten como delitos contra la Constitución– modalidades de desacato.

397 Resultan interminables los conceptos de honor manejados por la doctrina. Entre ellos, cabe realizar la siguiente clasificación: por un lado, la opción por alguna de las teorías fácticas, normativas o mixtas; y, por otro, el ámbito del honor objetivo u subjetivo. Entre la abundante literatura existente en torno al bien jurídico honor, puede consultarse LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II* (coord. Díez Ripollés y Romeo Casabona), cit., pp. 935-1001.

398 Entre otros, LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II* (coord. Díez Ripollés y Romeo Casabona), cit., pp. 936, 944, 945; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord.

el honor previstos fuera del título XI del libro II, infracciones todas ellas públicas, aunque se intente salvar señalando que estos tipos protegen, además, otros bienes jurídicos³⁹⁹.

Concretamente, como notas básicas en el ámbito de su perseguibilidad, el Código Penal ha recogido la necesidad de querrela del ofendido o de su representante legal (art. 215.1); no obstante lo anterior, se procederá de oficio si la ofensa se dirige contra funcionario público sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. Operará, además, el perdón (art. 215.3 CP) y se exigirá licencia del juez si la calumnia o injuria ha sido vertida en juicio (art. 215.2 CP). Por su parte, una lectura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos permite ampliar el número de peculiaridades procesales aplicables a estos casos, al producirse la exclusión de la intervención del Ministerio Fiscal en los delitos contra el honor (art. 105 LECr.) y exigirse, además, el intento de conciliación (art. 278 LECr.). Asimismo, habremos de tener en cuenta las previsiones incluidas en el libro IV (De los procedimientos especiales) de la norma procesal penal, concretamente en su título IV, que instaura el procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares (arts. 804-815 LECr.).

Por último, si se aplica la máxima de que la penalidad de las infracciones se establece básicamente en función de la importancia de los bienes jurídicos protegidos en los concretos tipos penales, rápidamente se extrae la conclusión de que la reducida sanción asociada a las calumnias e injurias se encuentra vinculada a la (menor) relevancia otorgada por el legislador a dicho bien jurídico. Si lo anterior se une a la posibilidad de utilizar sólo la acción civil, se comprende la preferencia de un sector doctrinal, en un análisis *de lege ferenda*, en cuanto a la exclusión, al menos parcial, de esta tutela penal del honor⁴⁰⁰. Antes de iniciar el estudio de los correspondientes tipos⁴⁰¹, cabe destacar la configuración mayoritaria de la calumnia en la literatura penal como modalidad (la más grave) de injuria⁴⁰², de la cual se distinguiría por el contenido de la actitud deshonrosa.

Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 391. La jurisprudencia utiliza también dicho término para aludir al criterio diferenciador del delito y la falta de injurias. Así, por ejemplo, la SAP Islas Baleares n.º 231/2006 (RAJ 2007/45597); STS n.º 807/1995, de 24 de junio (RAJ 1995/4847); STS n.º 278/1995, de 28 de febrero (RAJ 1995/1436).

399 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», en *Tribunales de Justicia* 1/1998, p. 22, con relación a los tipos equivalentes en el Código Penal anterior, señaló que «el bien jurídico protegido en ellos no era el honor sino el prestigio de la función».

400 Un resumen de las diversas propuestas habidas en este ámbito puede consultarse en LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., p. 99. Asimismo, TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», cit., pp. 321, 322.

401 Para un estudio de la doctrina jurisprudencial existente con el Código Penal anterior, véase GRANADOS PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), cit., pp. 133-160.

402 Entre otros, LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 99, 125; GRANADOS PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», cit., p. 147; TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», cit., p. 304, quien apunta cómo dicha graduación de tipos cobra sentido para la modalidad de injuria consistente en imputaciones de hechos; en idéntico sentido, CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 407. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 285, quien, consecuentemente, expone primero la injuria, y, después, la calumnia. Sin embargo, también encontramos ejemplos, así BACIGALUPO ZAPATER, «La dogmática de los delitos contra el honor y el nuevo Código Penal»,

2. La calumnia: imputación de un delito

Según el artículo 205 del Código Penal, la calumnia consiste en la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Del análisis del tipo se puede destacar cómo el mismo incluye sólo la imputación de un delito —como sinónimo de infracción penal grave—⁴⁰³, sin efectuar distinción alguna en función del grado de realización (tentativa/consumación) o de la participación en el hecho (autoría, complicidad, etc.).

2.1. La equiparación entre infracciones perseguibles a instancia de parte y de oficio

Carece de trascendencia que la infracción imputada sea o no de las perseguibles de oficio. Esta última cuestión ha variado respecto al Código Penal anterior, ya que en el texto derogado resultaba más grave —no sólo la pena, sino el mismo tipo delictivo en el que se incurría— la afrenta contra el honor cuando se imputaba algún hecho constitutivo de un delito público. En concreto, si el ilícito imputado no era perseguible de oficio constituía un delito de injuria grave y no de calumnia, *ex* artículo 458.1.º del Código Penal derogado; mientras que el artículo 453 del texto penal anterior definía la calumnia como la «falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio».

Se ponía de relieve la decisión legislativa en punto a considerar menos lesivo el bloque de infracciones perseguibles a instancia de parte, diferencia ésta que quedaba en cierta forma disipada cuando al régimen general de no admisión de «prueba de la verdad» en las injurias se excepcionaba el supuesto en que el delito imputado fuera de los no perseguibles de oficio (art. 461 y su remisión al art. 458.1.º, ambos del Código Penal derogado). Ahora bien, ello no significó la eliminación de situaciones un tanto sorprendentes, dado lo restringido de la figura de la *exceptio veritatis*. Así, sólo se admitía dicha *exceptio* en el ámbito de la imputación de un delito de los no perseguibles de oficio a quien tuviera «derecho a

en *Delitos contra el honor*, cit., p. 13, de lo que sería la concepción contraria, es decir, la que entiende el delito de injuria como una forma atenuada de calumnia. En relación con los textos legales, cabe señalar que en el Código Penal aparece primero el delito de calumnia. Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se emplea el orden expositivo contrario (la referencia a la injuria primero, y, después, la previsión de la calumnia). Como botón de muestra de lo anterior, se puede citar el rótulo del título IV del libro IV de la ley procesal penal («Del procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares») o el artículo 810 de la citada norma.

403 La (falsa) imputación de un hecho que tiene cabida en una falta penal o administrativa podría constituir, en su caso, un delito de injuria, tal como se desprende de la lectura del artículo 210 del Código Penal. Se muestra cauteloso con la presente decisión legislativa TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», cit., p. 306. En esta línea, resulta atinada la observación realizada por BACIGALUPO ZAPATER, «La dogmática de los delitos contra el honor y el nuevo Código Penal», cit., pp. 6, 7, cuando critica la exclusión de las faltas penales del citado precepto, pues alega que puede ser, incluso, más lesivo para el honor, ya que la distinción delito/falta «implica cuestiones técnico-jurídicas de cierta complejidad que el público en general apenas puede distinguir y que, consecuentemente, no disminuyen la gravedad de una imputación que sitúa al sujeto pasivo en el grupo social de los infractores de la Ley penal».

perseguir el delito imputado en el caso del número 1.º del artículo 458» (art. 461 Código Penal anterior). Tal como ha destacado TASENDE CALVO, se llegaba al absurdo de tener, en su caso, que imponer una condena por delito de injurias a quien sin ostentar legitimación activa con relación a la infracción no perseguible de oficio hubiera efectuado una imputación verdadera acerca de la comisión de un delito privado o semipúblico⁴⁰⁴.

Pero, si ahondamos en la regulación anterior, cabría destacar la equiparación entre la imputación realizada por vía informal y formal de un delito no perseguible de oficio —característica que en la actualidad permite distinguir, con independencia de su perseguibilidad, los delitos de calumnia del tipo de acusación y denuncia falsa previsto en el artículo 456 del Código Penal—. Y es que el fundamento tenido en cuenta con anterioridad a 1995 no era tanto el del (órgano) destinatario de la imputación, sino precisamente el carácter público o no del delito. Por ello, para los delitos no públicos el tipo en el que se podía incurrir era el de injuria, dada la exclusión que se producía con respecto a la infracción de calumnia; pero, asimismo, se eliminaban del ámbito del delito de acusación y denuncia falsa las infracciones que no dieran lugar a procedimiento de oficio (art. 325 CP derogado).

Todo ello pone de manifiesto cómo hasta la promulgación del Código Penal de 1995 se atribuyó a los delitos públicos una protección privilegiada o preferente con respecto a los que no lo eran. En consecuencia, bien podría afirmarse la existencia en el cuerpo legal derogado de una especie de *tertium genus* o categoría intermedia entre las infracciones leves (faltas) y las graves (delitos) formada por los delitos perseguibles a instancia de parte⁴⁰⁵.

2.2. La falsedad requerida

La falsedad puede ser entendida en un doble sentido: en el plano objetivo o real la imputación puede ser verdadera o falsa; y existe otro ámbito, el subjetivo, que puede o no coincidir con el anterior. En todo caso, el legislador se ha referido a la falsedad subjetiva al señalar que la imputación delictiva, para ser calumnia, ha de ser realizada «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Sin embargo, se ha generado especial polémica en cuanto a la modalidad objetiva, dado que en la redacción legal vigente se ha omitido cualquier pronunciamiento sobre si el delito imputado ha de ser en todo caso falso. Al respecto, insistimos en que el artículo 205 del Código Penal únicamente prevé que dicha imputación se realice «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», aspectos que hacen referencia al ámbito del tipo subjetivo del injusto. Dos han sido las formas de entender dicho silencio normativo, cuestión ésta que se ha de relacionar con el concepto de honor manejado y que tendrá, además, influencia directa en la interpretación que se realice de la *exceptio veritatis*:

404 TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), cit., p. 305.

405 En este planteamiento, las faltas perseguibles a instancia de parte, constituirían el último escalón, formando una cuarta categoría, tras las infracciones (públicas) leves.

2.2.1. La inveracidad objetiva

La doctrina mayoritaria estima que el elemento de la falsedad queda incluido en el tipo objetivo, pues considera que en la actualidad el bien jurídico honor no puede ser lesionado en aquellos casos en que lo imputado (en este sentido, un hecho delictivo) sea veraz, es decir, haya realmente acaecido⁴⁰⁶. Las dos situaciones que se pueden plantear son, pues, las siguientes:

A. Coincidencia entre el plano subjetivo y el objetivo: Se imputa un delito en la creencia de que es falso (falsedad subjetiva) y realmente lo es (falsedad objetiva)

Se sancionaría como delito de calumnia, dado que concurrirían todos los elementos exigidos por los defensores de esta concepción.

B. Discordancia entre el ámbito subjetivo y el objetivo

- a. Se imputa un delito en la creencia de que es falso (falsedad subjetiva) y en realidad no lo es (veracidad objetiva)

No se dan todos los requisitos, por la ausencia de la falsedad objetiva, con lo que, como máximo, y en función del sector doctrinal manejado⁴⁰⁷, sólo cabría castigar dicho hecho como tentativa de un delito de calumnia, siempre que concurren el resto de elementos típicos.

- b. Se imputa un delito en la creencia de que efectivamente se ha cometido (veracidad subjetiva) y realmente no ha sido así (falsedad objetiva)

Los partidarios de esta concepción entienden que en este caso no se lesiona el bien jurídico honor, ni siquiera como tentativa de delito, al estimar que la veracidad subjetiva impide todo reproche penal.

2.2.2. La inveracidad subjetiva

Sin embargo, un sector minoritario⁴⁰⁸, al que nos adherimos, considera que en el artículo 205 del Código Penal no se ha incluido la falsedad como elemento objetivo del tipo, pues las únicas referencias a dicho requisito se encuentran en la parte subjetiva de la tipici-

406 Entre otros, mantienen este entendimiento LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., pp. 126, 256; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., pp. 399 y 402; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 293; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997, p. 618; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 121.

407 Véase el apartado relativo a la *exceptio veritatis* en la calumnia y la interpretación que se ha realizado del artículo 207 del Código Penal.

408 LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 105, 106; VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac, Martínez-Buján Pérez), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 348. Asimismo, MUÑOZ LORENTE, «Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los

dad («con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad»)⁴⁰⁹. Las consideraciones anteriores se fundan en la diferente redacción de los respectivos tipos penales en el actual y anterior Código Penal, donde quedaba expresamente incluida la falsedad objetiva como elemento del tipo, al definirse la calumnia (*ex art. 453 CP derogado*) como «falsa imputación de un delito (...)». Consecuentemente, la ausencia que se observa en el texto de 1995 no puede calificarse de simple olvido legislativo. Pero es que, además, en el Código Penal vigente sí que encontramos un concepto de falsedad objetiva en el delito de denuncia y acusación falsa previsto en el artículo 456 del Código Penal. Lo anterior puede ser observado por un lado, en el adjetivo empleado en el mismo *nomen iuris*; y, por otro, en la propia redacción del artículo 456, cuando alude a «hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal (...)». Ello conduce a los partidarios de esta opción a sostener que el concepto manejado por el legislador es el de inveracidad subjetiva, y, que, por tanto, podría lesionarse el honor con una imputación certera. De ahí que la concepción analizada se refiera exclusivamente a la inveracidad subjetiva en su doble modalidad⁴¹⁰:

A. La falsedad conocida: «con conocimiento de su falsedad»

La doctrina ha considerado de manera unánime que esta expresión resulta equiparable al dolo directo⁴¹¹.

B. La verdad despreciada: «con temerario desprecio hacia la verdad»

Esta segunda posibilidad que establece el legislador plantea más dudas relativas a su interpretación. En concreto, la literatura especializada se ha decantado en algunos casos por posiciones que incluyen exclusivamente el dolo eventual⁴¹²; mientras que, en otros, se ha extendido dicha previsión también a la culpa o imprudencia consciente⁴¹³. Por su parte, un análisis de la jurisprudencia pone de relieve la equivalencia entre el temerario desprecio hacia la verdad del Código y la expresión «desprecio absoluto hacia la verdad» empleada

delitos contra el honor», en Jueces para la Democracia, n.º 35, 1999, realiza un sólido análisis en relación con esta cuestión, aportando a lo largo del trabajo diversos argumentos para mantener dicha tesis.

409 No entraremos aquí en si la expresión «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» constituye un elemento subjetivo específico del tipo o no. Incluso, si se mantiene esta última opción, existen discrepancias a la hora de entender el «temerario desprecio hacia la verdad» como un supuesto de dolo eventual o de imprudencia consciente.

410 PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), cit., p. 269, quien engloba el problema bajo el epígrafe «De la falsedad «conocida» a la verdad «despreciada»», expresiones que emplearemos en el texto.

411 Por todos, CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 406.

412 CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 406; VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac, Martínez-Buján Pérez), cit., p. 348; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 293. Para una clasificación de las diversas posiciones doctrinales sobre el particular, véase PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», cit., pp. 266 y ss.

413 CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. Silva Sánchez y coord. Ragués i Vallès), Atelier, Barcelona, 2006, p. 148.

en el foro⁴¹⁴. Parece que existe acuerdo en incluir en la expresión «con temerario desprecio hacia la verdad» aquellos supuestos –denominados, gráficamente, por un sector «ceguera sobre los hechos»⁴¹⁵– donde no se ha realizado una mínima comprobación del hecho criminal imputado, dado que se actúa sin la debida diligencia⁴¹⁶. Por último, se ha de destacar que el propio legislador parece haber dado con un sinónimo del «temerario desprecio hacia la verdad» en el artículo 214.I del Código Penal, a través de la fórmula «falta de certeza».

2.3. Clases

Existen dos modalidades de calumnias desde el punto de vista de la penalidad (art. 206 CP), las propagadas con publicidad⁴¹⁷ y el resto de casos. Para el primer supuesto, se ha previsto la alternativa –a decidir por el juez– entre la pena pecuniaria y la de prisión. Es éste el único caso en que el legislador ha acudido a la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad respecto a los delitos previstos en el título XI del libro II del Código Penal⁴¹⁸.

3. El delito de injuria: lesión de la fama o de la propia estimación

3.1. Concepto

La injuria, según el artículo 208 del Código Penal, consiste en la «acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Seguidamente, en una tipificación harto compleja, el precepto citado prevé que sólo serán constitutivas de delito las injurias que en el concepto público sean tenidas por graves. Esta disposición ha sido alabada por un sector doctrinal, para evitar así condenas por un delito de injurias en supuestos que desde un prisma social pueden calificarse de livianos, pero que desde la óptica de la víctima revisten una enorme lesividad contra

414 Aspecto destacado por CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. Silva Sánchez y coord. Ragués i Vallès), cit., p. 148, que cita como ejemplo la STS de 17 de mayo de 1996.

415 PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», cit., p. 274.

416 PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», cit., p. 274.

417 El propio Código Penal define en su artículo 211, lo que entiende por publicidad (tanto para la calumnia como para la injuria): «(...) cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante».

418 Se ha aprovechado la ocasión brindada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para reformar la redacción del artículo 206 del texto penal, y eliminar así la coincidencia de parte de la franja de pena que se producía, y que hacía coincidir a ambas modalidades.

su honor⁴¹⁹. En el apartado siguiente concluimos el análisis sobre cuáles son las restantes características exigidas en el tipo de injuria.

3.2. Clases

En este caso el legislador ha distinguido los atentados contra el honor –externo (fama, reputación social o heteroestima) o interno (propia estimación o autoestima)⁴²⁰– producidos como consecuencia de una acción o de una expresión que lesiona la dignidad de otra persona⁴²¹.

Siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, las primeras serían las injurias reales, es decir, las consistentes en la realización de una acción⁴²²; mientras que las segundas entrarían en la categoría de injurias vertidas de palabra⁴²³. Estas últimas pueden dividirse en función de si son proferidas de forma escrita o verbal. Pero un mayor interés se desprende de la clasificación según el contenido de las expresiones vertidas, ya que pueden consistir en juicios (negativos⁴²⁴) de valor⁴²⁵ o en imputación de hechos (propios⁴²⁶)⁴²⁷. El Código no considera graves las injurias que consis-

419 CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 409.

420 QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., cit., p. 1036. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., pp. 282, 283, se refiere al sentido objetivo y subjetivo. LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, cit., p. 16. No entraremos, tampoco aquí, en la polémica doctrinal surgida en torno a las diversas concepciones del bien jurídico honor. Para un resumen de las mismas, véase REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), T. I, cit., pp. 502 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, cit., pp. 13-48. Para un estudio sobre los elementos de la injuria, véase FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, cit., pp. 133-202.

421 TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», cit., p. 308, considera dicha mención de la dignidad «difusa y falta de concreción o certeza», además de «superflua».

422 Mientras que RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), cit., p. 626, entiende el término acción en un sentido amplio, el profesor REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), T. I, cit., p. 524, considera que una omisión no podría dar lugar a un delito de injurias. Niega, asimismo, su tipicidad DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 220.

423 RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), cit., p. 626. QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., cit., p. 1035, parecen mantener la opinión contraria.

424 LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, cit., p. 131.

425 Resulta de interés la observación de LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., p. 86, al señalar que «cualquiera que sea el comportamiento de un sujeto tendrán siempre los demás que ofrecerle un trato digno y humano. Ello explica, de otro lado, la ilegitimidad de los insultos a personas físicas».

426 Así lo entiende BACIGALUPO ZAPATER, «La dogmática de los delitos contra el honor y el nuevo Código Penal», cit., p. 14, al señalar que «los hechos ajenos pueden afectar a la intimidad personal o familiar, pero no al honor, pues por definición, la honra de una persona depende de sus propias acciones».

427 Por su parte, MUÑOZ LORENTE, «Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)», cit., pp. 32 y ss., analiza dentro de una misma categoría las imputaciones de hechos (con independencia de que se trate de un

tan en imputación de hechos, y, en consecuencia, no constituirán delito, salvo cuando tal injuria se haya llevado a cabo con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad⁴²⁸. En relación con esta cuestión, damos por reproducidas las observaciones sobre la necesidad de inveracidad objetiva que efectuamos en sede del delito de calumnia⁴²⁹.

La doctrina⁴³⁰, dentro de la imputación de hechos, ha dado cabida a tres casos bien diferenciados: a) cuando la imputación de hechos no es lo suficientemente concreta como para constituir un delito de calumnia; b) cuando se trata de la imputación de un hecho constitutivo de una falta penal; y, c) cuando la imputación de hechos, sin constituir ilícito penal, merece una valoración negativa por parte de la sociedad. Entrarían aquí las infracciones administrativas. Asimismo, tal como indicábamos para la calumnia, la publicidad convierte el ataque contra el honor en más lesivo, por lo que la penalidad resulta incrementada (*ex art. 209 CP*)⁴³¹.

3.3. La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen: la «intromisión ilegítima»

El estudio de la regulación penal ya ha sido abordado en líneas anteriores por lo que ahora únicamente destacaremos el concepto de «intromisión ilegítima», idea-fuerza en torno a la cual gira la Ley Orgánica 1/1982. Dicho texto legal, en vez de proceder a su definición, ha preferido concretar la categoría de la «intromisión ilegítima» en siete –ocho,

hecho constitutivo de calumnia o de injuria) al abordar la cuestión relativa a la exigencia de la falsedad como elemento del tipo objetivo en ambos casos. En relación con este tema, MUÑOZ LORENTE, *ibid.*, p. 33, considera que en los delitos contra el honor consistentes en la imputación de hechos constituye la injuria (*ex art. 208.3 CP*) el tipo básico, y no la calumnia.

428 Estimamos acertada la observación de MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 291, al señalar que el problema se halla en deslindar la imputación de hecho del juicio de valor. En este sentido, ejemplifica dicha dificultad: «Afirmar falsamente que una persona abusa sexualmente de menores es una imputación de hecho que, además, al tratarse el hecho imputado de un delito, constituye una calumnia. Llamarle homosexual o paidófilo todo lo más puede ser injuria en la medida en que se estime que es un juicio de valor negativo que no requiere ninguna prueba, ni conciencia de inveracidad o falsedad de lo afirmado. Las diferencias son, sin embargo, sutiles y difíciles de marcar. ¿Dónde están las diferencias entre acusar a alguien de haber dilapidado el dinero que se le ha confiado o acusarlo de ser un mal administrador, entre una afirmación de hecho y una mera opinión sobre determinados actos?».

429 Concretamente, en este capítulo II apartado IV epígrafe 2.2.

430 CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. Silva Sánchez y coord. Ragués i Vallès), cit., p. 155.

431 El artículo 209 del Código Penal dispone lo siguiente: «Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses». LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, cit., p. 140, ha criticado la penalidad atribuida a las injurias proferidas con y sin publicidad, pues existe un tramo en el cual ambas se superponen. Ello parece carecer de lógica, si el legislador considera que el requisito de la publicidad en el ámbito de los delitos contra el honor dota a dicho comportamiento de un mayor injusto. Sorprende, en este sentido, la diferente evolución legislativa existente en el ámbito del delito de calumnia, donde a través de la Ley Orgánica 15/2003 se erradicó el desajuste penológico habido, y el delito de injurias que no ha sufrido reforma alguna.

a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010– supuestos⁴³². Actualmente, la última modalidad (art. 7.7) prevé como intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Esta norma se asemeja a la definición de la injuria constitutiva de delito prevista en el Código Penal de 1995⁴³³, lo cual no es casual, pues el mencionado artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 fue reformado en la Disposición Final 4.ª del Código Penal de 1995. En este sentido, dicho artículo 7.7 podría utilizarse como un argumento más por quienes sostienen que la injuria constituye el tipo básico de las infracciones contra el honor.

Así las cosas, parece que la nota que diferencia la intromisión ilegítima constitutiva de ilícito civil y la que constituye delito reside en el adjetivo «grave», calificativo altamente relativo por otro lado. Sin embargo, hemos de recordar la dicción del artículo 620.2.º del Código Penal, que define como falta de injuria –perseguida, además, a instancia de parte– la «injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito». La incertidumbre es evidente, pues no resulta claro dónde se establece la línea divisoria entre el comportamiento que da lugar a responsabilidad penal y el que, en cambio, sólo da derecho a una indemnización. En este sentido, una opción podría consistir en la supresión *de lege ferenda* de la falta prevista en el artículo 620.2.º del Código Penal, a fin de conseguir, al menos, la delimitación entre la vía civil y la penal⁴³⁴. Sin embargo, a día de hoy, el criterio para diferenciar ambas reside, exclusivamente, en la voluntad del ofendido⁴³⁵. Ello, además, ocurre por partida doble, ya que en muchos casos nos hallamos ante infracciones penales en las cuales la víctima es la única que puede activar el sistema procesal, dado su especial régimen de perseguibilidad. Las relaciones existentes entre las acciones civiles y penales en este ámbito no se han establecido con nitidez ni resulta sencillo su entendimiento. A tal fin, se han desaprovechado diversas ocasiones, como la que tuvo el legislador de 1982⁴³⁶, la promulgación del Código Penal de 1995 o la introducción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

432 La doctrina ha considerado *numerus apertus* dicho listado, tal como recoge ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988, p. 102. Además, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, dicho artículo 7 «recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro».

433 Sin embargo, con la redacción anterior de este artículo 7.7 («La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena») ya se había destacado esa coincidencia con los delitos contra el honor.

434 LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., p. 101, sostiene que la existencia de este precepto «sigue complicando la distinción en esta materia entre ilícito civil e ilícito penal» y en p. 130, entiende que la «única solución razonable, y la más coherente con el principio de intervención mínima, sería (...) la de suprimir la falta de injurias, manteniendo exclusivamente como tipos penales la imputación de delitos (calumnia) y las injurias graves».

435 Asimismo, en este sentido, FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «La protección penal o civil del honor», en Revista «La Ley», n.º 6755, 27 de junio de 2007, ref.ª D-150, p. 1946. Sobre ésta y otras cuestiones de interés, véase, además, el trabajo de QUINTERO OLIVARES, «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1989, pp. 589-603.

436 En esta línea, MUÑOZ MACHADO, «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», en Revista Poder Judicial, 2.ª época, n.º 1, p. 13.

V. LOS DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA

El artículo 228 del Código Penal dice así: «Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

1. Introducción

Dentro de la rúbrica «Del abandono de familia» ínsita en la sección 3.^a (Del abandono de familia, menores o incapaces) del capítulo III (De los delitos contra los derechos y deberes familiares) del título XII (Delitos contra las relaciones familiares) del libro II del Código Penal quedan incluidos dos preceptos, concretamente los artículos 226 y 227 del Código Penal⁴³⁷, junto con el artículo 228 de la norma penal referido este último a los requisitos de perseguibilidad de aquéllos⁴³⁸. Dichos tipos castigan el incumplimiento de ciertos deberes ligados al Derecho de familia⁴³⁹. Sin embargo, varía el supuesto del que parte el legislador en ambos preceptos, pues mientras las conductas tipificadas en el artículo 226 del Código Penal no quedan asociadas a la existencia de una crisis matrimonial (separación, divorcio o nulidad), el hecho castigado en el artículo 227 del Código Penal parte, en principio⁴⁴⁰, de una tal situación⁴⁴¹.

En otro orden de cuestiones, nos hallamos ante unos ilícitos penales fuertemente cuestionados por la doctrina. Y es que, por un lado, se ha destacado que el ámbito de la familia no resulta el más idóneo para la intervención del *ius puniendi*, lo que trae a colación el principio

437 El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (el mismo se encuentra publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1992) incluía, además, un tercer precepto perseguible a instancia de parte –concretamente se trataba del art. 230– en el que se castigaba como delito el siguiente comportamiento: «El que no permitiere el régimen de visitas y comunicación establecido por resolución judicial en cualquier proceso matrimonial o de filiación, será castigado con la pena de arresto de ocho a quince fines de semana o multa de seis a doce meses».

438 Véase la diferencia con respecto al Código Penal anterior, que incluía el abandono de familia –y de niños– (capítulo III) dentro del título XII rotulado De los delitos contra la libertad y seguridad.

439 Para LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1275, ambos preceptos se refieren a prestaciones que tienen su origen «en una relación familiar y, en su inmensa mayoría se trata, además, de obligaciones impuestas por la legislación civil para garantizar las condiciones mínimas de bienestar de los miembros más desfavorecidos o vulnerables de la relación familiar presente o pasada». Por otro lado, no debemos olvidar en este campo lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, que dice así: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

440 Aun cuando también se contemplan los procesos de filiación o de alimentos.

441 En sentido parecido al del texto, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., 16.^a ed., p. 314.

de intervención mínima⁴⁴²; y, por otro, se subraya que existen en el seno del propio proceso civil mecanismos tendentes a garantizar el cumplimiento del Derecho de familia. Por último, como rasgo común de los artículos 226 y 227 del Código Penal, cabe destacar que nos hallamos ante delitos de omisión, categoría que de suyo implica la posibilidad de acción.

2. El delito de abandono material⁴⁴³ de familia

El artículo 226.1 del Código Penal recoge dos tipos de omisión diferenciados «tanto por el contenido de los deberes implicados como por los sujetos pasivos»⁴⁴⁴. Concretamente, nos referimos, por un lado, al no cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar; y, por otro, a la no prestación de la asistencia legalmente establecida para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuge, siempre que se hallen necesitados. Característica de los dos tipos mencionados es la relativa a la exigencia de una cierta permanencia de la situación creada, tal como subrayara PRATS CANUT y destaca la jurisprudencia⁴⁴⁵. Ambas conductas tienen prevista idéntica sanción: pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses⁴⁴⁶; y podrá, asimismo, imponerse pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar de cuatro a diez años (art. 226.2 CP)⁴⁴⁷.

442 PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 6.ª ed., cit., pp. 556, 573 y 574; CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 19, apunta que «es tradicional, insistir en la necesidad de exigir al máximo en esta materia como en ninguna otra el principio de intervención mínima».

443 Término empleado, entre otros, por FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, Edersa, Madrid, 1994, p. 286; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 127.

444 LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1239.

445 En este sentido, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 6.ª ed., cit., p. 560. Véase la SAP Madrid n.º 419/1997 (Sección 15), de 11 de septiembre (ARP 1997\1836), donde se revoca la sentencia dictada en primera instancia por entender que lo ocurrido fue una «situación ocasional», sin que pueda apreciarse «que se produzca una efectiva, y mínimamente continuada, situación de abandono».

446 Sanción penal modificada mediante la Ley Orgánica 15/2003. Con anterioridad, la pena prevista por el Código Penal de 1995 era arresto de ocho a veinte fines de semana.

447 Por su parte, el artículo 487 de la norma penal derogada no establecía límite temporal a la privación del derecho de patria potestad o de tutela. En relación con este ámbito, téngase en cuenta, además, lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda.II del Código Penal de 1995, en la redacción otorgada a la misma por la Ley Orgánica 5/2010: «Asimismo, en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias». Entre estas últimas se halla la solicitud por parte del Ministerio Fiscal al órgano civil competente para modificar las medidas definitivas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo (ex art. 775 LEC).

2.1. El abandono de los deberes legales de asistencia inherentes a diversas instituciones de derecho civil

El cotejo del artículo 226 del Código Penal con su antecedente inmediato, el artículo 487 de la norma penal derogada, muestra la evolución habida en la materia. Y es que en el anterior texto punitivo el incumplimiento de los deberes legales de asistencia debía concurrir con el abandono malicioso del domicilio familiar, o la falta de cumplimiento de dichos deberes legales de asistencia debía tener causa en una conducta desordenada. Además, ha variado el catálogo de las instituciones civiles a las que puede afectar el incumplimiento. Ello obedece a la ampliación de algunos supuestos, que exceden del estricto ámbito familiar (caso del acogimiento familiar), y a la supresión de otros (vg. el matrimonio)⁴⁴⁸. Por último, se entiende que no es preciso que el incumplimiento sea de todos y cada uno de los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar⁴⁴⁹, si bien, el mencionado principio de intervención mínima ha de servir como criterio teleológico en esta materia.

2.2. El no prestar la asistencia legalmente necesaria para el sustento

Esta segunda modalidad típica, más restrictiva que la anterior, se centra exclusivamente en el incumplimiento de la asistencia precisa para el sustento de descendientes, ascendientes o del cónyuge⁴⁵⁰, siempre que éstos entren en la categoría de personas necesitadas⁴⁵¹. A tal efecto, no resulta necesario que se declare en resolución (civil) previa ni la

448 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 18, 19, quien señala lo siguiente: «a las clásicas relaciones originadas por la patria potestad y la tutela, se añaden las derivadas de la «guarda» y «el acogimiento familiar», con lo que se pretende poner el acento en la persona desprotegida y en el eficaz desenvolvimiento de las obligaciones y cargas derivadas de las instituciones de la guarda y acogimiento citadas, más que en el carácter estrictamente familiar de la relación, suprimiéndose por otra parte de la relación al matrimonio, quizá por la protección que seguidamente también contiene el precepto para el sustento del cónyuge necesitado, y la protección que para el impago de prestaciones se contiene en el art. 227 del nuevo CP, lo que unido a los remedios civiles puede motivar un juicio satisfactorio la citada supresión, evitándose con ello reiteraciones en algunos casos innecesarias, que dan lugar a variados problemas en la clásica regulación del abandono de familia, sobre todo en sede de separación conyugal». Siguiendo a LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1230 n. 13, «en el art. 226 CP actual (...) la relación matrimonial sólo aparece como fuente de un deber penal de asistencia en los supuestos más graves de desamparo material, esto es, cuando se deja de prestar lo necesario para el sustento».

449 Véanse, al respecto, los siguientes preceptos del Código Civil: artículos 154 y siguientes para la patria potestad; artículos 215 y siguientes en lo referente a la tutela; artículos 172-174 en la esfera de la guarda y acogimiento familiar.

450 Se excluye a los hermanos –incluidos entre los sujetos con derecho a recibir alimentos ex artículo 143 del Código Civil– de la lista de posibles víctimas del hecho delictivo. Justifica la misma CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 35, por mor del principio de intervención mínima. Por otro lado, téngase en cuenta que en el artículo 487.III del Código Penal anterior la referencia del cónyuge se limitaba a los supuestos en que no estuvieren separados por causa imputable al mismo.

451 Aquí también se observan cambios con respecto al texto punitivo derogado, motivados por los avances habidos en las normas civiles que regulan el Derecho matrimonial. En otro orden de cuestiones, entendemos que

situación de necesidad exigida por el tipo ni la concreción de cuál sea la asistencia necesaria legalmente prevista para el sustento ni tampoco el sujeto que haya de prestarla. Lo anterior diferencia este tipo de lo que sucede en el ámbito del delito de impago de pensiones establecido en el artículo 227 del Código Penal, que parte de la existencia de pronunciamientos judiciales (civiles).

El alcance de la expresión «prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento» ha dividido a la doctrina, pues no queda claro si, de los deberes previstos en el artículo 142 del Código Civil, únicamente tiene cabida el del sustento, con lo que quedarían fuera de su ámbito el resto de las obligaciones a las que se extiende el concepto de alimentos (habitación, vestido, asistencia médica, educación y, en su caso, gastos de embarazo y parto)⁴⁵²; o si, por el contrario, el término sustento se ha empleado, *lato sensu*, como sinónimo de alimentos⁴⁵³.

3. El delito de abandono económico⁴⁵⁴ o impago de pensiones

La presente infracción penal suscita aún más críticas que la prevista en el artículo 226 del Código Penal, y como buena muestra de ello cabe destacar las palabras de la Fiscalía General del Estado –en relación con el artículo 487 bis del texto penal derogado⁴⁵⁵, pero cuyo

la redacción legal podría haberse mejorado sin demasiada dificultad, evitándose la utilización en una misma frase del término «necesaria» y «necesitados». Véase la STS n.º 543/1998 (Sala de lo Penal), de 28 de mayo [RJ 1998\5010], [FJ Único], donde, con una interpretación cuanto menos discutible, se señala –en un caso en que la víctima de los hechos era la hija del sujeto activo, la cual presentaba importantes deficiencias físicas y psíquicas (oligofrenia profunda, problemas conductuales y, posteriormente, oculares y renales)– que «el sujeto pasivo debe hallarse «necesitado», es decir, que su situación sólo pueda ser conjurada mediante la prestación de los deberes de asistencia. Al definir la situación en la que se debe encontrar el sujeto pasivo el legislador ha querido subrayar cuál es el elemento que determina el carácter criminal del incumplimiento, de tal manera que no cualquier infracción del deber sea motivo suficiente para la aplicación de la pena. En realidad la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia legalmente establecidos puede dar lugar a una pena (...). Es decir, no se ha querido reemplazar la ejecución civil de una deuda por un procedimiento penal de ejecución».

452 Parecen mostrarse favorables a una interpretación restrictiva, MARTÍN GARCÍA, «Análisis del artículo 226 del Código Penal», en *Revista General de Derecho*, n.º 645, junio 1998, p. 7109; PÉREZ MANZANO, «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 21, marzo 1991, p. 52 n. 70, en relación con el derogado artículo 487 bis de la norma penal.

453 LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1255.

454 Terminología empleada, entre otros, por CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 38, y 45 y ss.

455 Antecedente del artículo 487bis del Código Penal es el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que señalaba lo siguiente: «El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud del convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con la pena de prisión».

contenido sigue resultando de plena actualidad— al señalar que «es de difícil justificación a la vista de los principios inspiradores de un derecho penal moderno. El carácter fragmentario del derecho penal, su condición de «ultima ratio» impiden el aplauso dogmático a un enunciado punitivo que nace ante la insatisfacción social por el deficiente funcionamiento del sistema de ejecución en la jurisdicción civil. Es fácil detectar (...) un recurso a lo que se ha venido en llamar el «Derecho Penal simbólico»»⁴⁵⁶. En concreto, el sentir mayoritario en la doctrina puede resumirse entendiendo que el legislador penal ha criminalizado el incumplimiento de una obligación civil, cuyo mecanismo ordinario de exigibilidad es el procedimiento de ejecución civil⁴⁵⁷.

Y es que, según la letra de la ley, la infracción prevista en el artículo 227 del Código Penal consiste en dejar de pagar «durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos» (art. 227.1 CP) o, como segunda modalidad adicionada al Código Penal de 1995, se prevé la de que el impago sea de «cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior» (art. 227.2 CP). Al respecto, como ya hemos indicado, resulta cuestión pacífica interpretar que en el delito de abandono económico el impago se debe producir siempre que haya habido posibilidad de realizar el correspondiente abono, al ser necesaria la existencia de una voluntad dolosa de impago⁴⁵⁸.

456 Consulta 1/1993, de 16 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

457 GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra la libertad y la seguridad* (dir. Terradillos Basoco), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 25, quien ha considerado este delito como un «instrumento penal dirigido a obtener el cumplimiento de obligaciones civiles». Se mostraba favorable a la incriminación del abandono económico de familia, BERISTAIN IPIÑA, «Protección penal de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia», en *Cuestiones penales y criminológicas*, Ed. Reus, Madrid, 1979, pp. 207-228.

458 Véanse, al respecto, SAP Castellón n.º 212/1997 (Sección 1.ª), de 20 de junio (ARP 1997\845), [FJ 2.º]; SAP Barcelona (Sección 8.ª), de 27 de abril (ARP 1998\2020), [FJ 1.º]; SAP Girona n.º 151/2001 (Sección 3.ª), de 7 de marzo (JUR 110\2001), [FJ 3.º]; SAP Asturias n.º 150/2001 (Sección 7.ª), de 19 de abril (JUR 7010\2001), [FJ 1.º]. Por su parte, para CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 66, éste será uno de los aspectos que mayor atención concita en este tipo de procesos penales, lo que no resultará admisible en aquellos juicios matrimoniales donde ha existido un convenio regulador homologado judicialmente. En tal sentido, como señala CERES MONTÉS, *ibid.*, la vía penal no será el camino para alegar la falta de capacidad económica existente con anterioridad a la sentencia; ni en los procesos matrimoniales de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, donde la voluntad de las partes servirá en principio —con un lógico control del Ministerio Fiscal y del juez en las pretensiones de *ius cogens*— como criterio regulador de la materia; ni tampoco cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias (vg. económicas) tenidas en cuenta a la hora de su aprobación o acuerdo entre las partes, pues a tal fin existe el procedimiento para la modificación de las medidas definitivas ex artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En otro orden de cuestiones, mediante la exigencia de este requisito de la posibilidad de pago se ahuyenta el fantasma de la «prisión por deudas» —el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone lo siguiente: «Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual»—. Véase, entre otros, sobre el particular, PÉREZ MANZANO, «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio», cit., p. 49; STS n.º 1148/1999 (Sala de lo Penal), de 28 de julio (RJ 1999\6663) [FJ 4.º].

Debe, pues, fijarse el alcance del término «prestación económica». Y es que, si bien la dicción literal obligaría a sostener que cualquier tipo de obligación pecuniaria, de tracto sucesivo o instantáneo, derivada de la crisis matrimonial⁴⁵⁹ tendría cabida en la letra de la ley (las *litis expensas* o los créditos provenientes de la liquidación de la sociedad de gananciales incluidos), la interpretación más extendida es la que considera que se ha de entender de forma estricta⁴⁶⁰. Dicha interpretación significará que el delito previsto en el artículo 227 del Código Penal únicamente abarca las prestaciones económicas asistenciales de los procesos matrimoniales⁴⁶¹ [quedarían incluidas la contribución a las cargas del matrimonio –arts. 90.D), 103.3.ª Ccivil–; la pensión de alimentos –arts. 90.D), 93, 154.1.º Ccivil–; la pensión compensatoria –arts. 90.F), 97 Ccivil⁴⁶²–; así como la indemnización a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo –art. 98 Ccivil., en relación con el art. 97 Ccivil–⁴⁶³], además de las que tienen su origen en los procesos de

Sin embargo, en opinión de RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, p. 129 n. 20, el artículo 227 del Código Penal restablece «una auténtica prisión por deudas». Según CACHÓN CADENAS y MÁLAGA DIÉGUEZ, «Astreintes and imprisonment for debts in the Spanish Civil Procedure» [trad. Elena Ferrán y Consuelo Ruiz de la Fuente], en *Astreinte and imprisonment for debt in Europe* (en prensa), el mencionado artículo 227 puede considerarse una vía indirecta para llegar al mismo resultado que se obtenía mediante la prisión por deudas.

Para un amplio estudio histórico de la institución, véase TOMÁS VALIENTE, «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés», en *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, 1960. En este sentido, merece la pena destacar cómo históricamente no se asoció siempre y en todo caso la prisión por deudas –aun cuando existían diversas modalidades– con la situación de insolvencia del deudor. Lo anterior significa, pues, que en algunos supuestos dicha figura podía darse tanto cuando el deudor no gozaba de capacidad económica, como cuando, aun teniéndola, no pagaba. Sin embargo, en la actualidad, como ya hemos señalado, parece ceñirse la prisión por deudas a aquellos casos en que el deudor carece de posibilidad de pago, con lo que si no se pagara por cualquier otro motivo, no se estaría incurriendo en una prisión por deudas. De otra opinión parecen mostrarse RAMOS MÉNDEZ, CACHÓN CADENAS y MÁLAGA DIÉGUEZ en los trabajos ya citados, al prescindir de tal elemento en su análisis. En suma, dicha discrepancia justificaría la diversidad de opiniones existente con respecto a si el artículo 227 del Código Penal constituye (o no) un supuesto de prisión por deudas.

459 Para un análisis de los problemas procesales que se plantean en el ámbito de las uniones de hecho, véase el trabajo de JIMÉNEZ LÓPEZ, «Aspectos procesales de las uniones de hecho», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 15, mayo 2008, pp. 21 y ss. (<<http://www.iustel.com>>).

460 Sobre el debate –aunque referido al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior– relativo a si la resolución ha de ser en todo caso firme y con forma de sentencia, véanse MARCHENA GÓMEZ, *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, ICSE, Las Palmas de Gran Canaria, 1989, pp. 120-121; FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1993, pp. 6748, 6749.

461 Emplean dicha terminología MARCHENA GÓMEZ, *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, cit., p. 119; FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., pp. 6751, 6752.

462 Sobre el particular, véase GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 134 y ss. Para un análisis del artículo 97 del Código Civil, tras la reforma operada mediante Ley 15/2005, puede consultarse MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio* (dir. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 185-221.

463 Véase, al respecto, GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, cit., pp. 175 y ss.

filiación o de alimentos⁴⁶⁴ a favor de sus hijos⁴⁶⁵.

Ahora bien, aun cuando existe un alto grado de consenso en relación con la cuestión apuntada en el párrafo precedente, no cabe decir otro tanto en lo que atañe a la ulterior restricción del tipo que un sector de la doctrina ha efectuado. Nos referimos, en concreto, a la exigencia de una situación de necesidad o desamparo en el beneficiario de la prestación. Y es que algunos autores⁴⁶⁶—amparándose en el principio de *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho penal, y configurando el tipo como un delito de peligro—limitan la infracción del artículo 227 del Código Penal a los casos en que el beneficiario o acreedor de la prestación económica de las mencionadas anteriormente se halla en una situación similar a la contemplada en el artículo 226 del texto penal. En consecuencia, un entendimiento tal supone que, por ejemplo, la pensión compensatoria ha de resultar análoga a la de alimentos a fin de que su impago pudiera ser constitutivo de delito, con lo que resultará insuficiente la alegación del impago de la misma, si el ex-cónyuge receptor goza de una situación económica holgada, aun cuando ésta se haya deteriorado tras el correspondiente proceso matrimonial. Una interpretación restrictiva de las características apuntadas significará pocas peculiaridades con respecto al tipo previsto en el artículo 226 del Código Penal, al exigirse una situación de necesidad equivalente a la contenida en dicho precepto. Quizá la única diferencia destacable, además de otras ya comentadas, sea la de que la prestación asistencial correspondiente podrá ser exigida en supuestos en que no existe vínculo conyugal alguno, bien porque nunca existió (como ocurre en los supuestos de nulidad) bien porque el mismo ha quedado disuelto (tal como sucede en el divorcio). Sin embargo, además de encontrar voces que no se decantan plenamente por una interpretación semejante⁴⁶⁷, algunos comen-

464 Según CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 62, quedarían incluidos el proceso de alimentos provisionales y definitivos.

465 Ambos tipos de procesos (filiación y alimentos a los hijos) no se contemplaban en el Código Penal anterior, lo que propició el descontento y crítica de la doctrina, precisamente por considerar la exclusión atentatoria contra el derecho a la igualdad de los hijos concebidos matrimonial y extramatrimonialmente, según prevé el artículo 39.2 de la Constitución. Véase sobre el particular, GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 437.

466 A favor de un entendimiento restrictivo, se muestran LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1278; PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), Thomson-Aranzadi, 6.ª ed., cit., pp. 562, 563; GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., pp. 20, 21. En relación con el anterior artículo 487bis del Código Penal, mantenía una posición semejante PÉREZ MANZANO, «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio», cit., pp. 47, 48.

467 LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 127, cuando señalan lo siguiente: «Junto al abandono material se recoge el incumplimiento de prestaciones económicas establecidas judicialmente (art. 227), que, precisamente por separarse del abandono material, permite, en principio, la punición del mero incumplimiento de la prestación, aunque no provoque situación de desamparo en los que tienen derecho a ella. La exigencia de tal desamparo para la producción del delito sólo podría hacerse por razones sistemáticas de interpretación de la rúbrica de esta Sección o por (...). Sin embargo, la propia GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., p. 21, como ya hemos indicado, mantiene en otro trabajo una interpretación restrictiva para tal supuesto, al señalar que dicha interpretación, «resulta no sólo posible, sino también deseable. Pero no puede dejar de

taristas han negado que quepa esa ulterior limitación⁴⁶⁸.

En relación con las penas establecidas para estos casos se ha cuestionado su idoneidad⁴⁶⁹, pues ni la privativa de libertad ni la de multa parecen adecuadas. Especialmente crítica se ha mostrado la doctrina en relación con la segunda de las opciones, pues la misma tendría como destino las arcas del Estado, con el consiguiente detrimento en el patrimonio del deudor⁴⁷⁰. Además, el artículo 227 del Código Penal nada establece con respecto a la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en estos casos de impago de pensiones.

VI. EL DELITO DE DAÑOS IMPRUDENTES

Los párrafos II y III del artículo 267 del Código Penal establecen lo siguiente: «Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código».

Este párrafo tercero ha sido modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010, con lo que a partir del 23 de diciembre de 2010, el mismo tendrá la siguiente redacción: «En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

destacarse el elevado formalismo de la definición y la dificultad para desvincularse del texto introduciendo requisitos que no contiene expresamente y que sólo se derivan de la interpretación sistemática. (...)».

468 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 65; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., 16.ª ed., p. 314; FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., p. 6750, en relación con el artículo 487bis del texto penal derogado. Además, dichos autores coinciden cuando entienden que podrán entrar en juego otros tipos penales de concurrir efectivamente dicha necesidad o puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales de los beneficiarios de la pensión. Véase la SAP Toledo n.º 19/2001 (Sección 1.ª), de 14 de marzo (JUR 2001\140475) [FJ 4.ª].

469 Este punto fue reformado mediante la Ley Orgánica 15/2003, pues hasta entonces la pena prevista en el artículo 227 del Código Penal era arresto de ocho a veinte fines de semana.

470 Según LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 1302, el delito de impago de pensiones tiene «una pena más severa a la prevista para las conductas de abandono de familia del art. 226, solución que resulta incomprensible desde el punto de vista del contenido de injusto de uno y otro precepto, sobre todo si se tiene en cuenta la particular gravedad de la conducta recogida en la segunda modalidad típica del art. 226, relativa al abandono de familiares que se encuentran en una situación de necesidad. Tal vez el legislador se dejó influir aquí por la mayor frecuencia comisiva del impago de pensiones, pero los criterios puramente utilitarios no deberían ensombrecer la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas»; VIDORRETA RUIZ, «Comentario al artículo 227 del Código Penal de 1995», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 61, 1997, pp. 507, 508.

1. Introducción

En materia de daños culposos nos hallamos –según se ha encargado de destacar la literatura especializada– ante un proceso despenalizador⁴⁷¹ iniciado ya con la Ley Orgánica 3/1989⁴⁷². Como plasmación de dicha idea el Código Penal de 1995 ha eliminado la falta de daños imprudentes⁴⁷³, otrora perseguible a instancia de parte, en los casos en que no se alcanza la cuantía prevista para estimar el hecho constitutivo de delito. En consecuencia, tales supuestos podrían dar lugar exclusivamente a responsabilidad civil. Y es que la única figura penal imprudente en materia de daños⁴⁷⁴, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal⁴⁷⁵, es el delito recogido en el artículo 267 de la norma penal.

A buen seguro el tema más interesante que se plantea en el ámbito de los daños incluidos en la norma penal es el de su distinción de la esfera de los daños y perjuicios que abarca la acción civil. Ello se debe a que esta última, en ocasiones, resulta la única modalidad de responsabilidad exigida; en cambio, en otros casos, la misma acompañará a la correspondiente acción penal. En este sentido, hemos de adelantar ya que en los delitos de daños –lo que se extiende, asimismo, al tipo previsto en el artículo 267 del Código Penal– únicamente queda incluido el detrimento patrimonial sufrido en la cosa material. Ello significará que los daños como ilícito penal sufren ciertos recortes con respecto a los daños y perjuicios reclamables civilmente⁴⁷⁶, pues sólo se castigan penalmente los daños materiales –no los

471 Así, MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 313. En este sentido, resultan especialmente ilustrativas las palabras de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5.ª ed., cit., p. 602, cuando señala que «por una vez el legislador ha huido del Derecho penal y no hacia el Derecho penal».

472 La situación existente a partir de 1989, aun cuando en opinión de la doctrina mejoró la que había hasta entonces, planteaba ciertas dificultades que se han intentado reducir en el Código Penal de 1995. En concreto, el texto penal anterior consideraba constitutivas de delito las imprudencias punibles (art. 565); además, el artículo 600 del Código Penal derogado castigaba como infracción penal leve la causación de daños en las cosas cuyo importe excediera de la cuantía del Seguro Obligatorio. Al respecto, véase el análisis que el profesor ROMEO CASABONA realizaba en los siguientes trabajos: «Los delitos culposos en la reforma penal (I)», en *Actualidad Penal*, n.º 23, 1 de junio de 1990, pp. 241-256; «Los delitos culposos en la reforma penal (II)», en *Actualidad Penal*, n.º 24, 17 de junio de 1990, pp. 257-270; «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», en *Actualidad Penal*, n.º 25, 24 de junio de 1990, pp. 271-283, quien (*ibid.*, p. 281), pese a reconocer la bondad de las limitaciones introducidas, no encontraba justificable el mantenimiento del castigo (penal) en los daños imprudentes.

473 Y es que el artículo 625.1 de la norma penal se refiere sólo a «(...) los que *intencionadamente* causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros» [Cursiva añadida].

474 Las infracciones penales graves de daños quedan incluidas en el capítulo IX (De los daños) del título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del libro II. Aunque tal como se señala en el tipo básico previsto en el artículo 263 del Código Penal, existen otros supuestos de causación de daños en propiedad ajena no comprendidos en dicho título de la norma penal. Al respecto, MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), cit., p. 306, ha señalado que «la regulación del delito de daños es una de las peores que se contienen en el CP de 1995».

475 El artículo 12 de la norma penal establece lo siguiente: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

476 El artículo 1106 del Código Civil dispone lo siguiente: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (...).»

morales⁴⁷⁷— y se excluye de este ámbito el lucro cesante, apartados que, en cambio, integrarán la acción civil. Sin embargo, en esa parcela coincidente del concepto civil y penal de daños resulta difícil encontrar diferencias esenciales entre ambos tipos de ilícito⁴⁷⁸.

La proximidad de esas dos esferas aumenta, si cabe, en los daños imprudentes. Ello se debe a que, en algunos casos, la acción penal basada en el artículo 267 del Código Penal será ejercitada junto con la correspondiente acción civil derivada de delito (arts. 1089, 1092 Ccivil y arts. 109 y ss. CP); en otros supuestos sucederá que, pese a existir imprudencia, no concurren los ulteriores requisitos que prevé el artículo 267 del Código Penal, con lo que dicho daño habrá de ser reparado conforme a lo dispuesto para las obligaciones que nacen de culpa o negligencia (arts. 1093 y 1902 Ccivil).

Como se observa, pues, todo este ámbito se ve salpicado por las dificultades y conexiones existentes entre la acción penal por un delito de daños y la reclamación civil correspondiente. Así, con relación al delito de daños cabe distinguir dos ámbitos. Y es que dichos daños serán, por una parte, el resultado de la propia infracción, como sinónimo de destrucción o deterioro del bien; pero, por otra, el daño integra —según los artículos 109 y 110 del Código Penal⁴⁷⁹— una de las categorías que conforman la responsabilidad civil derivada de delito⁴⁸⁰. La complejidad derivada de lo expuesto nos lleva a hacer nuestras las acertadas palabras de GONZÁLEZ RUS cuando señala que «pese a la aparente simplicidad del término, determinar cuál es el concepto de daños constitutivos de delito es la cuestión más polémica que presenta el Cap. IX del Título XIII»⁴⁸¹.

2. Requisitos típicos del delito imprudente de daños previsto en el artículo 267.I del Código Penal

El párrafo primero del artículo 267 del Código Penal establece lo siguiente: «Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la

477 El tipo básico establece lo siguiente: «El que causare daños *en propiedad ajena* (...)» [Cursiva añadida].

478 GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 921.

479 Téngase en cuenta lo establecido en el Código Civil: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1089); «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal» (art. 1092).

480 Así, según GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 924, «al delimitar el comportamiento objetivo del delito de daños, es posible admitir que éste exista aunque no se deriven perjuicios patrimoniales en sentido amplio. El daño como resultado del delito del art. 263 CP supone la pérdida del valor económico de la cosa objeto de la propiedad, pero pueden darse supuestos (...) en los que existe daño para la cosa, *sin perjuicio económico* para el total de los valores patrimoniales del sujeto pasivo. Así, el derribo de un edificio ruinoso e improductivo para el propietario puede resultar incluso beneficioso económicamente (...) si obtiene con ello un solar de valor muy superior. En casos como éste, permanece el delito de daños por la cuantía del valor económico de la cosa, puesto que el perjuicio no constituye un elemento típico» [Cursiva en el original].

481 GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 559.

pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos». Antes de adentrarnos en el estudio, siquiera somero, de los requisitos exigidos por el artículo 267 del Código Penal, consideramos de interés destacar el fenómeno que se observa en este ámbito consistente en una especie de reticencia por parte de la jurisprudencia a la hora de aplicar el tipo previsto en el artículo 267 del Código Penal, que se pone de manifiesto a través del análisis de las resoluciones existentes en las bases de datos jurisprudenciales sobre el particular.

Además, según QUINTERO OLIVARES, el Código Penal de 1995 ha terciado en la polémica suscitada entre los partidarios y los detractores al mantenimiento de un delito culposo de daños y ha limitado su ámbito a través de varios frentes de actuación⁴⁸². Lo anterior puede deberse a los elementos empleados a la hora de fijar dicha infracción penal grave de daños imprudentes. Y es que la misma se ha construido sobre el concepto de imprudencia grave; y, además, la cuantía del daño ha de alcanzar un mínimo ciertamente elevado.

Tal como hemos venido realizando en líneas anteriores, a fin de poder interpretar el artículo 267.I del Código Penal se ha de tener en cuenta, aun con algunos matices, el contenido de los artículos 263 y ss. del Código Penal. En este sentido, procede destacar que el delito de daños constituye —a diferencia de lo que sucede en otros ilícitos penales económicos— una infracción patrimonial sin beneficio correlativo, esto es, la pérdida de valor en el bien que sufre la víctima no se transfiere al sujeto activo del hecho⁴⁸³.

Por tanto, y volviendo sobre los ejes vertebradores del artículo 267 del Código Penal, podemos distinguir dos apartados⁴⁸⁴:

- a. La gravedad de la imprudencia, entendida como sinónimo de lo que anteriormente se denominaba negligencia temeraria. A efectos dogmáticos, el carácter grave o leve de la imprudencia vendrá determinado por el grado de inobservancia del cuidado objetivamente debido.
- b. La cuantía de los daños, pues los mismos han de superar los 80.000 euros⁴⁸⁵. Esta cantidad resulta a todas luces elevada, en especial, si se compara la misma con la establecida para diferenciar el delito de daños dolosos de la correspondiente falta penal (400 euros).

Además, la categoría de la importancia de los mismos («atendiendo a la importancia de los mismos») sirve como criterio modulador de la pena a imponer. La última característica mencionada no reproduce lo establecido en el ámbito del delito de daños doloso. Y es que en esta última sede, *ex* artículo 263 del Código Penal, a los efectos de fijar la concreta con-

482 QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 749, 760, 761.

483 QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 748. En este sentido, *ibid.*, sostiene el mencionado autor que nos hallamos ante infracciones de «destrucción gratuita».

484 Véase, asimismo, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 939; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 760, 761.

485 Cuantía modificada en virtud de la Ley Orgánica 15/2003. Hasta entonces, el Código Penal de 1995 exigía que los daños causados por imprudencia grave ascendieran a más de diez millones de pesetas.

secuencia penal, junto con la cuantía de los daños se tiene en cuenta la condición económica de la víctima. Al respecto, GARCÍA ARÁN justifica esta diferenciación en virtud del carácter excepcional que reviste la punición de los daños imprudentes⁴⁸⁶.

VII. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

El artículo 287 del Código Penal dice así: «1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3.^a de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Este precepto se ha visto modificado por la Ley Orgánica 5/2010, con lo que a partir del 23 de diciembre de 2010, el mismo tendrá la siguiente redacción: «1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3.^a de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

1. Algunas consideraciones previas sobre el título XIII del libro II del Código Penal «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»

El título XIII del libro II del Código Penal denominado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico» plantea ciertas cuestiones de interés en relación con la distinción que se realiza en el rótulo del mismo. Al respecto, nos interesa fijar si los tipos penales para los cuales los artículos 287 y 296 del Código Penal establecen peculiaridades persecutorias forman parte de los «delitos contra el patrimonio» o, por el contrario, quedan integrados en la categoría de los «delitos contra el orden socioeconómico».

Si atendemos al criterio dispuesto en el artículo 268.1 *in fine* del Código Penal (que establece una excusa absolutoria en relación con «los delitos *patrimoniales* ...»⁴⁸⁷), dis-

486 GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 940.

487 Cursiva añadida.

posición común a los capítulos anteriores, parece oportuno reservar la calificación de delitos contra el patrimonio para los primeros diez capítulos del título XIII del libro II del Código Penal. Tal lectura formalista consideraría que a partir del capítulo XI en adelante nos hallaríamos en la esfera de los delitos contra el orden socioeconómico, categoría ésta que nos resultaría de especial interés por incluir los «delitos relativos al mercado y a los consumidores» (cap. XI sección 3.^a) y los «delitos societarios» (cap. XIII). Ambos grupos de infracciones penales mantienen peculiaridades que analizaremos en el presente trabajo. Sin embargo, tal como apunta MUÑOZ CONDE, dicha concepción no puede mantenerse de forma rígida, pues ambas categorías admitirían excepciones. Por todo ello, el mencionado autor concluye afirmando el «valor sistemático relativo y materialmente escaso» de la clasificación delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico⁴⁸⁸.

Existe otra clasificación para intentar encuadrar los dos elementos que contiene el referido título XIII. En este sentido, deberán incluirse en la categoría de los delitos contra el orden socioeconómico aquellas conductas que atentan básicamente contra intereses económicos supraindividuales, colectivos o sociales, sin perjuicio de que también se lesionen intereses económicos de personas concretas⁴⁸⁹. Sin embargo, nos interesa destacar que con arreglo a dicha taxonomía se llega a la misma conclusión que con la que hemos denominado formalista desde el punto de vista de los grupos de delitos analizados a lo largo del presente trabajo, pues tanto los delitos relativos al mercado y a los consumidores como los societarios quedan insertos en la categoría de los delitos socioeconómicos y no en la de los patrimoniales.

Incluso, podríamos destacar una tercera, que se deriva de la propia Exposición de Motivos del Código Penal de 1995⁴⁹⁰. En concreto, entre los criterios axiales de la Ley Orgánica 10/1995 se señala, en segundo lugar, el de haber «afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a *nuevas formas de delincuencia*, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la *introducción de los delitos contra el orden socioeconómico (...)*»⁴⁹¹. Las dos únicas infracciones penales novedosas en esta materia vienen constituidas, precisamente, por los delitos relativos al mercado y a los consumidores y los delitos societarios, con lo que llegamos a idéntica conclusión que con las dos taxonomías previamente mencionadas.

2. Análisis de los tipos englobados en la rúbrica «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores»

Dentro de la sección 3.^a del capítulo XI del título XIII del libro II (arts. 278-286 CP) se ha incluido una amalgama de tipos penales que, a su vez, tutelan bienes jurídicos diver-

488 Véase, al respecto, la completa exposición de MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.^a ed., cit., pp. 487, 488.

489 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.^a ed., cit., p. 319.

490 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.^a ed., cit., p. 318.

491 Cursiva añadida.

sos⁴⁹². La reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/2003 afectó a esta materia, tanto en la concreta redacción de algunos tipos delictivos como en materia de perseguibilidad, como tendremos ocasión de analizar.

Según MORALES PRATS y MORÓN LERMA⁴⁹³ en la referida sección 3ª (arts. 278-286 CP) se pueden reconocer tres grupos o bloques de delitos: por un lado, encontrarían encaje sistemático en dicha rúbrica un conjunto de conductas perjudiciales para los consumidores y sus intereses económicos (art. 281 CP, detracción de materias primas o productos del mercado con intención de desabastecimiento; art. 282, delito publicitario; art. 283 CP, facturación ilícita). La Ley Orgánica 5/2010, que entrará en vigor el 23 de diciembre de

492 Según MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 503, la mención en la rúbrica al mercado y a los consumidores sirve de mero marco de referencia. En opinión de SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 531, «no puede decirse que exista un denominador común a todas las figuras delictivas más allá de que se trata de comportamientos que afectan a intereses socioeconómicos». MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., pp. 361, 362, entiende que los preceptos de dicha sección «no ofrecen semejanzas relevantes entre sí para justificar su regulación conjunta (...). La rúbrica de esta Sección, por tanto, no es elemento suficiente para dotar de unidad a unos preceptos que más bien parecen conformar el grupo residual de los delitos socioeconómicos, no encuadrados en ninguna otra regulación específica». De acuerdo con DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», en *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda pública* (dir. Solaz Solaz), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 22, 23, «la mentada Sección agrupa una serie de tipos que sólo desde las ideas genéricas de mercado y consumidores en un orden socio-económico pueden encontrar un punto de apoyo, pues ciertamente se cualifican con rasgos definidores propios y sustancialmente diferentes de los demás». Según GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., pp. 591, 592, en esta sección se incluyen conductas relacionadas con el mercado, competencia y protección de los consumidores. Señala, más adelante, que los tipos previstos en los artículos 278-280 «tienen que ver con el descubrimiento y la revelación de secretos de empresas, afectando, por tanto, a la capacidad competitiva de la misma». Finalmente, BAUCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 947, 948, establece, en relación con el particular, que «en la Sección tercera el bien jurídico protegido es doble: la competencia legal y los intereses económicos de los consumidores. Estos bienes van intrínsecamente unidos, en la medida que realizando conductas de competencia desleal también se afecta a los intereses de los consumidores, lo que justifica plenamente su regulación conjunta. Son bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, a diferencia de la primera Sección que protege bienes que, desde el punto de vista técnico, deben ser considerados como individuales. Esta configuración tendrá, de entrada, directas repercusiones prácticas. El sujeto pasivo del delito no será la sociedad en general, ni el consumidor individual. Corresponde, en realidad, a un interés difuso del grupo colectivo de consumidores y eso influirá definitivamente en cuestiones como la resolución concursal, la caracterización del mismo como un bien jurídico indisponible o la legitimación procesal para emprender acciones penales. La determinación del bien jurídico puede concretarse todavía un poco más. En los arts. 278 a 280 se protege la competencia legal, en los arts. 281 a 283 se protegen los intereses económicos de los consumidores y en los arts. 284 a 286 se protege la libre competencia. Estos, sin embargo, serán los bienes jurídicos mediatos que, en sí mismos, desarrollan ya importantes funciones legitimadoras, sistemáticas y de medición o determinación de la pena, pero el bien jurídico inmediato, el que nos ayude a poder desarrollar al máximo las funciones interpretativas deberá concretarse en el análisis de cada uno de los preceptos». GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 592, aceptando la capacidad competitiva de la empresa como bien jurídico de estos delitos, destaca cómo algunos monografistas del tema, sin embargo, se muestran partidarios de la naturaleza pluriofensiva del delito, a través del cual se protegería tanto el interés patrimonial del empresario titular del secreto, de carácter individual, como el colectivo, de signo socioeconómico, de preservación del sistema de competencia de mercado.

493 MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 824.

2010, ha introducido, además, un nuevo precepto en la norma penal (art. 282 bis CP). Por otro lado, se ubican los delitos contra la libertad de mercado y la libre competencia (arts. 284-286 CP). Finalmente, los artículos 278 a 280 del Código Penal introducen la protección jurídico-penal del secreto de empresa⁴⁹⁴.

Por último, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2010, el artículo 288.II del Código Penal, a partir de su entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, dispondrá que cuando, «de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis⁴⁹⁵, una persona jurídica sea

494 Similar taxonomía es mantenida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 565, quien, desde el punto de vista de la sistemática de la sección 3ª (capítulo XI título XIII libro II CP) destaca que las infracciones de secretos industriales constituyen delitos de competencia desleal caracterizados por menoscabar en primera línea un bien jurídico individual constituido por los intereses legítimos de los empresarios competidores.

495 En concreto, el mencionado artículo 31 bis del Código Penal dispondrá lo siguiente: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubiesen sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

responsable» de algunos de los delitos previstos en el capítulo XI del título XIII del libro II que a continuación detallamos, se le impondrán las siguientes penas:

En primer lugar, se distinguen los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286 del Código Penal: a) multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido o favorecido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; y, b) multa del doble al triple del beneficio obtenido o favorecido, en el resto de los casos.

En segundo término, se incluyen los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis y 286 bis: a) multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y, b) multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

De acuerdo con nuestro criterio personal, agruparemos, a efectos expositivos, los tipos penales previstos en la sección 3.ª de la siguiente manera:

2.1. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa

Recordemos que si bien la intimidad no resulta extensible a las personas jurídicas, sí que puede predicarse de las mismas el concepto de secreto (por ejemplo, industriales o empresariales). En concreto, a este tipo de secretos se dedican los artículos 278-280 del Código Penal. La técnica empleada en los mismos resulta sustancialmente análoga a la de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos contenidos en el capítulo I del título X del libro II del Código Penal, ya comentados⁴⁹⁶. Ahora bien, como apunta MUÑOZ CONDE los preceptos recogidos en los artículos 278-280 presentan «una dimensión socioeconómica distinta a la de la intimidad»⁴⁹⁷.

Desde el punto de vista de su origen histórico cabe considerar antecedente directo de las actuales figuras de los artículos 278-280 del Código Penal al artículo 499 del texto penal anterior –perseguido de oficio–, que disponía lo siguiente: «El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas». Siguiendo a DE LA RÚA MORENO⁴⁹⁸, la propia limitación que establecía el artículo 499 del Código Penal derogado en relación con su objeto material (secreto industrial) como desde el punto de vista de los sujetos activos idóneos (encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial) dio lugar a importantes críticas doctrinales. Conviene precisar que al margen de los secretos industriales existen otros de valor económico cierto, tales como los comerciales, los relativos a

496 En este mismo capítulo II apartado III.

497 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 270. Asimismo, ALONSO DE ESCAMILLA, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., pp. 191, 192.

498 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 34.

la organización interna, etc. que merecían igualmente constituir objeto de protección por su relevancia en el tráfico mercantil. Ello ha sido oportunamente subsanado a través de la actual redacción de dichos tipos en el Código Penal de 1995.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria⁴⁹⁹, a través de los preceptos contenidos en los artículos 278 a 280 del Código Penal se protege la capacidad competitiva de la empresa ya que la posesión de la información en este contexto (secreto de empresa) otorga una posición ventajosa en las relaciones propias del tráfico económico, circunstancia que ostenta un indudable valor económico. Éste constituye, pues, el bien jurídico protegido a partir del cual procede llevar a cabo la interpretación de los mencionados tipos.

El artículo 278 del Código Penal dice así: «1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

El objeto material del delito viene constituido por el concepto de secreto de empresa. Como acertadamente afirman MORALES PRATS y MORÓN LERMA, por secreto debe entenderse el conocimiento reservado a un círculo limitado de personas y oculto a otras, si bien no todo hecho que quiera mantenerse fuera del conocimiento de terceros puede ser objeto de tutela penal. Por ello, matizan los citados autores que un conocimiento reservado será secreto típico en la medida en que afecte a la capacidad competitiva de la empresa⁵⁰⁰.

Desde el punto de vista de su estructura típica el artículo 278.1 del Código Penal se configura como un delito común (sujeto activo indiferenciado) que, por lo tanto, puede ser realizado por cualquiera. En el ámbito de las modalidades de conducta se erige en un tipo mixto alternativo, pudiéndose realizar el tipo siempre que el sujeto para descubrir un secreto de empresa (elemento subjetivo de lo injusto específico) bien se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo; bien empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197 del Código Penal.

499 MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 826; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 504.

500 MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 826. En sentido análogo, SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, «El Know-How y el secreto de empresa», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores* (ed. Ruiz Rodríguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 68, afirma que con el fin de evitar una indeseable ampliación del ámbito típico resulta necesario interpretar que todo conocimiento, el «know how», desvelado debe comportar ventajas competitivas para las empresas rivales.

En cuanto a la modalidad de apoderamiento no plantea particulares problemas interpretativos, si bien debe precisarse si en la esfera del apoderamiento se incluyen exclusivamente conductas que implican traslación del documento, soporte, etc. desde la esfera posesoria de un sujeto a la de otro (por ejemplo, fichero en el que se contienen datos), o si cabrá incluir igualmente aquellas otras en las que lo que se produce es la aprehensión intelectual del contenido del secreto. En nuestra opinión, una protección integral y adecuada del secreto de empresa obliga a una interpretación amplia que abarque, asimismo, conductas de captación intelectual sin desplazamiento ilícito de mensajes (así, cuando se hallan en la pantalla del ordenador)⁵⁰¹.

En segundo lugar, la alusión que el artículo 278.1 del Código Penal realiza al empleo de alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197 de la norma penal, debe vincularse con la interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación (art. 197.1 inciso 2.º), pues el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros efectos personales que prevé el inciso 1º del artículo 197.1 ya se encuentra absorbido por la primera modalidad comisiva del artículo 278.1 del Código Penal.

Las dos modalidades del artículo 278.1 del Código Penal se estructuran como delitos mutilados de dos actos en los cuales basta con la realización de una conducta básica con la intención o finalidad ulterior (para descubrir los secretos de empresa), sin que resulte necesaria para la consumación que el descubrimiento efectivo llegue a producirse. Nos encontramos, pues, ante un delito de peligro.

Junto con el tipo básico del artículo 278.1, se prevé en el artículo 278.2 del Código Penal un subtipo agravado cuando el sujeto difundiere, revelare o cediere a terceros los secretos descubiertos. Nótese que en el tipo básico se hace referencia a un secreto no necesariamente descubierto (para descubrir un secreto de empresa) mientras el artículo 278.2 presupone que el secreto ha sido descubierto⁵⁰², reflejándose penológicamente la mayor afección al bien jurídico protegido derivado de la conducta consistente en ceder, difundir o revelar a terceros los secretos descubiertos (paso de una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a una pena de prisión de tres a cinco años e idéntica multa). En todo caso, este tipo agravado del artículo 278.2 del Código Penal resulta aplicable si la persona que revela, cede o difunde el secreto a terceros es la misma que llevó a cabo el tipo básico del artículo 278.1 de la norma penal. De nuevo, se trata de un delito de peligro.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 278 del Código Penal constituye la regla aplicable en caso de concurso de delitos, al prever expresamente que «lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

Por su parte, el artículo 279 del Código Penal establece lo siguiente: «La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o con-

501 En este sentido, MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 829.

502 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 568.

tractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior».

La peculiaridad del artículo 279 del Código Penal frente al artículo 278 de la misma norma reside precisamente en que en el primer precepto citado, el sujeto se encuentra legitimado para acceder al secreto, si bien en virtud de una obligación legal o contractual de guardar reserva queda impedido de difundir, revelar o ceder dicha información a terceros, e incluso de utilizarla en provecho propio. Por el contrario, en el artículo 278 del Código Penal el sujeto activo no se encuentra legitimado para acceder a las referidas informaciones, por lo que la mera apropiación de las mismas (física o intelectual) da lugar a la relevancia penal de la conducta⁵⁰³.

Sobre esta base, el artículo 279 del Código Penal se configura como delito especial propio, pues únicamente pueden ser sujetos activos idóneos del mismo aquéllos en los que concurran las características típicas (obligación legal o contractual de guardar reserva). En lo que respecta a la conducta típica, dado que la incriminación abarca la difusión, revelación o cesión del secreto, nos encontramos ante un delito de resultado material configurado como tipo mixto alternativo. En todo caso, se trata de un delito de peligro pues no se requiere la efectiva lesión del bien jurídico; peligro hipotético o de aptitud según un sector doctrinal⁵⁰⁴, y concreto para otros autores⁵⁰⁵.

Finalmente, en el artículo 279.II del Código Penal se prevé un tipo atenuado para el caso de utilización del secreto en provecho propio. En relación con el mismo, MUÑOZ CONDE⁵⁰⁶ ha considerado que dicho privilegio no resulta del todo justificable y así expone el caso en el que el antiguo empleado utiliza el secreto para crear una empresa que fabrique lo que producía la anterior empresa en la que trabajaba.

El tercer precepto dedicado al secreto de empresa, el artículo 280 del Código Penal, establece lo siguiente: «El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

A través de dicho precepto se incrimina la conducta del sujeto que, sin haber tomado parte en el descubrimiento del secreto, realizare las conductas de utilización del mismo en provecho propio (art. 279.II CP) o bien de revelación, cesión a terceros o difusión del secreto de empresa (arts. 278.2 y 279.I CP)⁵⁰⁷, toda vez que la conducta del artículo 278.1 del Código Penal no es susceptible de integrar el supuesto de hecho del artículo 280, pues

503 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 363.

504 Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 570.

505 MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 840.

506 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 509.

507 Posición mantenida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal. Parte especial* (con Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu y González Cussac), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 566-570.

precisamente incrimina a aquel que lleva a cabo el descubrimiento del secreto. En todo caso, el sujeto activo del artículo 280 del Código Penal debe tener conocimiento del origen ilícito del descubrimiento.

2.2. Los delitos contra los consumidores

Como acertadamente pone de manifiesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵⁰⁸, dichos tipos penales constituyen genuinos delitos socioeconómicos orientados a la salvaguarda de los intereses difusos de los consumidores, configurado como bien jurídico «espiritualizado» o «institucionalizado» de índole colectiva. En la misma línea argumental, MESTRE DELGADO⁵⁰⁹ subraya la necesidad de protección de los consumidores en el orden económico, pues aunque a nivel teórico dicho grupo se conceptúe como agente libre y decisivo, en la realidad del funcionamiento del sistema se erige en la parte más débil, fácilmente sugestionable por la publicidad o por las distintas estrategias de *marketing* comercial empresarial. Como último eslabón de protección de dicho colectivo se establece la barrera penal a través de los preceptos previstos en los artículos 281 a 283 del Código Penal, con independencia de que otras figuras específicas, tales como la estafa o los delitos contra la salud pública, permitan igualmente la salvaguarda de los consumidores.

Debemos poner de manifiesto que la regulación penal referida deriva de la previsión constitucional del artículo 51 que en su apartado 1 dispone que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». En la esfera de la normativa extrapenal, particular incidencia tiene en este punto el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.2.1. El delito de detración de productos del mercado

El artículo 281 del Código Penal dice así: «1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

El artículo 281 del Código Penal configura un delito común cuyo objeto material (materias primas o productos de primera necesidad) y la previsión de un específico elemento subjetivo de lo injusto («intención de desabastecer un sector del mercado, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores», que configura el

508 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 565.

509 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., pp. 367, 368.

tipo como delito de resultado cortado) tratan de evitar una extralimitada utilización del instrumento penal en esta esfera. No obstante, un sector doctrinal ha cuestionado el precepto, dados los problemas que desde la perspectiva del principio de taxatividad plantea, así como en relación con la prueba de la intención del sujeto, que convierten, de hecho, el referido tipo en prácticamente inaplicable⁵¹⁰. Desde el punto de vista del *iter criminis*, el delito se encontrará consumado siempre que se lleve a cabo la acción con alguna de las finalidades previstas en el tipo⁵¹¹. Partiendo de la consideración de los intereses de los consumidores como específico bien jurídico protegido a través de dicho precepto, compartimos la opinión del sector doctrinal⁵¹² que añade en este punto como objeto de tutela la libertad de competencia o libre mercado.

Respecto de la conducta típica, resulta evidente que no constituye un supuesto fácilmente realizable en la práctica en un modelo de economía de mercado liberalizada como es la española. Sin embargo, sostiene acertadamente DE LA RÚA MORENO⁵¹³ que, si bien no resulta sencillo que un sujeto empresarial llegue a ostentar una capacidad tan intensa como para incidir de manera tan relevante en la actividad comercial, dicho supuesto fáctico no resulta de imposible realización en supuestos tales como los de coautoría (así, acuerdos de determinados empresarios que controlan de manera oligopólica un sector económico).

2.2.2. El delito de publicidad engañosa o delito publicitario

Según el artículo 282 del Código Penal, serán «castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

Siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ⁵¹⁴, cabe afirmar que dicho precepto constituye una de las novedades más relevantes del Código Penal de 1995. Se orienta a la incriminación de una de las modalidades de publicidad ilícita establecidas en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en concreto, la publicidad engañosa (art.3.e) en la medida en que la misma resulte perturbadora de los intereses económicos de los

510 Así lo pone de manifiesto BAUCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1012.

511 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 598, quien destaca con base en dicho argumento que se trata de un delito de peligro.

512 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 579; en sentido contrario, MORALES PRATS y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 845.

513 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 38.

514 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 542. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 598.

consumidores⁵¹⁵. A pesar de la buena acogida doctrinal que dicho precepto ha tenido, VALLE MUÑIZ y MORALES PRATS⁵¹⁶ o MUÑOZ CONDE⁵¹⁷ se muestran escépticos sobre la idoneidad del instrumento punitivo para cumplir ciertas tareas de regulación del mercado de bienes y servicios atinentes a las normas de publicidad y oferta de los mismos.

En definitiva, nos encontramos ante un delito que se configura en torno a la protección de un bien jurídico colectivo o universal⁵¹⁸, que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵¹⁹ define como el interés difuso del colectivo de consumidores⁵²⁰ (sujeto pasivo colectivo) en la veracidad de los medios publicitarios, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado. La técnica de incriminación empleada por el artículo 282 del Código Penal recurre a la modalidad de los delitos de peligro, abstracto para algunos⁵²¹ y de aptitud para otros⁵²².

Siguiendo la senda trazada por el mencionado artículo 282, la Ley Orgánica 5/2010 ha añadido el artículo 282 bis, que incorpora la denominada estafa de inversores⁵²³. Dicho artículo 282 bis establecerá lo siguiente: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquiriente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses».

515 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 39.

516 VALLE MUÑIZ y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 847.

517 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., pp. 510, 511.

518 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 510, quien conceptúa el bien jurídico de referencia como los derechos de los consumidores.

519 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 572.

520 En sentido análogo, GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 599; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 542.

521 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., pp. 40, 41.

522 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 574.

523 Tal como se señala en la Exposición de Motivos (XVIII) de la Ley Orgánica 5/2010.

2.2.3. El delito de facturación fraudulenta

El artículo 283 del Código Penal establece lo siguiente: «Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos».

De nuevo, nos encontramos ante un genuino delito socioeconómico contra los derechos de los consumidores, a través de la configuración de un delito de peligro vinculado a la protección de un bien jurídico colectivo: el interés de los consumidores en que se asigne el valor nominal que proceda a los productos y servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos facturados en el mercado⁵²⁴.

En cuanto al objeto material del delito (productos cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos), permite comprender en su ámbito una diversidad de supuestos: contadores de consumo telefónico, taxímetros, básculas de precisión⁵²⁵, surtidores de gasolina, máquinas que entregan productos a cambio de monedas⁵²⁶, contadores de agua, luz, etc.⁵²⁷.

Si bien el referido tipo penal es de nueva creación, se ha puesto de manifiesto⁵²⁸ su analogía material con algunas figuras del Código Penal anterior: el artículo 573.3º del antiguo Código Penal [«Los traficantes o vendedores que tuvieren medidas o pesos dispuestos con artificio para defraudar (...)»] y el artículo 573.4º del texto penal derogado [«Los traficantes, suministradores, vendedores o expendedores que ofrezcan al público o pongan a la venta bebidas o alimentos que no tengan el peso, medidas, calidad, envase, etiqueta o precinto que corresponda»], ambas en vigor hasta la Ley Orgánica 3/1989; y, fundamentalmente, el artículo 537 del anterior Código Penal [«El que, con ánimo de obtener lucro ilícito en perjuicio del consumidor, alterar maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores de fluido eléctrico o cometiere cualquier otro género de defraudación (...)»].

Desde el punto de vista de la estructura típica, el precepto exige la alteración o manipulación de aparatos contadores, seguida de la facturación de cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo se mida en virtud de dichos aparatos. Lo anterior debe llevarse a cabo «en perjuicio del consumidor», lo que implica la necesidad de que concurra un peligro para los intereses económicos de aquéllos a resultas de la conducta descrita.

524 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 576.

525 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 370.

526 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 600.

527 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 512.

528 VALLE MUÑOZ y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit. p. 852; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 545.

2.3. El delito de alteración de precios

El artículo 284 del Código Penal dispone lo siguiente: «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

El antecedente de dicho precepto se hallaba en el artículo 540 del Código Penal derogado, que recogía el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Se trataba de una infracción de naturaleza pública desde el punto de vista de su perseguibilidad y contenía la siguiente redacción: «Serán castigados con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación».

La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido a través del artículo 284 del texto penal viene constituido por la corrección del sistema de formación de los precios de las cosas muebles o inmuebles⁵²⁹, o las normas sobre fijación de precios que expresan una determinada política económica y de precios de la Administración pública⁵³⁰, o la protección de la economía de mercado al castigar las alteraciones ilegales de los precios⁵³¹. En definitiva, se coincide en la configuración del bien jurídico de indudable naturaleza colectiva y carácter marcadamente socioeconómico.

Desde el punto de vista de la estructura típica, nos hallamos ante un delito de consumación anticipada en el que basta con el empleo de uno de los medios comisivos (difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada) previstos en el precepto (tipo mixto alternativo) concurriendo la finalidad descrita (intentar alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia). En cuanto al objeto material del delito, viene constituido por los precios de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación (cláusula final en virtud de la cual resulta procedente considerar que la enumeración previa ostenta carácter meramente ejemplificativo).

Por su parte, SUÁREZ GONZÁLEZ⁵³² ha analizado pormenorizadamente la referencia a la «utilización de información privilegiada» que contiene el precepto. En sentido normativo, destaca el referido autor el preciso significado que dicho concepto ostenta en el ámbito bur-

529 QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 856.

530 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 580.

531 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 514.

532 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 549.

sátil en virtud del artículo 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como en el marco del artículo 442 del Código Penal, disposición que castiga a la autoridad o funcionario público que haciendo uso de tal información intenta obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. Por el contrario, desde una perspectiva descriptiva la «utilización de información privilegiada» abarcaría cualquier tipo de información, no circunscrita a un objeto concreto, que un sujeto posee y de la que otros carecen. De acuerdo con SUÁREZ GONZÁLEZ, cabría incluir en la esfera del artículo 284 del Código Penal tanto los supuestos de utilización de información privilegiada de acuerdo con la dicción establecida al efecto en la legislación bursátil (puesto que el art. 285 CP exige para que se considere típica la conducta la obtención de un beneficio económico o la causación de un perjuicio en cuantía superior a 600.000 euros, con lo que con arreglo a dicha interpretación se elimina la laguna de punibilidad de ser la cuantía inferior), como los supuestos de uso de información privilegiada por parte de autoridad o funcionario público siempre que concurran el resto de requisitos típicos del artículo 284 del Código Penal.

Finalmente, procede poner de manifiesto que el estudio del artículo 284 del Código Penal por razones metodológicas suele vincularse al del artículo 262 de la norma penal (alteración de precios en concursos y subastas públicas), pues este último incide en la formación de los precios, y, consiguientemente, en el mercado⁵³³. No obstante, coincidimos con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵³⁴ en que el artículo 262 del Código Penal protege un bien jurídico patrimonial de naturaleza eminentemente individual.

La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado la redacción del mencionado artículo 284, el cual quedará así: «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

- 1.º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.
- 2.º Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.
- 3.º Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

533 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 514, quien destaca como esencial el carácter de delito patrimonial del artículo 262 del Código Penal, pero añade la nota citada relativa a la protección del mercado.

534 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 592.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador». Sin embargo, a tenor de lo establecido en el también reformado artículo 287 de la norma penal, los tipos penales previstos en el artículo 284 pasarán a ser perseguibles de oficio.

2.4. Los delitos de uso de información privilegiada en los mercados de valores

El artículo 285 del Código Penal establece lo siguiente: «1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2.^a Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3.^a Que se cause grave daño a los intereses generales».

El legislador penal ha optado a través del presente precepto por tipificar las conductas relacionadas con el abuso de información privilegiada en el mercado de valores o de instrumentos negociados. Como señala SUÁREZ GONZÁLEZ⁵³⁵, la decisión adoptada supone considerar insuficiente la legislación mercantil existente en la materia (en particular, el art. 81 Ley Mercado de Valores), desatendiendo las voces críticas que desaconsejaban la tipificación penal sobre la base de la escasa eficacia real de los preceptos penales introducidos con el mismo fin en la esfera comparada.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, MUÑOZ CONDE subraya que a través de dicho precepto se pretende proteger una visión democrática del mercado de valores, es decir, la concurrencia en condiciones de igualdad de todos los inversores. En la misma línea, VALLE MUÑIZ y MORALES PRATS⁵³⁶ consideran que la figura pretende tutelar el correcto funcionamiento del mercado de valores, asegurando la igualdad de oportunidades a los inversores y configurando, en definitiva, un espacio de mercado transparente y merece-

535 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 551.

536 VALLE MUÑIZ y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.^a ed., cit., p. 852.

dor de la confianza de todos los operadores económicos. Se trata, pues, de un bien jurídico supraindividual difuso caracterizado por el carácter colectivo del sujeto pasivo⁵³⁷.

En cuanto a la estructura típica, se configura como un delito especial propio del que únicamente pueden ser sujeto activo idóneo determinadas personas en virtud de la información «a la que haya(n) tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial». MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵³⁸ considera que el sujeto activo idóneo resulta relativamente amplio pues no se limitaría al «insider societario», es decir, a los administradores, directivos y demás personas protagonistas de la sociedad emisora, sino que incluirá igualmente al conjunto de personas que debido a su actividad profesional o empresarial haya tenido acceso a la información reservada (noción intermedia de «insider»).

Las modalidades de conducta incluyen el usar (bien de forma directa o por persona interpuesta) la información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados; y el suministrar la misma, en virtud de lo cual el sujeto activo transmite la información a un tercero. Como consecuencia de la realización de alguno de dichos comportamientos debe producirse un resultado de obtención de un beneficio económico superior a 600.000 euros o de causación de un perjuicio correlativo. El referido límite cuantitativo marca la distinción entre la infracción administrativa y el ilícito penal (delito), al no existir ninguna falta penal equivalente⁵³⁹.

Finalmente, el artículo 285.2 del Código Penal prevé una serie de tipos agravados en el caso de concurrencia de algunas de las siguientes circunstancias: habitualidad en la realización de dichas prácticas; notoria importancia del beneficio obtenido; o, causación de grave daño a los intereses generales.

Procede, por último, destacar que a partir del 23 de diciembre de 2010, fecha en la que entrará en vigor la Ley Orgánica 5/2010, los tipos penales contenidos en el artículo 285 pasarán a ser perseguibles de oficio, a tenor de lo dispuesto en el reformado artículo 287 del Código Penal.

2.5. El fraude en el mercado de telecomunicaciones⁵⁴⁰

El último precepto de la sección 3.ª del capítulo XI del título XIII del libro II, el artículo 286 del Código Penal, establece lo siguiente: «1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servi-

537 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 583.

538 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 584, 585; VALLE MUÑOZ y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 867.

539 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 47; MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 376.

540 Así lo intitula DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 47.

cios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1.º.

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación».

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo dicho precepto, a través del mismo «se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales». A pesar de que algunos autores han aplaudido la introducción de dicho precepto, un sector doctrinal muy cualificado se ha mostrado crítico con la opción del legislador penal de 2003 en este punto. Así, según GONZÁLEZ RUS, el nuevo artículo 286 ha incorporado una profusa y exhaustiva relación de conductas cuya conexión con el mercado o con los consumidores resulta cuanto menos discutible, «pues constituyen, más bien, defraudaciones de los derechos de concretos operadores de servicios audiovisuales, que, además de las ventajas derivadas del hecho de actuar en régimen de práctico monopolio, gozarán ahora de la protección que les dispensa una exuberante y generosa normativa penal»⁵⁴¹.

En todo caso, el bien jurídico protegido a través de dicho precepto ostenta naturaleza patrimonial individual, relacionado con los intereses económicos de los entes que prestan servicios de radiodifusión o interactivos⁵⁴². Básicamente, se trata de proteger a los operadores privados de televisión por cable frente a defraudaciones relativamente frecuentes en la realidad cotidiana española como son la utilización fraudulenta de descodificadores (fundamentalmente, a través de la falsificación de tarjetas de acceso). Nos encontramos, en

541 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 592. En sentido análogo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 523.

542 Tal como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 588, 589.

definitiva, ante un precepto extraño a la rúbrica en la que ha sido incluido, que recuerda en mayor medida a otras modalidades defraudatorias, y cuya conexión con el mercado y los consumidores es cuanto menos discutible.

VIII. LOS DELITOS SOCIETARIOS

El artículo 296 del Código Penal establece lo siguiente: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

1. Introducción

Dentro del título XIII rotulado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», el capítulo XIII se dedica a los delitos societarios. Los comentarios realizados en torno a la denominación del título son, asimismo, aplicables en este caso, por lo que a ellos nos remitimos⁵⁴³. Sin lugar a duda, el capítulo dedicado a los delitos societarios (arts. 290-297 CP) nos lleva a un campo en el que las referencias al Derecho mercantil resultan inexcusables, aun cuando la regulación penal haya pretendido destacar su autonomía respecto de dicho sector jurídico –así, el artículo 297 del Código Penal define el concepto de sociedad– a fin de distinguir la infracción penal de otras modalidades de ilícito existentes.

Tal como ha apuntado SUÁREZ GONZÁLEZ, se trata ésta de una esfera en la que se produce la separación entre propiedad y gestión⁵⁴⁴, ostentando así los órganos de gestión y administración de las sociedades –por el propio funcionamiento de las mismas– poderes casi absolutos. Estas características propias del Derecho societario, que afectan a los socios, a terceros e, incluso, a la propia sociedad mercantil han propiciado la introducción de una regulación penal específica en la materia⁵⁴⁵.

Los delitos societarios conforman de manera indiscutible el ámbito conocido como «Derecho penal económico». En este sentido, siguiendo a CUGAT MAURI⁵⁴⁶, a la hora de in-

543 Concretamente, en este capítulo II apartado VII epígrafe 1.

544 Por su parte, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 897, al analizar el artículo 290 del Código Penal, pero entendemos que extrapolable a este ámbito, contraponen el carácter patrimonial al financiero.

545 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 575.

546 Al respecto, véase CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1081. En este sentido, *ibid.*, se señala que la distinción entre bienes jurídicos individuales o colectivos «no es una simple distinción doctrinal, sino una toma de posición sobre el problema de la función del Derecho penal económico mucho más profunda y enfrentada»; MESTRE DELGADO, *Derecho*

tegar el orden socioeconómico en relación con estos delitos cabe mantener dos posiciones: 1) la patrimonialista, según la que el bien jurídico protegido continúa siendo la propiedad o patrimonio individual, y para la que los nuevos delitos sólo cubren algunos vacíos de punibilidad en la protección del bien jurídico tradicional; 2) la que defiende la naturaleza colectiva del bien jurídico, que lo ubicaría en el orden económico de una sociedad concreta. En definitiva, en relación con el bien jurídico, la doctrina ha discutido sobre la existencia en esta parcela de bienes jurídicos de índole colectiva (así, la fidelidad o lealtad societarias) que trascienden la propiedad o patrimonio individual, lo cual tiene repercusiones en la categoría de la perseguibilidad.

Como adelantábamos, la propia norma penal se encarga de ofrecer una definición de sociedad. Así, el artículo 297 del Código Penal establece lo siguiente: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Tal concepto abarca no sólo las sociedades ya constituidas, sino también las que se hallan en formación, esto es, aquellas que todavía no han sido oportunamente inscritas en el Registro Mercantil correspondiente. A su vez, la categoría de sociedad en formación parece que incluye las sociedades conocidas como irregulares, donde la falta de inscripción en el registro no puede considerarse algo pasajero o temporal, sino que han nacido con esa vocación⁵⁴⁷.

Por otro lado, característica común de las infracciones penales contenidas en el capítulo XIII del título XIII del libro II del Código Penal es la de hallarnos ante delitos especiales, que sólo podrán ser cometidos por el administrador de la sociedad⁵⁴⁸, el socio o por los socios mayoritarios. Antes de entrar en el análisis de los tipos concretos, se debe puntualizar que existen otras infracciones penales que también resultan aplicables a las sociedades y que, dado su carácter genérico y no circunscrito a este ámbito, se encuentran fuera del capítulo XIII del título XIII del libro II del Código Penal, como por ejemplo los delitos de estafa o de apropiación indebida⁵⁴⁹.

Además, en ocasiones no están claros los lindes que separan el ámbito del Derecho privado (mercantil o civil) del penal, por lo que se ha de tener especialmente presente en los delitos societarios el carácter de *ultima ratio*, y, de esta manera, acudir a la vía penal cuando no resulten aplicables otros mecanismos menos lesivos (así, por ejemplo, la impugnación del acuerdo social que se considere abusivo, lesivo)⁵⁵⁰. En este sentido, GIMENO SENDRA se refiere a la

Penal. Parte Especial (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 319; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 529; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005, pp. 35-125.

547 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 529.

548 Sobre el concepto de administrador en el ámbito del Derecho penal, puede consultarse CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1082-1085.

549 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 532.

550 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1104.

existencia de un movimiento pendular en materia societaria, donde si bien el punto de partida era la práctica impunidad, en la actualidad se ha alcanzado la «hipercriminalización»⁵⁵¹.

A las dificultades de orden sustantivo propias de la materia societaria, además, se le han de sumar algunos «puntos negros» que afectan al ámbito del proceso penal por un delito de los previstos en los artículos 290 a 295 del Código Penal. Las diversas cuestiones a las que ya hemos aludido y otras ulteriores son condensadas de manera acertada por SALOM ESCRIVÁ⁵⁵², quien deja así planteadas algunas de las complejidades adicionales –no sólo procesales– existentes en este tipo de juicios penales. En primer lugar, destaca la confluencia de normativa sancionadora perteneciente a diversos ámbitos del Derecho, como sucede con la existencia para algunas conductas de sanciones penales y administrativas. En segundo término, algunos de los comportamientos permiten no sólo el ejercicio de la correspondiente acción penal, sino que existen mecanismos civiles como la impugnación del acuerdo social que se considere lesivo. Sin embargo, los plazos de prescripción para el ejercicio de ambas acciones varían. Como los plazos prescriptivos penales resultan más amplios que los civiles⁵⁵³, se produce la paradoja de que, por el transcurso del tiempo, la tutela penal sea el último recurso de defensa «vivo». Ello diverge, con mucho, del loable anhelo de todo penalista por reivindicar el carácter de *ultima ratio* de su disciplina. Junto a ello, en tercer lugar, la inexistencia de policía judicial especializada en la materia⁵⁵⁴ y la necesidad de acudir a asesores contables convierten a este tipo de investigaciones en hartamente complicadas. Al hilo de lo anterior, procede poner de manifiesto que la propia previsión de estos delitos societarios ha sido considerada por GÓMEZ BENÍTEZ como «una vulneración abierta de los principios de subsidiariedad y naturaleza fragmentaria del Derecho penal»⁵⁵⁵.

2. El falseamiento de documentos sociales o delito falsario

En concreto, el artículo 290 del Código Penal establece lo siguiente: «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas

551 GIMENO SENDRA, «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», [en línea], [citado 16 marzo 2008]. Disponible en internet: <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_1/31-37.pdf>, p. 32.

552 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», en *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública* (dir. Solaz Solaz), cit., pp. 111, 112.

553 Así, como botón de muestra, véase el artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece lo siguiente: «1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. 2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días. (...)».

554 Por su parte, GIMENO SENDRA, «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», cit., p. 32, señala que no existirá, la mayoría de las veces, una policía judicial especializada.

555 GÓMEZ BENÍTEZ, «Delitos societarios», en *Derecho Penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 564. De acuerdo con dicho autor, de los delitos societarios sólo los de falsedad en documentos sociales (art. 290 CP) y administración desleal (art. 295 CP) tienen suficiente fundamento político-criminal y autonomía con respecto a los ilícitos mercantiles y administrativos para justificar su existencia.

anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».

Se ha señalado que sujeto pasivo del delito pueden serlo tanto la sociedad, como los socios o, incluso, un tercero⁵⁵⁶, pues el bien jurídico protegido queda conformado por el derecho (de los socios o de terceros) a que la información suministrada por la sociedad sea completa y veraz⁵⁵⁷.

Ha destacado la doctrina que lo dispuesto en el artículo 290 del Código Penal coincide con lo previsto en el ámbito de las falsedades en documento mercantil (*ex art. 392 CP*⁵⁵⁸), salvo que este último precepto excluye la falsedad ideológica (art. 392 CP en conexión con el art. 390.1.4.º CP)⁵⁵⁹. De acuerdo con CUGAT MAURI⁵⁶⁰, el artículo 290 del Código Penal constituiría un limitado intento de evitar la impunidad de determinadas conductas falsarias, que se han separado del régimen general de las falsedades con el fin de cumplir una serie de funciones de difícil concreción, encontrándonos ante un «crimen financiero». Sin embargo,

556 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1096, 1098 y 1099, donde se señala que no cabe incluir entre los terceros a la Hacienda Pública. Y es que en este último caso resultaría de aplicación el artículo 310 del Código Penal, delito público, que establece lo siguiente: «Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico».

557 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 577.

558 El artículo 392 del Código Penal establece lo siguiente: «El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses» [Cursiva añadida]. Por su parte, el artículo 390 del Código Penal reza así: «1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos. (...)».

559 Véanse, al respecto, con matices diversos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 532; CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1089-1092; VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 892, 893.

560 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1091.

en lo que a nosotros nos interesa, divergen dichos artículos en materia de su perseguibilidad, pues mientras el artículo 290 del Código Penal reviste especialidades procedimentales a tenor de lo establecido en el artículo 296 del mismo texto, el artículo 392 de la norma penal tiene la consideración de infracción pública. Volveremos más adelante sobre esta cuestión⁵⁶¹.

Además, el precepto analizado es un delito de peligro, pues únicamente se exige que la conducta falsaria en relación con las cuentas anuales⁵⁶² u otros documentos sea «idónea para causar un perjuicio económico»⁵⁶³; de concurrir éste (delito de resultado), se impondrán las penas en su mitad superior (art. 290.II CP).

3. La imposición de acuerdos abusivos

El artículo 291 del Código Penal dice así: «Los que, prevaleciéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».

Por tanto, la conducta típica consiste en la imposición –concurriendo ánimo de lucro y prevaleciéndose de su mayoría⁵⁶⁴ en la junta o en el órgano de administración– de acuerdos abusivos⁵⁶⁵ al resto de socios minoritarios. Todo lo anterior, además, ha de suceder sin que la sociedad obtenga beneficio alguno de dicho acuerdo.

Según un sector de la doctrina, esta modalidad de abuso de derecho apenas resultará de aplicación, dado el difícil deslinde entre la voluntad de la mayoría y los intereses socia-

561 Concretamente, en el capítulo III apartado IX epígrafe 2.3.

562 Según los artículos 34 Código de Comercio y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas, las cuentas anuales engloban básicamente el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Para un análisis más pormenorizado, y delimitando asimismo la referencia a esos otros documentos que reflejen la situación de la sociedad, véase VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 896, 897.

563 Así, CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1095, quien apunta que «la falsedad deberá ser en todo caso idónea para causar un perjuicio económico y, como exige el art. 296, *deberá ser denunciada por alguno de los perjudicados por el delito*» [Cursiva añadida].

564 En relación con de los problemas que suscita la expresión «situación mayoritaria», véase SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 580.

565 El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas establece lo siguiente: «1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. (...)». Según QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 386, «por abusivo habrá que entender en sede de Derecho penal societario aquel acuerdo impuesto sin contrapartida alguna y exclusivamente en atención a que se goza de mayoría». Según VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 901, el propio tipo penal define el abuso criminalmente relevante, que será aquél que se realice «en perjuicio de los demás socios, con ánimo de lucro propio o ajeno y sin reportar beneficios a la sociedad».

les, por un lado, y la existencia de un plus de lesividad que determine la preferencia por la infracción penal con respecto al ilícito civil (art. 7.2 Ccivil) o al mercantil (art. 115 LSA), por el otro⁵⁶⁶. Sin embargo, existen opiniones de signo contrario al entender que dicho tipo penal neutraliza la operatividad de la acción de impugnación de acuerdos sociales⁵⁶⁷.

4. La imposición de acuerdos lesivos

Por su parte, el artículo 292 del Código Penal dispone lo siguiente: «La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

Como ha subrayado MUÑOZ CONDE, en el presente precepto, a diferencia del anterior, concurre el tipo si el acuerdo puede perjudicar a algún socio, aun cuando para la sociedad pudiera resultar beneficioso⁵⁶⁸. Además, la manera de obtener el acuerdo lesivo adoptado por la mayoría ficticia puede ser bien mediante engaño acerca de la voluntad efectivamente expresada (por ejemplo mediante abuso de firma en blanco), bien mediante actuación contraria a la voluntad de alguno de los socios (*vgr.*, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley o, entendemos que también tendría cabida aquí, la modalidad consistente en atribuir indebidamente el derecho de voto a quien legalmente carece del mismo)⁵⁶⁹.

5. La obstrucción en el ejercicio de los derechos de los socios

El siguiente precepto, el artículo 293 del Código Penal, establece lo siguiente: «Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información,

566 Así, CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1099-1103. Véanse, además, GÓMEZ BENÍTEZ, «Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?», en Revista «La Ley», n.º 5143, 19 de septiembre de 2000, ref.ª D-198, pp. 1895-1898, o del mismo autor, «Delitos societarios», cit., p. 600, trabajos donde se plantean algunos problemas suscitados como consecuencia de las diferencias existentes entre lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Sociedades Anónimas en materia de las personas facultadas para la impugnación de acuerdos sociales.

567 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 580.

568 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 535.

569 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1105.

participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses».

Tal como ha señalado CUGAT MAURI, esta norma es la única en el ámbito de los delitos societarios que «de modo exclusivo se fundamenta en la protección de los derechos individuales de los socios, que indirectamente redundan en la protección de los intereses sociales»⁵⁷⁰. Dicho carácter individual que se desprende del tipo analizado afectará lógicamente a la perseguibilidad a instancia de parte de la infracción penal en cuestión de dos maneras. Y es que no sólo influirá en que la denuncia provenga directamente de la víctima –y no de su representante legal– en los casos en que la persona agraviada es mayor de edad, capaz y no desvalida; sino que, en segundo término, el mencionado dato dificultará la aplicación del apartado 2 del artículo 296 del Código Penal y su conversión en delito público, salvo en el supuesto de afectación a una pluralidad de personas.

Por lo demás, en este ámbito se ha de tener en cuenta, aunque no exclusivamente, lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, donde, junto con el establecimiento de ciertos derechos de los socios en las parcelas aludidas en el artículo 293 del Código Penal⁵⁷¹, se han previsto algunos límites a aquéllos⁵⁷². Lo anterior lleva a un sector de la doctrina a considerar excesiva la penalización de tales conductas obstaculizadoras, sin la exigencia de ulteriores requisitos, dada la concreta regulación contenida en la propia Ley de Sociedades Anónimas⁵⁷³.

6. Impedir tareas inspectoras o supervisoras

El artículo 294 del Código Penal dice así: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

570 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1107. De otra opinión se muestra QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 389, quien entiende que la sociedad resulta asimismo sujeto pasivo.

571 Así, los artículos 48.2.d), 112 y 212.2 (derecho de información de los socios); artículos 48.2.b) y 158 (derecho de suscripción preferente); artículos 48.2.c) y 104 (derechos de asistencia y voto, y el de impugnación de acuerdos sociales) de la Ley de Sociedades Anónimas. Sobre el particular, pueden consultarse MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 535; VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 910, 911.

572 Así, por ejemplo, véanse los artículos 105 y 159.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

573 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 536; VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 909, 912; muestra, asimismo, cierta cautela, CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1107.

El precepto alude a aquellos casos en que existe una supervisión administrativa⁵⁷⁴ (como por ejemplo, en el ámbito de la actividad bancaria) que es impedida por los administradores de la sociedad. Ello lleva a MUÑOZ CONDE a afirmar que nos hallamos ante un delito contra la Administración pública (en concreto, contra la función de control e intervención de la misma en el ámbito de las sociedades), y no tanto ante un delito societario⁵⁷⁵. La persona agraviada será, pues, la propia Administración pública.

Llama poderosamente la atención que éste sea el único supuesto en todo el capítulo XIII del título XIII del libro II del Código Penal en el que se contiene la posibilidad de aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 129 de la norma penal. Según CUGAT MAURI, ello se explica teniendo en cuenta que, «a diferencia de lo que sucede con otros delitos en los que la asociación de personas puede formar parte del mismo plan criminal –terrorismo, tráfico de drogas, receptación, etc.–, este sector del Derecho penal se orienta a la protección de la misma Sociedad, presupuesto de lo cual es que sea lícita»⁵⁷⁶.

7. La administración social desleal

Por último, el artículo 295 del Código Penal castiga las siguientes conductas: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».

Según ha destacado unánimemente la doctrina, este tipo constituye el más relevante dentro de los delitos societarios, dado que las infracciones patrimoniales clásicas⁵⁷⁷ resultaban insuficientes para atajar algunos comportamientos contemplados en el artículo 295

574 Por su parte, CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1112, 1113, matiza el significado de la expresión «supervisión administrativa», al señalar que «no basta con que la sumisión de la Sociedad a control administrativo, sino que se requiere que ese control tenga la función de proteger el buen funcionamiento del sistema societario, y no, por ejemplo, el respeto de la legislación relativa a salud pública, derechos de los trabajadores, etc.». SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 586; VALLE MUÑOZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 914, 915. Para un estudio monográfico del artículo 294 del Código Penal, véase MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

575 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 536.

576 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1088.

577 Sobre la delimitación del artículo 295 del Código Penal con respecto a la estafa y la apropiación indebida, véase VALLE MUÑOZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 917, 918, y 922-926. Para un estudio monográfico del artículo 295 de la norma penal, véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, cit.

del Código Penal. De lo previsto en el precepto reproducido, únicamente son dos los comportamientos que entran en el concepto de administración social desleal: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y cuando se contraen obligaciones a cargo de ésta.

Además, lo anterior se ha de realizar, con abuso de las funciones propias del cargo⁵⁷⁸, para obtener un beneficio (propio o de un tercero) y se ha de causar directamente un perjuicio económico a los socios, depositarios⁵⁷⁹, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados. Éstos integrarán la posición de sujeto pasivo por lo que nos encontramos ante un supuesto en el que resulta complicado distinguir la categoría de titular del bien jurídico vulnerado y la de perjudicado *sensu stricto*⁵⁸⁰. En el listado de sujetos pasivos que incorpora el artículo 295 del Código Penal no aparece referencia alguna a la propia sociedad en cuanto persona jurídica⁵⁸¹, si bien algunos autores la han entendido, «en contra de lo que pudiera parecer a primera vista», incluida⁵⁸².

Con respecto a los autores de dichas conductas, destaca, además de la mención a los propios administradores (de hecho o de derecho) de la sociedad, la inclusión de los propios socios. Pero como ha subrayado la doctrina no cualquier socio entrará en dicha categoría, pues para ello se deberá ostentar una situación análoga a la de los administradores y poseer efectiva capacidad de decisión⁵⁸³.

IX. LAS FALTAS PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

El artículo 639 del Código Penal dice así: «En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

578 Con razón ha entendido la doctrina que la expresión «con abuso de las funciones propias de su cargo» se ha de interpretar en un sentido amplio que permita incluir así, como autores, a los administradores de hecho o a los socios. En este sentido, véase CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1115.

579 Ha señalado la doctrina que en vez de depositarios, debería haberse referido el precepto a los depositantes. Así, CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1122; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 588. En contra de una interpretación tal, por considerar que la misma vulnera el principio de legalidad, véase QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., pp. 376, 377.

580 Por su parte, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 919, entienden que se han de analizar cuidadosamente ambos conceptos para evitar caer en conclusiones absurdas.

581 Dicha ausencia ha sido destacada por QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 374; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 588.

582 Así, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 918-921.

583 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1114.

En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130».

Sorprendentemente, en este caso no se ha aprovechado la Ley Orgánica 5/2010 para reformar y erradicar así la discordancia contenida en el artículo 639.III, dado que el mismo sigue remitiendo, en el ámbito del perdón, al segundo párrafo del número 4.º –y no del 5.º– del artículo 130 (a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica 5/2010, tal referencia deberá entenderse al art. 130.1).

1. Introducción

El libro III del Código Penal dedicado a las faltas y sus penas contiene cinco títulos. Los cuatro primeros recogen los grupos de infracciones penales leves existentes. Así, cabe distinguir las faltas contra las personas (título I), contra el patrimonio (título II), contra los intereses generales (título III) y contra el orden público (título IV).

En lo relativo a la categoría de la perseguibilidad, pudiera existir la tentación de prescindir del análisis de este último libro del texto penal. Sin embargo, la lectura de los concretos tipos, así como la del artículo 639 del Código Penal, incluido entre las disposiciones comunes a las faltas que recoge el título V, no lo permite, a riesgo de dejar incompleto el estudio, máxime cuando uno de los argumentos tradicionalmente ofrecidos a la hora de justificar la perseguibilidad a instancia de parte ha sido el relativo a la escasa lesividad de la conducta, lo que *per se* resulta predicable de los comportamientos incluidos en el libro III del Código Penal, si los mismos se comparan con los previstos en el libro II del mismo texto.

2. El punto de inflexión en materia de las faltas perseguibles a instancia de parte: La Ley Orgánica 3/1989

Con anterioridad a la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal existían en el texto punitivo más de treinta artículos que establecían conductas constitutivas de faltas (arts. 566 a 600 CP). De ellos sólo uno, el artículo 586.1.º, incluía una infracción perseguible a instancia de parte. Ello determinaba la innecesariedad de realizar mención alguna a la categoría de la perseguibilidad entre las disposiciones comunes a las faltas.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/1989 cambió radicalmente el panorama, ya que no sólo se encargó de reducir el (enorme) catálogo de infracciones contenidas en el libro III del anterior texto penal⁵⁸⁴; sino que, además, también incidió en la perseguibilidad de algunas de ellas que abandonaron la categoría de infracciones públicas para pasar a exigir denuncia del ofendido y, en ciertos casos, se concedía efectos jurídicos al perdón. Al respecto, su Exposición de Motivos señalaba que «con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales

584 En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se apuntaba que la consecución del principio de mínima intervención del Derecho penal pasaba «evidentemente, y *ante todo*, por la reducción del libro III del Código Penal, parte del sistema legal que más claramente infringe el antedicho principio» [Cursiva añadida].

de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente».

En este sentido, cabe recordar aquí las acertadas palabras de MEDINA CRESPO al hilo de la mencionada Ley Orgánica 3/1989. Y es que, en su opinión, dicha norma significó «la radical despenalización de unas conductas y la eventual despenalización de otras. Hay una despenalización de alcance necesario, y además una facultativa descriminalización que, ligada a la voluntad del perjudicado, se produce por la vía de la pasividad o por el cauce del perdón»⁵⁸⁵. En efecto, a partir de entonces la norma penal redujo a veintitrés las faltas incluidas en su seno y los artículos 585⁵⁸⁶, 586⁵⁸⁷, 586 bis⁵⁸⁸, 589⁵⁸⁹, 590⁵⁹⁰, 594⁵⁹¹, 600⁵⁹²

585 MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, Artes Gráficas Suárez Barcala, Madrid, 1989, pp. 22, 23.

586 El artículo 585 del Código Penal anterior (antecedente del actual art. 620 CP 1995) decía así: «Serán castigados con la pena de uno a cinco días de arresto menor o multa de 5.000 a 25.000 pesetas: 1.º Los que, de modo leve, amenazaren a otro con armas o las sacaren en riña, como no sea en justa defensa. 2.º Los que de palabra y en el calor de la ira amenazaren a otro con causarle un mal que constituya delito, y con sus actos posteriores demostraren que no persistieron en la idea que significaban con su amenaza. 3.º Los que de palabra amenazaren a otro con causarle algún mal que no constituya delito. 4.º Los que causaren a otro una coacción o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del ofendido».

587 Véase la diferencia existente en materia de perseguibilidad en dicho artículo 586 de la norma penal anterior: «Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas: 1.º Los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena. 2.º Los que, requeridos por otro para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio solicitado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno y si reclamare el ofendido».

588 El artículo 586 bis del Código Penal anterior (antecedente del actual art. 621 CP 1995) establecía lo siguiente: «Los que, por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas, siempre que concurriere infracción de reglamentos, y, cuando ésta no concurriere, con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas.

Si el hecho se cometiere con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses.

Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido». En relación con el establecimiento de este último requisito de la denuncia del ofendido, véanse los argumentos empleados por los distintos intervinientes en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 2594/1994 planteada sobre el artículo 586 bis del Código Penal anterior por posible vulneración de los artículos 1.1, 14 y 25.2 de la Constitución. Dichas posiciones quedan recogidas en la STC n.º 120/2000 (Pleno), de 10 de mayo (RTC 2000\120), que desestimó aquella.

589 El artículo 589 del Código Penal anterior (antecedente del actual art. 624 CP 1995) tenía la siguiente redacción: «El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 518 será castigado con multa de 5.000 a 50.000 pesetas, si la utilidad no excediere de 30.000 pesetas o no fuere estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado». La remisión contenida al delito previsto en el artículo 518, nos obliga a reproducir tal precepto a efectos de su comprensión y, además, por la significación que, como veremos, mantiene en la actualidad: «El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas será castigado con una multa del cincuenta al cien por ciento de la utilidad reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 30.000 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 100.000 pesetas».

590 El artículo 590 del Código Penal anterior decía así: «El que entrare en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, será castigado con multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado».

dejaron de conformar la regla general de las faltas públicas, con lo que aproximadamente un 30% de las infracciones penales leves pasaron a integrar la categoría de perseguibles a instancia de parte.

3. Las concretas faltas penales no perseguibles de oficio. Breve análisis de los tipos

Como ha puesto de manifiesto MARCOS AYJÓN⁵⁹³, mientras los delitos que requieren previa denuncia del ofendido han aumentado en el texto penal de 1995, no ocurre lo propio en materia de faltas. Concretamente, son tres los preceptos del libro III del Código Penal vigente con respecto a los cuales existen especialidades persecutorias: los artículos 620 y 621 del Código Penal, incluidos entre las faltas contra las personas; y la falta contra el patrimonio prevista en el artículo 624.1 del Código Penal. Esta tendencia opuesta que se observa en el terreno de las conductas incluidas en el libro II del Código Penal y en las faltas penales, se ha intentado explicar en base al descenso de tipos encuadrados en el último libro de la norma penal⁵⁹⁴. Además, los mencionados (tres) preceptos provienen del Código Penal anterior⁵⁹⁵, lo que tendrá consecuencias en la órbita de la perseguibilidad, tal como analizaremos más adelante⁵⁹⁶.

591 Por su parte, dicho artículo 594 del texto penal anterior establecía lo siguiente: «El encargado de la custodia de ganados que entren en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho o permiso para ello, será castigado con la multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado».

592 El artículo 600 de la norma penal anterior rezaba así: «Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio.

Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses.

Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado».

593 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», en *Tribunales de Justicia* 6/1997, p. 646.

594 En este sentido, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 646. Sin embargo, la norma penal de 1995 dedica 21 preceptos a las conductas consideradas como infracciones penales leves, esto es, sólo dos menos que el texto vigente con anterioridad. En relación con la perseguibilidad a instancia de parte, destaca el hecho de que de siete artículos en que así se establecía se ha pasado a tres. En conclusión, la categoría de las faltas perseguibles a instancia de parte ha experimentado una reducción más que proporcional con respecto a la mengua de comportamientos penales menos lesivos sufrida. Del 30% de infracciones penales leves perseguibles a instancia de parte tras la Ley Orgánica 3/1989, se ha pasado con el Código Penal de 1995 al 14%.

595 Compárense con los artículos 585, 586 bis y 589 del Código Penal anterior, *supra* reproducidos.

596 Concretamente, en el capítulo III apartado X epígrafe 1.

3.1. Las faltas contra las personas perseguibles a instancia de parte

3.1.1. Las faltas dolosas contra las personas

Se trata éste de un ámbito afectado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que se añadió un último párrafo al artículo 620 del Código Penal⁵⁹⁷ donde se reputaban como faltas públicas los casos en que las conductas previstas en los dos números de dicho precepto fueran cometidas entre los sujetos que integraban, lo que se vino a denominar, la violencia doméstica⁵⁹⁸. De dicho régimen de perseguibilidad se exceptuaban las injurias, que continuaron como perseguibles a instancia de parte, con independencia de las relaciones que pudiera existir entre el (presunto) autor y la víctima del hecho.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género modificó en algunos aspectos sustantivos el precepto en cuestión⁵⁹⁹. En cuanto a la categoría de la perseguibilidad⁶⁰⁰, de las faltas

597 La redacción vigente a partir de la Ley Orgánica 14/1999 decía así: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

598 El artículo 153 del Código Penal establecía en aquel entonces el siguiente radio de actuación subjetiva: «(...) quien sea o haya sido su cónyuge o (...) persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o (...) los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro (...)».

599 Dicha Ley Orgánica 1/2004 modificó las penas aplicables a estos supuestos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en otros casos (así, por ejemplo, véanse los números 4 y 5 del art. 171 CP), el artículo 620 del Código Penal siguió aludiendo exclusivamente al concepto de violencia doméstica (tras la Ley Orgánica 11/2003 previsto en el art. 173.2 CP y ampliado con respecto a la redacción anterior), sin que su ámbito subjetivo distinguiera o se limitara a lo que el legislador de 2004 denominó violencia de género. A tal efecto, se ha de tener en cuenta lo señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en la letra a) de su artículo 87 ter.1, establece al atribuir competencia al juzgado de violencia sobre la mujer, que los hechos deberán haberse cometido «contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como (...) sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género». Como se puede observar, el prisma de análisis existente en la categoría de la violencia doméstica y en lo que ahora integra la violencia de género difiere. Por otro lado, LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., pp. 100, 101, se ha mostrado crítica con la inclusión en el libro III del Código Penal de las injurias leves, dado que «el CP de 1995 no ha acogido ninguna de las propuestas despenalizadoras descritas, manteniendo, incluso, una falta de injurias leves en el art. 620.1.2 (lo que, por otro lado, sigue complicando la distinción en esta materia entre ilícito civil

contenidas en el artículo 620.2.º únicamente se mantiene como infracción que necesita de la denuncia de la víctima la de injurias, dado que las demás quedan convertidas en infracciones públicas si la víctima es alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal⁶⁰¹. Ahora bien, lo anterior deviene insuficiente y se ha de completar con lo previsto en los artículos 171.4 y 172.2 de la norma penal⁶⁰² que convierten en delito (perseguible de oficio) las amenazas y coacciones leves siempre que la víctima sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, y los casos en que el ofendido sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Parece, asimismo, que deberán considerarse en todo caso constitutivas de delito (público) las conductas previstas en el artículo 620.1.º del Código Penal, cuya nota característica es que la amenaza leve se produzca «con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña (...)», si la víctima es alguna de las señaladas en el párrafo anterior. En nuestra opinión ésta es la conclusión a extraer, pese a que el artículo 171.5 del texto penal⁶⁰³ aluda a las per-

e ilícito penal). El legislador ha considerado, pues, que la protección penal del honor sigue siendo necesaria (dicho de otro modo, que la protección civil es insuficiente)».

600 LIBANO BERISTAIN, «La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil», en *El proceso de ejecución civil: problemas actuales* (coords. Cachón Cadenas y Picó Junoy), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 283-285.

601 El artículo 173.2 del Código Penal se refiere a los siguientes grupos de víctimas: «quien sea o haya sido su cónyuge o (...) persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o (...) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o (...) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o (...) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como (...) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

602 El artículo 171.4 del Código Penal (añadido por la LO 1/2004) dice así: «El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Por su parte, el artículo 172.2 del Código Penal (modificado por la LO 1/2004) establece lo siguiente: «El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

603 El artículo 171.5 del Código Penal (añadido por la LO 1/2004) dice así: «El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de

sonas a las que se refiere el artículo 173.2 pero exceptúe aquellas mencionadas en el artículo 171.4, y sin que acto seguido la norma penal contenga mención específica alguna para esos sujetos en supuestos de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos. Aun así, una lectura atenta del artículo 171.4 del Código Penal lleva a considerar dichas amenazas incluidas en la esfera de actuación del referido número 4 y no en la del 5.

En la actualidad, el artículo 620 del Código Penal establece, pues, lo siguiente: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

- 1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.
- 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

En suma, conforman las faltas perseguibles a instancia de parte del artículo 620 del Código Penal las amenazas, coacciones o injurias leves no constitutivas de delito. Además, el criterio objetivo expuesto se ha de combinar con un elemento subjetivo, ya que, en los casos del artículo 620.2.º del texto penal, si nos hallamos ante una víctima de las incluidas en el artículo 173.2 del Código Penal, el tipo, salvo el de injuria leve, queda convertido en público⁶⁰⁴.

3.1.2. Las faltas contra las personas causadas imprudentemente

El artículo 621 del Código Penal establece lo siguiente: «1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. (...)».

604 Aquí sí que deviene importante la idea de la violencia de género, pues la levedad de las coacciones no impedirá en estos casos que las conductas sean reputadas como infracciones penales graves (vg. art. 172.2 CP), mientras que en otros supuestos dicha conversión en delito también sucede cuando la amenaza leve acaece en el ámbito familiar (violencia doméstica), sin que se ciña exclusivamente a la violencia de género, aun cuando a efectos de la pena se establece en la franja inferior alguna diferencia (véanse los números 4 y 5 del art. 171 CP).

3. Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

(...)

6. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

Dicho precepto establece los únicos supuestos de imprudencia punible constitutivos de falta penal. Lo anterior refleja, como destaca MAGALDI PATERNOSTRO, «la voluntad inequívoca del legislador español de proteger absolutamente la vida humana independiente y la integridad física o psíquica de las personas frente a cualquier tipo de ataque contra la misma, incluso los derivados de una infracción leve de la norma de cuidado»⁶⁰⁵. Sin embargo, un sector doctrinal (ROMEO CASABONA y MONTÓN REDONDO) se ha mostrado especialmente crítico con la configuración de la falta de homicidio (imprudente leve) como perseguible a instancia de parte⁶⁰⁶.

En este ámbito, tal como señalaremos al hilo del comentario al artículo 267 del Código Penal, resulta de aplicación la Disposición Adicional Tercera del Código Penal. Nos remitimos, pues, al estudio efectuado entonces⁶⁰⁷.

3.2. Las faltas contra el patrimonio no públicas

El artículo 624.1 del Código Penal dispone lo siguiente: «El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado».

Por tanto, la alteración de lindes, términos o señales cuando la utilidad no supere los 400 euros o no resulte estimable –ya que en otro caso constituiría el delito (público) del artículo 246 del Código Penal⁶⁰⁸– ha sido considerada por el legislador de 1995 como falta penal perseguible a instancia de parte. Dicha conducta proviene del Código Penal anterior,

605 MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), T. II, cit., p. 2748, y continúa (p. 2749) apuntando como supuesto excluido del ámbito penal, además de la culpa levísima, el de la causación a una persona de una lesión mediante imprudencia grave o leve constitutiva de falta.

606 Así, en opinión de MONTÓN REDONDO, «Algunas reflexiones que nos sugiere el Código Penal de 1995 sobre competencia y legitimación», en *Tribunales de Justicia* 10/1998, p. 952, al considerar que «un homicidio no debe –o al menos no debería– perder su condición de conducta públicamente perseguible por la manera en que se haya producido. No cabe pensar que la tenue diferencia entre la imprudencia grave y la leve sea suficiente para propiciar una posible impunidad de este tipo de hechos, sin mediar intervención judicial, ni que el Fiscal se desentienda de ello por imposición legal». En relación con el Código Penal anterior, mantuvo una posición similar ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», cit., pp. 274, 281.

607 Concretamente, en el capítulo III apartado VII epígrafe 1.1.2.

608 Dicho artículo 246 del Código Penal reza así: «El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros».

e inexplicablemente, máxime cuando la misma no requiere del empleo de violencia⁶⁰⁹, perdura como ilícito penal del siglo XXI. En cambio, el número 2 del artículo 624 del Código Penal, que contempla un supuesto equivalente al anterior, si bien referido a la distracción de aguas, se ha configurado como perseguible de oficio, dada su consideración como bien de interés público con independencia de su uso⁶¹⁰.

609 Véase, con respecto al artículo 246 del Código Penal, la opinión de QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 4.ª ed., cit., p. 1253, quien señala que «el art. 246 está (...) dedicado a usurpaciones no violentas. Ello hace difícil la comprensión de la intervención del Derecho penal en esta clase de situaciones, mejor resolubles con los medios que ofrece el Derecho privado o el Derecho administrativo, pues lo único que explicaría la actuación punitiva sería el recurso a la violencia».

610 MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), T. II, cit., p. 2760.

CAPÍTULO TERCERO

TRATAMIENTO PROCESAL ESPECÍFICO DE LAS DIVERSAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

En el capítulo anterior se han descrito los concretos tipos penales perseguibles a instancia de parte. En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, la categoría dogmática de la perseguibilidad a instancia de parte, para, acto seguido, estudiar la aplicación de la misma en relación con los delitos y faltas previstos en la Ley Orgánica 10/1995. Nos detendremos, asimismo, en otras cuestiones procesales que se plantean con respecto al enjuiciamiento de las concretas infracciones penales perseguibles a instancia de parte.

I. LA CATEGORIZACIÓN DOGMÁTICA DE LA PERSEGUIBILIDAD

1. Introducción

Una primera cuestión ya señalada con anterioridad⁶¹¹ es la relativa al hecho de que las facultades que ostentan el ofendido u otros sujetos (por ejemplo, su representante legal) en el ámbito de las infracciones perseguibles a instancia de parte no constituyen manifestación del principio de oportunidad, entendido éste en un sentido estricto⁶¹².

611 Concretamente, en el capítulo I apartado VI epígrafe 3.2.

612 Parecen mantener distinta opinión, ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., p. 323, cuando señala que como «en estos casos la iniciación de la causa se ampara en el principio de oportunidad, la denuncia privada no constituye una obligación (...)»; o, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 95, 96. Puede resultar engañoso el título del trabajo de MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., pues de su lectura parece desprenderse que la denuncia del ofendido en las infracciones semipúblicas constituye manifestación del principio de oportunidad. Sin embargo, tras el análisis de dicho trabajo, consideramos que MARCOS AYJÓN más bien está aludiendo a las consecuencias que el Código Penal de 1995

Por otro lado, los estudiosos del Derecho penal han abordado en mayor medida que la ciencia procesal el apartado relativo a la perseguibilidad de las infracciones criminales. Ello puede deberse a que el análisis de los diversos tipos penales exige, asimismo, entrar, siquiera tangencialmente, en aquellos preceptos del Código Penal con incidencia en la esfera de la perseguibilidad. Sin embargo, dicha constatación cuantitativa no tiene necesariamente su correspondiente reflejo cualitativo, pues al particular se le suele dedicar unas pocas líneas, dentro de las cuales, en ocasiones, únicamente se reproduce el correspondiente precepto penal.

En tercer lugar, merece ser destacado cómo la ubicación de una norma no determina su naturaleza jurídica, con lo que las previsiones relativas a aspectos diversos del proceso, independientemente de que hayan sido introducidas en el Código Penal, entrarían dentro del concepto de normas procesales⁶¹³.

Los problemas que plantea la paralela –pero, sin embargo, parece que imprescindible⁶¹⁴– regulación en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ven acrecentados en este caso por la divergencia normativa existente entre ambos textos legales. Ello es así, ya que cada modificación de la norma penal en la materia que nos ocupa no se ha visto reflejada en la legislación procesal, con lo que no existe, pese a la doble regulación, la deseada y necesaria unidad de contenido⁶¹⁵.

ha supuesto para el Ministerio Fiscal –la querella *ex* artículo 191.1 del Código Penal del fiscal equivaldría a la solicitud en forma de denuncia del ofendido– en lo referente al principio de oportunidad [*ibid.*, p. 643: «El nuevo CP (...) asienta de una forma definitiva en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, pero no a la manera clásica (como alternativa *pro abstinentia* no positivizada), sino formulándola en términos positivos, como alternativa *pro actione*»; o, *ibid.*, p. 659, en idéntico sentido, afirma que el «incremento de los delitos semipúblicos se ha efectuado (...) para conferir mayores posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal. En esta perspectiva, el resultado más relevante (...) es la constatación de que la nueva regulación ha positivado el principio de oportunidad, haciéndolo respetuoso con el principio de legalidad].

613 Aun así, resulta indudable la simbiosis que se produce aquí entre los mecanismos procesales y los sustantivos, seguramente debido a la necesidad del binomio proceso-delito. En ese sentido, cabría compartir la opinión de ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., p. 27, quien considera que este tipo de normas inciden en la punibilidad del hecho, y, por ello, se trata de un instrumento de Derecho penal, y no una técnica de Derecho procesal, cuando señala entre los mecanismos utilizados por el Derecho penal al objeto de lograr la desincriminación «el incremento del número de delitos que precisan de querella como condición de procedibilidad».

614 Según MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», en Poder Judicial, n.º Especial XII, p. 106, «será en el CP donde se determinen qué tipos de delitos y faltas necesitan para su perseguibilidad la formulación de (...), y las posibilidades del perdón extintivo de penas, mientras que deberá corresponder a las leyes procesales no sólo la regulación del alcance y extinción de la acción penal no pública, sino los condicionantes para su ejercicio tanto en orden a los requisitos de lugar, tiempo y forma, como a la legitimación y, en fin, a cuanto redunde en su eficacia en juicio».

615 Como botón de muestra, pueden ser de utilidad los artículos 104 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De una lectura conjunta de los mismos, cabe extraer que el artículo 104.1 de la norma procesal penal continúa refiriéndose al delito de estupro como infracción privada, características ambas –la denominación y su tipología persecutoria– no acordes con la presente situación legal; asimismo, el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alude aún a los delitos contra la honestidad. Se desaprovechó la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 14/1999 –que modificó sólo el artículo 104.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– para actualizar ambos preceptos, reflexión que también encontramos en GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed.,

2. Las infracciones penales y su perseguibilidad

A continuación, analizaremos algunas de las teorías formuladas sobre la perseguibilidad de las infracciones penales:

2.1. La exposición tradicional, con sus dos variantes

Se ha señalado que la razón que propició la existencia de los dos criterios que seguidamente desarrollaremos, esto es, la contraposición entre las infracciones privadas, semi-públicas (o semiprivadas) y públicas, por una parte, y, por otro lado, la distinción entre las infracciones perseguibles a instancia de parte e infracciones perseguibles de oficio fue el diverso punto de partida desde el que se estudia la cuestión. Según dicha concepción, la primera de las teorías analizaría el tema desde la órbita del Derecho penal material, mientras que la segunda, tendría su origen en un enfoque más cercano al Derecho procesal al partirse de la categoría de la perseguibilidad⁶¹⁶. Sin embargo, sostenemos que se trata de una precisión más bien terminológica, pues el contenido incluido en ambas clasificaciones coincide sustancialmente. Aun así, la primera tiene como característica más sobresaliente la de discriminar tres categorías, mientras que en la segunda se emplea de manera acertada la «perseguibilidad» como idea-fuerza en torno a la cual gira toda la explicación⁶¹⁷.

La tendencia del legislador parece ser la de omitir la utilización de la primera de las clasificaciones apuntadas. En este sentido, resulta especialmente llamativo que a lo largo del Código Penal de 1995 no se halle una sola mención a la citada clasificación trimembre. En cambio, en la norma procesal penal se sigue encontrando alguna referencia aislada al respecto⁶¹⁸. En cuanto al empleo de la contraposición «perseguible a instancia de parte»-«perseguible de oficio» se encuentran más ejemplos, tanto en la legislación sustantiva⁶¹⁹ como en la procesal⁶²⁰. Todo ello, además, se ha de relacionar con la utilización de otras fór-

Colex, Madrid, 2004, p. 176. En consecuencia, resultan plenamente aplicables en este punto las palabras de GIMENO SENDRA, *La aplicación procesal del nuevo Código Penal*, en Revista «La Ley», n.º 4180, de 4 de diciembre de 1996, ref.ª D-365, p. 1623, cuando señala que «el nuevo CP, no obstante sus indudables méritos, puede fracasar al no haber previsto una reforma en su instrumento de aplicación, esto es, en la LECr., que adecue el proceso penal a los fines jurídico-materiales que dicho Código material pretende alcanzar».

616 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 53: «La dicotomía delito público-delito privado es la fórmula penal de la dicotomía procesal, delitos perseguibles de oficio-delitos perseguibles a instancia de parte».

617 EN LIBANO BERISTAIN, «Régimen procesal de los delitos semipúblicos contra la libertad sexual», cit., p. 298 n. 2, mostramos nuestra preferencia por la clasificación trimembre al resultar más operativa.

618 Encontramos la misma únicamente en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que alude al delito privado. En cambio, en otros casos, se utiliza la expresión «querella privada» (arts. 105 y 188 LECr.).

619 Así, la expresión «a instancia de parte» se encuentra en los artículos 124 y 126.2 del Código Penal; mientras que «a instancias de la persona agraviada» aparece en el artículo 639.I del texto penal.

620 Así, se utiliza la referencia a las infracciones penales perseguibles a instancia de parte en los artículos 106.II, 275.I, 278.I, 282.II, 733, 875.II y 964.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por su parte, el artículo 649 de la norma procesal penal se refiere al «delito que no pueda ser perseguido de oficio».

mulas como la del «acusador privado»⁶²¹ que, en ocasiones, se relacionan con las tipologías referidas.

2.1.1. Las infracciones privadas, semipúblicas (o semiprivadas) y públicas

A pesar de la constatación legislativa apuntada, la manera más habitual de clasificar según su perseguibilidad las infracciones penales en la doctrina es la que distingue entre: a) faltas y delitos públicos; b) delitos y faltas semipúblicos (o semiprivados)⁶²²; y, c) los privados.

La regla general ha venido representada por los primeros, es decir, los públicos. Concretamente, en éstos no existe limitación ni condicionamiento alguno para la incoación del proceso, pues el juez de oficio⁶²³, el Ministerio Fiscal o, incluso, cualquier ciudadano podría dar inicio al procedimiento. Por su parte, y dado el cariz público del *ius puniendi*, tampoco cabe el ejercicio de facultad remisoria alguna, con lo que, por ejemplo, el perdón del ofendido no tiene relevancia a fin de conseguir la finalización anticipada del proceso penal.

En cambio, las otras dos categorías revisten algún tipo de barrera a la hora de iniciar el proceso, pues éste queda sometido, en las diversas modalidades que analizaremos y como norma general, a la voluntad de la víctima. Así, las infracciones penales semipúblicas han supuesto un obstáculo procesal a la hora de incoar el procedimiento. De esta manera, resulta, como mínimo⁶²⁴, necesaria la denuncia de uno de los protagonistas procesales, es decir, del ofendido, a fin de remover dicho escollo. Una vez producida ésta, el régimen procesal se asemeja bastante –aun cuando en algunos supuestos el perdón goza de efectos jurídicos– al seguido en un caso de infracción pública.

Por su parte, los delitos privados se caracterizan por el dominio (pleno) de la víctima del delito –convertida necesariamente en acusación privada– a lo largo de todo el *iter* procedimental, es decir, durante el inicio, continuación y fin del proceso penal. Sin embargo, la idea de calificar dichas infracciones como «privadas» ha recibido numerosas

621 Así, como botón de muestra, pueden consultarse los artículos 126.2 del Código Penal o 649 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

622 Se decantan, entre otros, por el vocablo «semiprivado»: MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», en *Jueces para la Democracia*, n.º 32, pp. 65, 70; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 34; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 16; DE VICENTE REMESAL y GARCÍA MOSQUERA, «Delitos contra la libertad sexual», en *Enciclopedia penal básica* (dir. Luzón Peña), Comares, Granada, 2002, p. 418; DE VICENTE MARTÍNEZ, «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999», en *Actualidad Penal*, n.º 42, 1999. Sobre la polémica relativa a la denominación a emplear, véase IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 56 y ss., donde IBÁÑEZ rebate los argumentos utilizados por MARTÍNEZ-PEREDA –quien prefiere la nomenclatura de semipúblicos– a fin de decantarse por la expresión infracciones semiprivadas.

623 El término incoación se estaría utilizando aquí como perseguibilidad. Dicha equiparación con la perseguibilidad, somos conscientes, podría ser únicamente en un sentido amplio al incluir la incoación de oficio.

624 Por supuesto, cabría la presentación de querrela de la persona agraviada, que pasaría a convertirse en acusador particular.

críticas⁶²⁵ al subrayar que resulta consustancial con la misma idea de bien jurídico el que dicho interés afecte a la sociedad, y, por ello, sea público. Y es que, según esta corriente doctrinal, en los delitos privados puede extraerse la consecuencia errónea de que sólo existe un interés privado en la represión del hecho, eventualmente, delictivo⁶²⁶, y tal como ha afirmado IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, «hay una característica del concepto de delito que, independientemente del tiempo y de las posturas doctrinales, ha permanecido invariable: su carácter público»⁶²⁷.

2.1.2. Las infracciones perseguibles a instancia de parte y las perseguibles de oficio

La otra clasificación históricamente utilizada para hacer referencia al ámbito de la perseguibilidad del catálogo de tipos penales, que en ocasiones se superpone a la división anterior⁶²⁸, es la que distingue entre las infracciones perseguibles a instancia de parte y las perseguibles de oficio. Antes de entrar en las dos modalidades existentes, consideramos imprescindible fijar el concepto de perseguibilidad, término clave para nuestro trabajo. En este sentido, dos son las precisiones a realizar, independientemente de volver más adelante sobre dicha cuestión⁶²⁹.

625 Así, como botón de muestra, MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, p. 108, señala que «no existen (...) delitos privados. En esta categoría se encuentran implícitamente contenidos factores e influencias del pasado histórico que no son hoy admisibles. Los delitos son públicos, no porque tengan determinada trascendencia o publicidad —puede haber delitos públicos ocultos y delitos privados manifiestos—, sino porque, en mayor o menor medida, repercuten y afectan sobre el cuerpo social y sus componentes».

626 En este sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 5; también, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 151: «se debe insistir en la necesidad de atribuir a la repetida antítesis (delitos públicos/delitos privados) un carácter meramente formal, o, si se quiere, convencional, mas en ningún caso dogmático o referido, en última instancia, a la naturaleza del objeto de protección, que (...) sólo puede ser público». ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., pp. 321, 322, señala que «si bien el delito es público en esencia, en algunos casos su perseguibilidad queda condicionada a un acto de parte»; FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 347 n. 3, 353.

627 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 52 y 62.

628 Éste es el esquema seguido por ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 163 y ss. Nos mostramos de acuerdo con la tesis mantenida por el citado autor (*ibid.*, p. 163), al considerar que, si bien en un principio resultó útil el binomio infracciones perseguibles a instancia de parte y perseguibles de oficio, siendo así que la primera de las categorías aglutinaba la totalidad de supuestos en que no se cumplía con la perseguibilidad de oficio, el devenir legislativo hizo que tal clasificación bimembre pasara a ser insuficiente, pues se necesitaba una construcción que permitiera establecer más supuestos para explicar las diversas opciones tomadas por el legislador.

629 En concreto, en el capítulo IV apartado I epígrafe 1.

Por un lado, desde un análisis diacrónico, nos hallamos ante un término, el de la perseguibilidad, netamente dinámico, pues el mismo tiene reflejo durante la totalidad del proceso. Ello se debe a que alude tanto a aspectos relacionados con el inicio, como con la continuación y final del procedimiento. Lo anterior significa que la perseguibilidad es un concepto consustancial a la misma idea de proceso penal, que se va transformando a lo largo del mismo al encontrar plasmación en los diversos actos que lo conforman, esto es, en las diferentes formas para iniciar un proceso penal, en el ejercicio de la acción penal y, en último término, en la conclusión de aquél.

Por otra parte, si se tiene en cuenta el elemento personal del cual es predicable, cabe distinguir dos acepciones de la perseguibilidad: la amplia y la estricta. Así, *lato sensu*, dicha categoría sólo afecta al comienzo del proceso e incluye toda forma de iniciar el mismo, con lo que la incoación *ex officio* quedaría dentro de ésta. Dicha modalidad amplia sólo resulta predicable en relación con el momento inicial del proceso, dado que a partir de entonces la inclusión del órgano judicial en la perseguibilidad atentaría contra el principio acusatorio.

En cambio, la definición estricta se relaciona exclusivamente con la categoría de las partes, dejando fuera de la misma la labor efectuada por el juez. A lo largo del presente estudio trabajaremos, sobre todo, con el entendimiento restringido del término. Si lo relacionamos con las dos modalidades de perseguibilidad tradicionales, esto es, «a instancia de parte» y «de oficio», y tenemos en cuenta el entendimiento del principio de oficialidad efectuado en páginas anteriores⁶³⁰, cabe obtener la siguiente conclusión: La perseguibilidad de oficio afecta al papel desarrollado por el Ministerio Fiscal en el proceso penal. Si ello se pone en relación con la indicación diacrónica, podemos destacar que entrarían aquí tanto aquellos aspectos vinculados a la incoación del proceso como los relativos a su continuación, sobre todo, plasmada en la acusación penal. En lo que respecta a la perseguibilidad a instancia de parte, la misma engloba las diversas manifestaciones en que la víctima⁶³¹ tiene, de algún modo, en sus manos la decisión de incoar, ejercitar la acción penal o poner fin al proceso. Ello ocurrirá, aun en contra de la voluntad del órgano de persecución oficial.

La expresión «infracciones perseguibles de oficio» se considera equivalente a la de «infracciones públicas», con lo que la Fiscalía puede, de conformidad con la ley, ejercitar las acciones penales, sin ningún tipo de cortapisa. Además, la perseguibilidad de oficio —en un sentido amplio, que a lo largo de este trabajo no será utilizado— contempla la posibilidad de que el proceso comience a través del juez *motu proprio*. Por otro lado, los ilícitos ínsitos en la categoría denominada «infracciones perseguibles de oficio» admiten la puesta en marcha de la maquinaria penal no sólo por un órgano público (Fiscalía o Judicatura), sino también por el ofendido o por un tercero ajeno al hecho aparentemente delictivo.

En cambio, existen diversas formas de entender la perseguibilidad a instancia de parte. Nos hallamos ante una cuestión de gran trascendencia práctica, pues el legislador, fre-

630 Así, en el capítulo I apartado V.

631 Se ha de subrayar que dichas facultades persecutorias sólo revierten en la figura del ofendido por el hecho delictivo, y, en ningún caso, se extienden a la denuncia o querrela de terceros, que, en principio, carecen de implicación directa en el caso.

cuentemente, alude a esta idea sin dejar claro la acepción empleada⁶³². En concreto, se han diferenciado hasta tres entendimientos de la citada cláusula. Antes de analizar éstos, sin embargo, consideramos necesario efectuar la siguiente precisión. Y es que la utilización de esta expresión en más de un sentido ha recibido duras críticas doctrinales, habiéndose tildado por ello la situación actual de «caos legislativo de nomenclaturas»⁶³³ o de «falta de rigor legislativo»⁶³⁴. Sin embargo, en nuestra opinión, siempre que quede clara la acepción en la que se está empleando semejante expresión, no reviste mayor problema su utilización como un término polisémico o que abarca contornos diferentes. Las diversas acepciones mencionadas ponen de relieve la dificultad de encontrar fórmulas alternativas, sin tanta tradición⁶³⁵, para referirse al conjunto de las peculiaridades existentes en materia de perseguibilidad que, además, como analizaremos a lo largo de este estudio, con el paso del tiempo ha ido ampliando su abanico y creando nuevas tipologías.

Por ello, consideramos que en una materia como ésta, si bien parecía descartada la opción favorable a un sentido amplio que englobara todo supuesto de infracción no perseguible de oficio, la misma cobra cada vez más fuerza, tal como se percibe en la doctrina⁶³⁶. Ahora bien, ello debe acompañarse, en todo caso, de algún tipo de aclaración para evitar equívocos y saber en todo momento el ámbito de extensión que abarca la expresión «a instancia de parte». Procedamos, pues, a analizar las tres acepciones en las que la expresión infracciones perseguibles a instancia de parte ha sido utilizada:

A. Sentido amplísimo

La primera excede nuestro ámbito de estudio por incluir todas aquellas manifestaciones en las que, por un lado, ni la víctima (ni el Ministerio Fiscal) ostentan la iniciativa en el ámbito de la perseguibilidad, al estar ambos a expensas de lo que decidan otras instancias; y, por otro, aquellos casos en que incluso estando en sus manos dicha sujeción o condicionamiento, la misma obedece a muy diversas razones a las de las instituciones que estudiaremos a lo largo de este trabajo. En esta línea, cabe destacar como ejemplos de alguna de las dos justificaciones mencionadas los siguientes:

632 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 167-171.

633 Expresión empleada por DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 73.

634 En palabras tomadas de ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 169.

635 Aun así, debe valorarse el esfuerzo por establecer alternativas, como, por ejemplo, realiza ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 171, quien considera como expresiones que aluden a la totalidad de ilícitos penales que escapan de la norma general de la persecución *ex officio* las siguientes: infracciones perseguibles mediante solicitud del ofendido y la de infracciones no perseguibles de oficio. Por su parte, VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, «La legitimación activa en los delitos semipúblicos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIV, 1962, p. 617, diferencia los delitos de persecución condicionada a instancia de parte (que serían un equivalente a los clásicos semipúblicos) y los delitos reservados a la acusación privada (que corresponderían a los privados).

636 En este sentido, véase el listado de autores que recoge ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 167 n. 132.

a) La autorización de la Cámara baja

En primer lugar, debemos destacar el supuesto previsto en el artículo 102 de la Constitución. El párrafo primero prevé el aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo para enjuiciar la eventual responsabilidad penal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno. A continuación, el número segundo del artículo 102 de la Norma Fundamental reza así: «Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo».

b) El histórico antejuicio

Con anterioridad a la Ley Orgánica 5/1995, el título II del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulaba, entre las especialidades existentes en este ámbito, el antejuicio necesario (arts. 757-778) para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados por delitos que pudieran haber cometido en el ejercicio de sus cargos (por ejemplo, prevaricación, retardo malicioso en la administración de justicia, etc.)⁶³⁷. Dicho antejuicio se exigía al particular que pretendiera perseguir penalmente a un miembro del Poder Judicial en los casos aludidos (*ex art. 757 LECr.*⁶³⁸) y, según PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, consistía en una especie de «preproceso» destinado a obtener una impresión acerca de si realmente concurrían los caracteres de delito que justificaran el ejercicio de la acción penal en el correspondiente proceso⁶³⁹. Sin embargo, como destacara ALMAGRO NOSETTE, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no definía el antejuicio, si bien parecía confundirlo –aunque realmente no fuera así– con la querella, al exigir el derogado artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dicho antejuicio se promoviera por escrito redactado en forma de querella⁶⁴⁰.

Además, nos gustaría dejar apuntado que la única definición de ofendido que ofrecía la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encontraba en el derogado artículo 761, por tanto, dentro de los preceptos dedicados a la regulación del antejuicio. En concreto, dicho artículo establecía lo siguiente: «El ofendido por la resolución judicial no tendrá necesidad de prestar fianza alguna para ejercitar la acción contra los Jueces o Magistrados. Se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito».

c) La denuncia o querella del agraviado o del Ministerio Fiscal ante los tribunales españoles por delitos cometidos por españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho en el extranjero (art. 23.2.b. LOPJ).

637 Para un estudio detallado sobre las especialidades que regían el proceso penal contra jueces y magistrados, puede consultarse ALMAGRO NOSETTE, *Lecciones de derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 71-89.

638 El mismo establecía lo siguiente: «Todo español que no esté incapacitado para el ejercicio de la acción penal, podrá promover el antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones».

639 PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., cit., p. 382.

640 ALMAGRO NOSETTE, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 77.

En este caso se trata de aquellos supuestos en que, habiéndose cometido el hecho eventualmente delictivo por un ciudadano español o extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho fuera del territorio nacional, los Tribunales españoles, siempre que se cumplan una serie de requisitos, pueden conocer de tales causas. Entre los elementos que han de concurrir⁶⁴¹, se halla el de la presentación de la denuncia o la interposición de querrela por parte de la víctima o del Ministerio Fiscal ante los órganos judiciales españoles. Nos encontramos, por tanto, ante un caso en que la opción de iniciar el proceso ante la jurisdicción española queda vedada a la actividad de un tercero o incluso a la incoación *ex officio*. Sin embargo, tal como ha sido destacado, se trata éste de un supuesto que escapa de la filosofía de las infracciones no perseguibles de oficio que analizaremos en este trabajo⁶⁴².

d) La excitación especial del Gobierno

Otra muestra se preveía en el texto penal derogado al precisar de excitación especial del Gobierno para poder proceder. En concreto, esto ocurría cuando la injuria o calumnia se hubiera vertido sobre un Jefe de Estado de una nación amiga o aliada, un agente diplomático de la misma o sobre algún extranjero con carácter público que, según los tratados, debiera incluirse en esta categoría (art. 467.V y VI CP anterior).

B. Sentido amplio

La denominación «infracciones perseguibles a instancia de parte» como expresión equivalente a la de ilícitos no perseguibles de oficio incluye en su seno tanto las infracciones semipúblicas como las que exigen necesariamente la querrela del ofendido para la incoación del proceso (delitos privados). Encontramos muestras de este entendimiento amplio en la doctrina y en la legislación. En concreto, en la literatura especializada, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ señaló que, en principio, la instancia no resulta equivalente de ilícito privado (querrela)⁶⁴³. Asimismo, ya hemos apuntado en este mismo epígrafe cómo entre los autores penales se observa una utilización cada vez mayor de dicha fórmula. En cuanto a los ejemplos existentes en el ordenamiento jurídico, destacan los siguientes:

a) El artículo 4.2.º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, que excluye la concesión de la misma para «los (delitos) que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos.» Por tanto,

641 Concretamente previstos en el artículo 23.2.a), b) y c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

642 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 198 n. 221.

643 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 11, aunque después se desmarque de dicha posición. También GIMENO SENDRA, *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 145, apunta que «a simple vista parece que haya que entender por delitos perseguibles a instancia de parte los semipúblicos y los privados, pues, tanto unos como otros necesitan la «instancia» del ofendido para que pueda abrirse la fase instructora». En consecuencia, parece que ambos autores coinciden en su análisis inicial, al extender la idea de la «instancia» a toda infracción no perseguible de oficio, que, tras un estudio más a fondo, sin embargo, descartan.

dentro de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte quedarían incluidos, en el ámbito de operatividad de la extradición pasiva, las infracciones penales sexuales.

La conclusión que cabe extraer es que el legislador ha utilizado la expresión infracción perseguible a instancia de parte como categoría que incluye todos aquellos ilícitos no públicos, pues tanto en 1985, como en la actualidad, los tipos penales de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos, o sus equivalentes, no tienen cabida en el apartado de los privados.

Sin embargo, el Preámbulo de la citada ley, al analizar las novedades que la misma incorpora —en la novedad Tercera—, menciona las excepciones a la extradición y se refiere a los «delitos (...) privados con algunas limitaciones, (...)». No alcanzamos a comprender el significado que se le ha conferido aquí al término privado, pues pareciera que se ha empleado en un *sentido lato*, equivalente a infracción no pública; o la segunda posibilidad que se nos ocurre es que el redactor del Preámbulo de la Ley 4/1985 erróneamente entendiera que los tipos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos entraban en la categoría de las infracciones privadas (en su acepción estricta).

b) Otro caso similar al anterior es el del artículo 278.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que conserva aún su redacción originaria. El mismo dispone lo siguiente: «Si la querella tuviere por objeto algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o rapto, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación (...)»⁶⁴⁴.

Ya cuando se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 los tipos de violación y rapto pertenecían a la categoría de los semipúblicos, por lo que el artículo 278 de la ley procesal penal aglutina, bajo el paraguas de la perseguibilidad a instancia de parte, todas aquellas infracciones no perseguibles de oficio⁶⁴⁵. La utilización de la cláusula «perseguible a instancia de parte» sigue produciéndose, pues, en un sentido amplio que excede del ámbito de los ilícitos privados.

c) Por último, los artículos 124 y 126 del Código Penal plantean el interrogante de si el legislador ha utilizado las expresiones «acusación particular» y «acusador privado» en un sentido estricto o, en una comprensión amplia, se han empleado ambos términos como sinónimos. Ello, además, se ha de relacionar con la referencia a la perseguibilidad a instancia de parte que encontramos en dichas normas.

El artículo 124 del Código Penal dice así: «Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte». De la lectura del citado precepto, pareciera que la perseguibilidad a instancia de parte alude tanto a los delitos semipúblicos como a los privados al referirse a la acusación particular. Esta

644 En este sentido, véase la argumentación de GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 146, 147.

645 El artículo 463 del Código Penal de 1870 diferenciaba las exigencias a tener en cuenta para los delitos de estupro («a instancia de»), y para la violación y rapto («aunque no formalicen instancia»). Curiosamente, sin embargo, encontramos aquí un ejemplo más de la divergencia existente entre la acepción del sentido «instancia» en su utilización en el artículo 278 de la norma procesal penal y en el artículo 463 del Código Penal de 1870.

interpretación se ve reforzada al analizar lo dispuesto en el artículo 126.2 del Código Penal, donde el legislador, contrariamente, ha preferido otro término, el de «acusador privado», en vez de acudir de nuevo a la figura del acusador particular. Las repercusiones prácticas de un entendimiento u otro en este ámbito de las costas y de la prelación en el pago son evidentes⁶⁴⁶.

Así, el artículo 124 de la norma penal lleva a la siguiente conclusión: en materia de costas se incluirán los honorarios de abogado y aranceles del procurador, siempre que nos hallemos ante un delito de los no públicos. La expresión «perseguible a instancia de parte» funcionaría aquí, pues, en este sentido amplio. Ahora bien, la exégesis del mismo no puede hacerse sin tener en cuenta lo previsto en el artículo 126.2 del Código Penal que a la hora de establecer el orden de pago para el cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias utiliza la misma locución, «perseguibles a instancia de parte», para señalar que las costas del acusador privado se satisfarán con preferencia a la indemnización del Estado.

Sin embargo, debemos subrayar que el legislador no ha simplificado la comprensión de esta materia, pues, en el propio artículo 126 del Código Penal, concretamente en el número primero apartado 3.º, que contempla una de las categorías (la tercera) a la que imputar los pagos realizados por el condenado o por el responsable civil subsidiario, se incluyen «las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago». Hemos de entender que una interpretación conjunta del artículo 126.1.3.º y del artículo 126.2 del Código Penal conduce a afirmar que el legislador ha actuado –o, al menos, así lo parece– de manera consciente cuando diferencia los términos acusación particular y privada.

Tal como ya hemos señalado en este mismo epígrafe, la nomenclatura «infracciones perseguibles a instancia de parte» nos parece de gran utilidad como figura antónima a la de ilícitos perseguibles de oficio⁶⁴⁷. A lo largo del trabajo la emplearemos con profusión. Nos basamos para ello en la inexistencia de una expresión formulada de manera afirmativa –habríamos de excluir, por tanto, la de infracciones no perseguibles de oficio– que aglutine el

646 Y es que el artículo 124 del Código Penal tiene unas implicaciones prácticas que exceden de la mera discusión doctrinal sin trascendencia en el foro. Este problema ha sido abordado por ARIAS EIBE, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», en *Actualidad Penal*, n.º 17, 2001, p. 388 n. 179.

647 Menciona esta posibilidad FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 352. Por su parte, MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», cit., p. 94, parece utilizar la misma en un sentido amplio (incluyendo las infracciones que exigen la presentación de denuncia por parte del ofendido), cuando señala que «como dice el art. 106 son delitos o faltas que no pueden ser perseguidos sino a instancia de parte, lo que –dicho sea de paso– evidencia una más precisa terminología al no siempre estar en condiciones de denunciar el ofendido o perjudicado». Pese a todo lo señalado, creemos que se ha de reconocer que existen tantas teorías sobre el particular como autores han abordado la cuestión. Sirve, a modo de ejemplo, la tesis de VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, «La legitimación activa en los delitos semipúblicos (Sentencia de 19 de febrero de 1962)», cit., p. 617, cuando conceptúa la instancia de parte como sinónimo de delito condicionado a la denuncia del ofendido: «el TS 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».

conjunto de ilícitos penales con algún tipo de peculiaridad en el ámbito de la perseguibilidad. Es cierto que se han ofrecido otras expresiones como las de «infracciones perseguibles mediante solicitud del ofendido» o «infracciones no perseguibles de oficio» que aúnan todo supuesto en que la persecución penal tiene algún tipo de característica propia —excluyendo los casos en que la peculiaridad obedece a razones diversas (acepción amplísima)—, pero se ha de reconocer que no tienen el calado de la clásica locución «perseguibles a instancia de parte». Aun así, somos conscientes de las críticas que esta posición puede generar, dado que, como bien señaló FERNÁNDEZ, «sólo los delitos perseguibles previa querella del ofendido son delitos perseguibles a instancia de parte en sentido propio». Y es que «en los delitos «privados» no basta con la interposición de la querella para que la condición de procedibilidad se entienda definitivamente puesta. La procedibilidad se refiere también a todos los actos posteriores a la incoación del sumario que deben ser necesariamente realizados por el querellante»⁶⁴⁸.

C. Sentido estricto

Las infracciones perseguibles a instancia de parte *sensu stricto* equivalen a los delitos privados⁶⁴⁹. En la actualidad, estaríamos refiriéndonos exclusivamente a los tipos de injuria y calumnia contra particulares, en los que la relevancia concedida a la voluntad del ofendido hace que sólo él pueda mostrarse como parte acusadora a lo largo del procedimiento, vedándose dicha opción a la acusación oficial o a la popular. Esta utilización restrictiva de la expresión que venimos comentado tiene reflejo en diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (así, por ejemplo, en los arts. 275 ó 733) que han sido interpretados en dicho sentido para reducir al máximo el campo de operatividad de las excepciones que con respecto al régimen de perseguibilidad general representan los ilícitos privados.

Por otro lado, el mantenimiento de una acepción restringida de la expresión «perseguible a instancia de parte» y la correlativa amplitud que ello supone respecto a la locución «persecución de oficio» obedece, asimismo, a razones vinculadas con el principio de oficialidad. Es decir, hace referencia a la participación o no a lo largo del proceso del órgano

648 FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 360.

649 Parece decantarse por esta acepción, aun cuando reconoce los problemas existentes por la utilización legislativa de dicha expresión, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 71. Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 11, ya consideró en relación con la legislación vigente antes del Código Penal de 1995 que la expresión «a instancia de la agraviada» equivalía a querella del ofendido pues, a continuación, la norma penal diferenciaba el supuesto en que «bastará la denuncia...». Teniendo en cuenta las palabras de MARTÍNEZ-PEREDA, se podría concluir que la construcción «a instancia del agraviado/ofendido» podría ser considerada como un término semejante a la categoría de los delitos privados; FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 351, quien señaló que «en puridad técnica, sólo cabe hablar de «instancia de parte» si la parte debe *instar* la iniciación del proceso por medio de querella; y no sólo la *instancia* abarca la iniciación, ya que debe mantenerse a lo largo del proceso (...). Estos tipos delictivos, que se han llamado a veces «semipúblicos» para distinguirlos de los públicos y de los privados en sentido estricto, no pueden en rigor ser llamados delitos perseguibles a instancia de parte (...)» [Cursiva en el original]. Sobre estas cuestiones, véase, asimismo, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 167, 168 n. 133.

de la acusación pública, lo cual, una vez enervado el óbice procedimental correspondiente, también alcanza a los casos de infracciones tradicionalmente denominadas semipúblicas (o semiprivadas). De ahí que éste pudiera ser otro motivo para justificar el entendimiento limitado de la expresión «perseguido a instancia de parte», en donde el Ministerio Fiscal tiene, como norma, vedada la intervención.

Somos conscientes, pues, de que, en esencia, la expresión «infracciones perseguibles a instancia de parte», en sentido estricto, se corresponde con los delitos privados. Ahora bien, a efectos expositivos o pedagógicos, nos parece, asimismo, de utilidad su empleo en un marco más amplio que englobe todos los tipos penales con especialidades en la esfera de la perseguibilidad, tal como ya hemos manifestado en líneas anteriores⁶⁵⁰. En suma, tal como se observará a lo largo de la investigación, en ocasiones emplearemos la categoría «infracciones penales perseguibles a instancia de parte» como antónimo de la perseguibilidad de oficio. Ello significará la inclusión en aquélla, salvo que se especifique lo contrario, de las infracciones penales semipúblicas y de las privadas. En otros casos, en cambio, nos referiremos a los delitos privados y a las infracciones penales semipúblicas, con independencia de las diferencias que dentro de esta última categoría pudieran existir, sobre todo, aunque no sólo⁶⁵¹, en lo relativo al otorgamiento de efectos jurídicos al perdón de la víctima.

2.2. Dos manifestaciones de superación de las teorías clásicas

Las dos clasificaciones expuestas topan con dificultades a la hora de reconducir las diversas modalidades de infracciones penales según su perseguibilidad, ya que el amplio espectro existente en la materia hace que la utilización de tres –como máximo– variantes (público, semipúblico y privado) devenga en cierta medida insuficiente a la hora de explicar el abanico de posibilidades. Así, cobran pleno sentido las palabras de DEL MORAL GARCÍA que en 1987 señaló que los «tajantes términos en que esa tipología⁶⁵² se planteaba antaño deben someterse a revisión⁶⁵³. Algunas de las notas distintivas han ido desvaneciéndose o

650 Sin embargo, del título del trabajo, parece mantener la expresión «a instancia de parte» sólo para los casos en que se precisa la denuncia del ofendido a fin de incoar el proceso, MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», cit. No obstante lo anterior, consideramos que una lectura atenta del mismo lleva a la conclusión de que tanto los casos en que se exige denuncia como los que precisan querrela de la víctima entran en la categoría de la «instancia de parte» (*ibid.*, p. 100), si bien el autor se dedica a comentar las novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/1989 en el ámbito de las infracciones en que se exige la denuncia del ofendido para dar inicio al procedimiento.

651 Así, la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal «(...) o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia».

652 En concreto, el autor se está refiriendo a la clasificación tripartita: delitos públicos, semipúblicos y privados.

653 Ya en 1979, FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 346, escribió, con relación a la clasificación delitos perseguibles de oficio-delitos perseguibles sólo a instancia de parte, lo siguiente: «Si la dirección adoptada por el Legislador no cambia, tal vez esté en trance de dejar de ser útil como tal distinción. Lo que hasta ahora, quizá con algunas dudas, se entendía como una distinción clara, puede que haya dejado de serlo, para quedar relegada a la condición de un mero residuo histórico».

flexibilizándose»⁶⁵⁴. Este problema detectado por DEL MORAL ya hace más de veinte años ha aumentado significativamente tras la aprobación del Código Penal de 1995. En el afán de resolver el mismo y hallar una clasificación que se ajuste a las necesidades de los tipos penales actuales encontramos algunas propuestas. En concreto, analizaremos dos de ellas:

2.2.1. La «acción penal privada» como eje vertebrador

A. Apunte preliminar y clasificación

Antes de adentrarnos en la clasificación del profesor GIMENO SENDRA, se ha de tener presente su teoría de la acción penal para evitar el riesgo de una posible malinterpretación de sus palabras⁶⁵⁵. Y es que según este sector doctrinal la acción penal se ejercita ya con la puesta en conocimiento de la *notitia criminis* ante un órgano judicial, haciendo surgir en el mismo «la obligación de dictar una resolución motivada y fundada sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal»⁶⁵⁶. Por tanto, se ejercitaría aquélla desde la presentación de la denuncia, y no resulta necesario esperar a la interposición de la querrela⁶⁵⁷. Ello conduce a GIMENO SENDRA a diferenciar dos momentos: el ejercicio de la «acción» penal y el de la «pretensión»⁶⁵⁸.

Si bien la expresión «acción penal privada» ya había sido utilizada con anterioridad⁶⁵⁹, el mérito de la teoría del profesor GIMENO reside en haber reconducido la cuestión de la perseguibilidad, de índole netamente procesal, al terreno de la acción. No obstante lo apuntado, como tendremos ocasión de analizar al explicar su concepción, GIMENO SENDRA termina acudiendo a las categorías de los delitos semipúblicos y privados.

654 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 7, septiembre 1987, p. 12.

655 GIMENO SENDRA, *La querrela*, cit., p. 90 n. 211, señala que «la acción penal triunfa mediante la comunicación al órgano jurisdiccional de un hecho que reviste los caracteres de delito. Y en este sentido, dicha transmisión puede realizarse a través de diversos medios de iniciación del proceso penal. La denuncia ejercitada ante la autoridad judicial, la querrela y la iniciación de oficio, son actos procesales, que, como ha puesto de relieve FAIRÉN, motivan la actuación jurisdiccional en la que la acción se realiza». Como se analizará en el capítulo IV apartado I epígrafe 2.1, dicha teoría de GIMENO SENDRA proviene de su maestro, el profesor FAIRÉN GUILLEN.

656 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 167. Volveremos más adelante, en el capítulo IV apartado I epígrafe 2.1, sobre dicha cuestión.

657 Parece, además, que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 105, da muestra de un entendimiento de la acción penal contrario a la opinión de GIMENO SENDRA y de quienes sostienen esa misma teoría de la acción.

658 Véase, a modo de ejemplo, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., pp. 168 y 176, siendo en esta última donde se percibe claramente la distinción apuntada al señalar, en relación con los delitos semipúblicos, que, «si bien el ofendido es dueño del *ejercicio de la acción penal*, la cual puede ejercitarla no sólo en forma de querrela, sino también de denuncia, ya no lo es absolutamente de la *pretensión penal*, a la que está llamado a sostener en cualquier caso el Ministerio Fiscal (...)» [La cursiva es nuestra].

659 VÉLEZ MARICONDE, «Acción penal dependiente de instancia privada», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1964, p. 747. Asimismo, véase la exposición del propio GIMENO SENDRA, *La querrela*, cit., pp. 49 y ss., sobre el particular.

La teoría de la acción de GIMENO, que no compartimos, tiene, sin embargo, la virtud de posibilitar la inclusión de aquellas infracciones que precisan de denuncia del ofendido en la categoría de la acción (privada). Ello se debe a que para el citado sector doctrinal ya en ese momento procesal se produciría el ejercicio de la acción.

Procedamos, pues, al estudio de la clasificación de GIMENO SENDRA, quien distingue tres apartados en lo relativo a la titularidad de la acción penal: en el primero, la misma corresponde al Ministerio Fiscal; a continuación, señala el supuesto de las personas jurídicas; y, en tercer lugar, lo referente a las personas físicas. Dentro de la última de las categorías mencionadas, si se tienen en cuenta las normas sobre la legitimación activa, encontraríamos dos grupos: el de las acciones públicas y el de las privadas. Las primeras, y sin perjuicio de su ejercicio por las personas jurídicas, serían las acciones que pueden ejercitar aquellos ciudadanos no ofendidos por el hecho perseguido (también conocida como acción popular); mientras que las acciones privadas, quedan reservadas a la víctima del comportamiento delictivo, o, dicho de otra forma, constituye la acción penal privada «el derecho público conferido a los particulares ofendidos por el delito (...)»⁶⁶⁰.

Estas últimas incluyen tanto las acciones provenientes de delitos públicos⁶⁶¹, como las que proceden de ilícitos penales privados o semipúblicos. Para el estudio de los dos últimos supuestos (infracciones privadas y semipúblicas), el profesor GIMENO parte de dos categorías de acciones penales privadas: las absolutas o exclusivas; y, las relativas o no exclusivas⁶⁶². La acción penal privada exclusiva o absoluta es la que surge ante la comisión de un hecho constitutivo de un delito de los denominados privado⁶⁶³.

Sin embargo, tras la aprobación del Código Penal de 1995 son las acciones privadas relativas, que pueden surgir ante la comisión de un delito semipúblico, las que han experimentado un incremento en cuanto al número de peculiaridades y variantes. Concretamente, GIMENO SENDRA destaca hasta tres modalidades de acciones privadas relativas o de delitos semipúblicos:

a) Delitos semipúblicos con «interés público»

La primera de las categorías es la que más se aproxima a las infracciones públicas, pues el ofendido no goza plenamente de la posibilidad de decidir sobre la conveniencia de incoar el proceso penal y tampoco tiene la disposición del proceso en sus manos. Se trata, por una parte, de aquellos casos en que el Ministerio Fiscal puede dar comienzo al proceso

660 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 50.

661 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 169, donde señala que las acciones privadas «a su vez, se pueden subdividir en dimanantes de un delito público, en cuyo caso pueden ser iniciales o adhesivas (cuando el ofendido entra en un procedimiento ya incoado a través del trámite de «ofrecimiento de acciones» de los arts. 109 y 775 LECr.)» [Cursiva en el original].

662 La exposición de su teoría aparece en GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., pp. 175 y ss.

663 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., pp. 176, 177. Si bien en otro lugar, *ibid.*, p. 169, parece incluir en las acciones privadas exclusivas tanto las procedentes de un delito privado como de uno semipúblico: «Las acciones privadas, a su vez, se pueden subdividir en dimanantes de un delito público (...) o procedentes de un delito semipúblico o privado, en cuyo caso tales acciones bien pueden denominarse *privadas exclusivas*, pues, en ellas, el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal o, si se prefiere, el más absoluto derecho a la no perseguibilidad del delito» [Cursiva en el original].

mediante querella tras haber «ponderado los legítimos intereses en presencia» en los delitos contra la libertad sexual de personas mayores de edad y capaces (art. 191.1 CP); y, por otra, la cláusula existente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores y en las infracciones societarias que descarta la necesidad de la denuncia exigida si el delito afecta a los «intereses generales o a una pluralidad de personas» (*ex* arts. 287.2 y 296.2 CP). En ninguno de tales supuestos ostenta virtualidad jurídica el perdón.

La teoría de GIMENO SENDRA ha despertado cierto recelo en este punto, ya que justifica el presente apartado para aquellos casos en que «la acción delictuosa haya vulnerado un bien jurídico protegido que escapa a la titularidad del ofendido o, dicho en otras palabras, cuando el delito haya comprometido también un (...) interés de carácter público»⁶⁶⁴. Concretamente, la base para dicha crítica reside en considerar que las palabras del profesor GIMENO dan pie para concluir que existen delitos en los que sólo se «compromete» un bien de índole privado, lo cual resulta contradictorio con la idea misma de infracción penal⁶⁶⁵.

b) Delitos semipúblicos «puros»

Nos hallamos ante infracciones que conceden el monopolio de incoación del proceso (de la «acción» penal, según GIMENO SENDRA) al ofendido, pero que una vez iniciado el procedimiento permiten la intervención del Ministerio Fiscal (pues el ofendido no ostenta la «pretensión» en régimen de exclusividad, sino, en su caso, de manera compartida) y en los cuales no cabe la facultad remisoría por parte del agraviado. Así, se trataría de los supuestos referidos en los artículos 161⁶⁶⁶ y 228 del Código Penal.

c) Delitos semipúblicos con «interés privado»

El poder que ostenta en estos casos la víctima del delito reside en la posibilidad de decidir sobre la conveniencia de dar inicio al proceso, unido a la pervivencia del perdón. Sin embargo, la nota más destacable, que permite diferenciarlos de las infracciones privadas, es la presencia a lo largo del proceso, sosteniendo la «pretensión», de la Fiscalía. Quedarían incluidos en esta tercera categoría, los artículos 201 y 267 del Código Penal⁶⁶⁷ y las faltas semipúblicas.

B. A modo de conclusión

La teoría del profesor GIMENO SENDRA parte del concepto de acción, si bien acaba por reconducir su exposición al entendimiento clásico de las infracciones penales semipúblicas y privadas. Ello, en cierta medida, no deja de ser un retorno a los términos tradicionales

⁶⁶⁴ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 178.

⁶⁶⁵ ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 172 n. 150 y 185 n. 184. Al respecto, consideramos que lo que GIMENO intenta destacar es la diferencia existente entre la «acción penal», que corresponde a los ciudadanos, en general, y, en algunos supuestos, se limita aún más su campo de actuación reduciéndola al ámbito de unos pocos facultados, y el «*ius puniendi*», cuyo titular es el Estado, tal como insinúa en *La querella*, cit., p. 44 y, especialmente, p. 48 n. 94.

⁶⁶⁶ Recordemos que, con anterioridad, se trataba del artículo 162 del Código Penal.

⁶⁶⁷ GIMENO SENDRA incluye en esta categoría, asimismo, el artículo 215 de la norma penal, que hasta la Ley Orgánica 15/2003 únicamente exigía denuncia –y no necesariamente querella– en los casos de injurias o calumnias vertidas contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

ya conocidos. Además, esta concepción tiene la ventaja de que sorteas –con más o menos acierto– el inconveniente de afirmar que el delito es privado⁶⁶⁸, pues decir otro tanto de la acción o de la puesta en marcha del proceso penal, según la concepción de la acción que se maneje, no conlleva ese tipo de cacofonía jurídica.

Y es que, como señala ALONSO RIMO, el derecho de castigar sigue siendo de naturaleza exclusivamente estatal, y, en consecuencia, público, aunque la acción o la facultad de denunciar quede en manos del ofendido⁶⁶⁹. Aun así, ALONSO RIMO acaba por reconocer que, no obstante lo anterior, resulta indudable la influencia que el control privado en el inicio y en la finalización del proceso penal tiene sobre el *ius puniendi*, pese a no poder concluir que existe una privatización de la potestad punitiva estatal⁶⁷⁰.

En conjunto, pues, se ha de valorar de forma positiva la teoría de GIMENO SENDRA, dado el esfuerzo ínsito en la construcción de subcategorías dentro del apartado de las infracciones semipúblicas. Lo anterior deviene imprescindible, máxime si el objetivo consiste en explicar la legislación vigente e intentar justificar las diferencias existentes entre infracciones en el ámbito de su perseguibilidad. Por todo ello, la teoría de GIMENO SENDRA quizá pueda considerarse pionera en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁷¹ a la hora de acudir a las categorías tradicionales para establecer subgrupos en las mismas que aclaren la amalgama de supuestos creados por el legislador.

2.2.2. Las infracciones penales privadas, semiprivadas, semipúblicas, cuasipúblicas y públicas

El marco teórico que elabora ALONSO RIMO deviene de gran interés, por cuanto que, dentro de la clásica división tripartita ya mencionada, establece numerosas variantes. En concreto, diseña una categoría diferenciada por cada posibilidad legal existente en la esfera de la perseguibilidad. Ello permite abordar cada una de las incidencias trazadas en esta materia por el legislador, comenzando por las infracciones privadas hasta llegar a las públicas⁶⁷².

668 Ello no obstante, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 175, reconoce la dificultad que conlleva la utilización de este término, pues, cuando analiza el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 104 del mismo texto, señala que «si bien, desde un punto de vista formal, no permite técnicamente hablar de la existencia en nuestro ordenamiento de acciones penales privadas (pues el derecho de acción, en tanto que derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, es un derecho subjetivo público), sí establece, desde una óptica material, ciertas derogaciones a los referidos principios de publicidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal, que autorizan a afirmar la existencia en nuestro proceso penal (...) de ciertas acciones penales privadas (...)».

669 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 157, 158.

670 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 161-163.

671 Se basa en las teorías de autores italianos, tal como reconoce en *La querella*, cit., pp. 46 y ss.

672 De especial utilidad resulta el cuadro que, a modo de resumen, el comentado autor incluye en *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 199 y 200. La exposición completa de su clasificación se encuentra en *ibid.*, pp. 163-197.

A. La clasificación

a) Infracciones privadas

Se emplea esta expresión en su sentido clásico. Esto es, ALONSO RIMO alude mediante la misma a los supuestos en que la querrela del ofendido aparece como requisito necesario para iniciar el proceso penal, constituyéndose así en la única modalidad de acusación posible (acusador privado), dado que, el Ministerio Fiscal tiene vedado el acceso a estos procesos. Asimismo, característica de tales infracciones es la relevancia que la voluntad del agraviado adquiere a la hora de poner fin al proceso, siendo, entre otras manifestaciones, operativo el perdón de aquél.

b) Infracciones semiprivadas

La categoría más próxima a la infracción privada es la semiprivada y el matiz diferenciador consiste en que estos últimos ilícitos admiten la denuncia del ofendido como mecanismo para poner en marcha el proceso penal. Una vez producido este acto de parte, además, el Ministerio Fiscal intervendrá en aquél. Por otro lado, las infracciones semiprivadas comparten con los delitos privados la preeminencia que la víctima ostenta a la hora de decidir sobre la finalización del proceso penal.

c) Infracciones semipúblicas

Las mismas guardan gran semejanza con las anteriores, dado que resulta suficiente la mera denuncia del ofendido para soslayar el obstáculo (procesal) que impide la incoación del proceso. Ahora bien, el tratamiento del perdón varía en ambas, ya que en los ilícitos semipúblicos esta institución no ostenta relevancia penal alguna. Ello significará que, si bien el acusador particular podría apartarse del proceso penal, no ocurrirá otro tanto con la figura del acusador oficial, que, aun en contra de los deseos de la víctima, continuará ejercitando las acciones pertinentes.

d) Infracciones cuasipúblicas

La nota característica de esta clase de infracciones es la supervisión pública existente, pues, junto con el ofendido, el Ministerio Fiscal podría poner en marcha la maquinaria judicial⁶⁷³, siempre que se cumplieran, según ALONSO RIMO, «unos criterios valorativos muy estrictos (...)»⁶⁷⁴. Dentro de los ilícitos penales cuasipúblicos, ALONSO RIMO realiza una ulterior clasificación según la operatividad (infracciones cuasipúblicas impropias) o no (infracciones cuasipúblicas propias) del perdón en los mismos. Así, en las infracciones cuasipúblicas impropias la eficacia del perdón de la víctima estará, de alguna manera, con-

673 Asimismo, entre otros, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 654, utiliza –en relación con el artículo 191 del Código Penal– la expresión «naturaleza cuasipública»; ORAÁ GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», cit., p. 1349. Encontramos dicho término, aunque con una acepción parcialmente diferente (supuestos en que basta la denuncia del ofendido para incoar el proceso y en los que, además, no opera el perdón), también en DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 14.

674 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 198.

dicionada a la falta de rechazo judicial del mismo o a la no continuación del proceso penal por parte de la acusación oficial.

Por lo demás, ALONSO RIMO realiza otra distinción, que se combina con la anterior, dentro de la categoría de las infracciones cuasipúblicas. En este caso también, señala dos grandes subapartados, que obedecen a justificaciones bien diversas, aunque en ambos la intervención de la Fiscalía no resulta obligatoria. Por un lado, estaría el ámbito de actuación (potestativa) que el Ministerio Público tiene en relación con las infracciones cometidas contra menores, incapaces o personas desvalidas. Y, por otro, encontramos el resto de supuestos cuya nota común es la intervención potestativa del Fiscal (vg. arts. 191.1, 201.2, 287.2 y 296.2 CP).

e) Infracciones públicas

Son aquéllas en las que la voluntad de la víctima no condiciona ni el inicio ni el final del proceso, siendo así que los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas (*ex art. 105 LECr.*).

B. Valoración de la teoría de ALONSO RIMO

La utilidad máxima de la clasificación de las infracciones penales que acabamos de reproducir quizá sea la de haber sabido crear y cerrar un universo de escalones que aglutina la totalidad de las posibilidades legales existentes en materia de perseguibilidad.

En este sentido, con anterioridad a la propuesta de ALONSO RIMO, encontramos en la doctrina ciertos esbozos o intentos de delimitar con mayor exactitud la voluntad del legislador, como, por ejemplo, los que efectúan MEDINA CRESPO o DEL MORAL GARCÍA. Ambos autores diferenciaron entre semipúblico y semiprivado, en función, respectivamente, de su mayor proximidad con las infracciones públicas o privadas⁶⁷⁵.

3. Planteamiento de algunos puntos controvertidos

Tras el estudio de algunas de las exposiciones doctrinales sobre el particular, se nos plantean dos cuestiones de gran relevancia, que normalmente no reciben un tratamiento pormenorizado, sino que, más bien, han de extraerse las oportunas consecuencias entre líneas. Ambas se hallan íntimamente relacionadas y nos aventuramos a decir que son dos manifestaciones de un mismo problema, en concreto, del entendimiento que se realice del principio de oficialidad.

Antes de adentrarnos en ellas, hemos de resolver, sin embargo, la cuestión relativa a si revisten igual importancia todos los elementos configuradores de la perseguibilidad a instancia de parte (*lato sensu*). Tradicionalmente, se ha concedido idéntico tratamiento a los dos aspectos fundamentales que trata la perseguibilidad. El análisis de los mismos im-

675 MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., pp. 76-81; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 65, 66. En parecido sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., pp. 12, 13.

plica, en primer lugar, abordar el estudio de las diversas posibilidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar comienzo al proceso penal; y, en segundo término, el modo en que éste puede concluir⁶⁷⁶.

Un sector doctrinal ha optado por otorgar mayor relevancia al primero de los apartados mencionados, esto es, a la incoación del proceso. Ello obedece a que en nuestro sistema este aspecto distintivo aparecerá siempre que nos hallemos ante una infracción no pública, lo cual no resulta necesariamente predicable de la segunda de las categorías expuestas. Un ejemplo de esta tendencia se encuentra en la obra de IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS⁶⁷⁷. Y es que el autor mencionado considera imprescindible que el proceso comience mediante denuncia o querrela de la persona facultada para ello. Sin embargo, la posibilidad de finalización del mismo a su voluntad, puede o no darse, sin que ello acarree la pérdida del estatus de la perseguibilidad a instancia de parte.

Lo que IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS apuntaba en 1993, se ha visto confirmado en el Código Penal de 1995. En concreto, se percibe en la Ley Orgánica 10/1995 una tendencia legislativa orientada a la ampliación de aquellas infracciones penales no perseguibles de oficio en las que el perdón carece de virtualidad jurídica alguna. Serán éstos casos de perseguibilidad a instancia del ofendido en que las normas que regulan la finalización procesal coinciden sustancialmente respecto a las previstas en tal materia para las infracciones perseguibles de oficio.

Sin embargo, cabe añadir una tercera categoría, la de la «continuación» del juicio, vinculada con la acusación. Es por ello por lo que VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER subrayara que en el caso de las infracciones no públicas las peculiaridades procedimentales se darán «en su distinto tratamiento procesal» y no exclusivamente al comienzo del proceso⁶⁷⁸. Sin embargo, consideramos que ese tercer elemento reviste una importancia menor, sobre todo, a la hora de fijar las características de las infracciones objeto de nuestro análisis.

Además, se ha puesto de relieve que estas notas características de las infracciones no perseguibles de oficio no van siempre necesariamente asociadas a una mayor intervención del ofendido, tal como sucede con la licencia previa del juez o el acto de conciliación⁶⁷⁹.

Teniendo en cuenta lo señalado, nos parece que de los tres elementos que atañen a la perseguibilidad, los relativos al comienzo y al final del procedimiento, pero, sobre todo el primero, dado que estará presente en todos los supuestos, es el que caracteriza en mayor medida la institución objeto de la presente investigación. En esta línea, el estudio de cada grupo de infracciones penales con perseguibilidad a instancia de parte nos servirá para demostrar que las peculiaridades trazadas por el legislador de 1995 superan, con creces, los términos clásicos en los que esta cuestión era analizada.

676 Así, en este sentido, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 62.

677 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 59.

678 VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, «La legitimación activa en los delitos semipúblicos (Sentencia de 19 de febrero de 1962)», cit., p. 617.

679 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 63.

A continuación, tras la observación realizada, dejaremos planteadas las dos cuestiones problemáticas a las que hacíamos referencia, sin perjuicio de volver sobre ellas a lo largo de la investigación:

3.1. Víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida

Un tema que no ha recibido toda la atención que precisaba es el relativo al régimen aplicable en materia de perseguibilidad a aquellos supuestos en que la víctima es una persona menor de edad, incapaz o desvalida. Ello se debe principalmente a que resulta dudoso determinar si la incoación de oficio, esto es, la del juez, es posible aquí. Y es que, si así fuera, se convertirían dichas infracciones en públicas, esto es, no revestirían peculiaridad alguna en la esfera de la perseguibilidad. Además, se debe tener en cuenta la función tuitiva del Ministerio Fiscal en relación con los supuestos en que concurren –como víctimas– menores, incapaces o personas desvalidas.

El fundamento de la hipótesis de que podemos estar ante ilícitos perseguibles de oficio reside en que la condición de la víctima –menor de edad, incapaz o desvalida– exige el establecimiento de una protección cualificada con respecto a aquellos otros supuestos –efectivamente, no perseguibles de oficio– en los cuales concurren en el ofendido el requisito de la mayoría de edad y no tiene limitada su capacidad.

El tema, por tanto, es más de engarce dogmático, por cuanto que la complejidad que supone que en un supuesto de infracción con peculiaridad en la esfera de la perseguibilidad se produjera la incoación de oficio se salva fácilmente si cuando llega la *notitia criminis* a los órganos judiciales, en vez de remitir directamente la misma, en su caso, al reparto, el juez la pone en conocimiento del Ministerio Fiscal para que proceda a los efectos oportunos. Por ello, en lo que respecta a la posibilidad de considerar perseguibles de oficio aquellas infracciones con características propias cuando la víctima entra en alguna de las situaciones apuntadas, hemos de subrayar que la dificultad estriba más en el plano teórico que en su vertiente práctica.

En concreto, autores como ALONSO RIMO han entendido que los supuestos de víctima menor de edad, incapaz o desvalida quedan incardinados en alguna de las diversas modalidades de, según su esquema, infracción cuasipública. Esto significa que, independientemente del régimen de perseguibilidad previsto para los supuestos en que el titular del bien lesionado es una persona mayor de edad y capaz, si la víctima no alcanza los 18 años, tiene limitada su capacidad o se halla en una situación de desvalimiento, el ilícito se convierte en cuasipúblico. Por tanto, ALONSO RIMO sitúa dichos supuestos dentro de las categorías de infracciones no perseguibles de oficio en la opción más cercana a los ilícitos públicos⁶⁸⁰. Como abordaremos más adelante⁶⁸¹, no es claro si se produce el salto en estos casos y la correspondiente infracción se convierte en perseguible de oficio, con lo que la incoación del proceso se produce bien a instancia del Fiscal bien incluso *ex officio*.

680 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 178-184.

681 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.1.

Además, la cualidad de la víctima (menor de edad, incapaz o desvalida) plantea una ulterior cuestión. En concreto, se ha de establecer si en estos casos con víctima más vulnerable resulta potestativa la intervención del Fiscal⁶⁸². Relacionado con el anterior, hemos de apuntar otro de los temas que ha generado discusión doctrinal. En concreto, en el ámbito de ciertos delitos sexuales (*ex art. 191.1 CP*), se ha debatido sobre si en supuestos con víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida se sigue exigiendo la realización de una ponderación de los legítimos intereses en presencia, que ha de efectuarse cuando el ofendido no entra en alguno de los tres grupos señalados⁶⁸³.

3.2. La frontera entre la perseguibilidad a instancia de parte y la perseguibilidad de oficio

Partiendo del estudio de la ley, de la jurisprudencia y de la doctrina científica parecería que no reviste gran dificultad la determinación de la frontera entre la perseguibilidad a instancia de parte y la de oficio. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, no es claro a cuál de los siguientes aspectos se refiere, en concreto, la categoría de la perseguibilidad: a) las diversas maneras de incoar el proceso; b) los distintos requisitos necesarios para adquirir la condición de parte procesal acusadora; o, c) aun concibiéndola como una figura predicable exclusivamente de la parte procesal, se ha de concretar si afecta al ámbito del inicio procesal o se refiere al ejercicio de la acción. Y es que, en la actualidad, la respuesta que se dé a esta cuestión no resulta intrascendente, teniendo en cuenta la variedad de supuestos que el legislador penal de 1995 ha establecido.

Así, se trata de fijar si la categoría de la perseguibilidad «a instancia de parte» abarca (sólo) todo supuesto en que el Ministerio Fiscal ve condicionado, restringido o vedado su papel a lo largo del proceso –recordemos que el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere al ejercicio obligatorio para la Fiscalía de las acciones penales que considere procedentes–, en cuanto que ello tiene un efecto directo en la posibilidad de dar inicio al proceso penal; o, por el contrario, se amolda y adapta a cualquier tipo de particularidad con respecto al momento de incoación del proceso, sea en la de oficio (aludiendo, por tanto, a la intervención del Juez) sea en la que no es tal (incluyendo tanto la opción de la Fiscalía, como la de terceros ofendidos o no por el hecho eventualmente delictivo).

El tema subyacente puede resumirse en las siguientes cuestiones: a) si existe en las infracciones no perseguibles de oficio algún tipo de limitación en la incoación del proceso (más que en el ejercicio de la acción, tal como éste es entendido por la doctrina mayoritaria), independientemente de quién sea el «afectado», o hace referencia a la perseguibilidad oficial; y, b) cuál es la línea que separa los dos grandes bloques en materia de perseguibilidad.

La respuesta ha de basarse en la configuración que previamente se le ha dado al principio de oficialidad y al principio de oportunidad. En este sentido, se debe recordar que la

682 Se muestra partidario de tal entendimiento ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 178. Desarrollamos dicha cuestión, en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.2.

683 Al respecto, véase el capítulo IV apartado V epígrafe 4.3.

oficialidad, entendida en un sentido estricto, alude exclusivamente al Ministerio Público como órgano oficial encargado de la acusación y se ha de relacionar con el cometido previsto en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideramos, pues, como punto central el citado artículo 105 de la norma procesal penal que alude al ejercicio de la acción penal –tal como lo entiende la mayoría de la doctrina–. Lo anterior conlleva la incoación del proceso como elemento, en ocasiones, previo y separado a la acción penal. Concurrirá, por tanto, la categoría de la perseguibilidad a instancia cuando el elemento personal de referencia sea el Ministerio Fiscal y, además, siempre refiriéndonos a las limitaciones sufridas en la manera de iniciar el proceso o de ejercitar la acción penal. Ahora bien, no puede dejarse de lado el hecho de que lo anterior sucede por las facultades iniciales –que son las que, por ahora, nos interesan– concedidas al ofendido y que tradicionalmente se han incluido bajo el rótulo de infracciones no perseguibles de oficio. De esta manera, aquéllas condicionan el mismo proceso penal y tienen una clara repercusión en la actuación del Ministerio Público.

La perseguibilidad, por tanto, toma como eje central la Fiscalía y sus posibilidades de actuación. Se establece así que no existen limitaciones a la misma y que el ejercicio de la acción penal resulta obligatorio en el caso de las infracciones perseguibles de oficio (tal como prevé el art. 105 LECr.). Dicho ejercicio de la acción penal implícitamente afecta, como paso previo necesario para que se produzca aquél, asimismo, al ámbito de la incoación del proceso.

Por el contrario, en la perseguibilidad a instancia de parte la función propia del órgano público de acusación queda restringida, por la existencia de algún tipo de escollo que ha de liberar el propio ofendido o, en algunos casos, su representante. En este sentido, el no poder ejercitar la acción penal significará que, pese a haberle llegado incluso la *notitia criminis* al órgano público creado para ello, ni tan siquiera se podrá poner en marcha la maquinaria penal sin la denuncia o, en su caso, querella del titular del bien jurídico lesionado.

Pero también las infracciones no perseguibles de oficio en que la víctima es un menor de edad, un incapaz o una persona desvalida se suelen incluir en alguna de las categorías de la perseguibilidad con peculiaridades. En estos supuestos, si bien al Ministerio Fiscal se le permite actuar, hemos de tener en cuenta que la segunda nota predicable de la persecución por el Fiscal no se da, dado que, como entiende un sector doctrinal al que nos sumamos, el Fiscal actúa en estos casos de forma potestativa⁶⁸⁴.

En suma, como ya se estableció⁶⁸⁵, las infracciones perseguibles a instancia de parte no entran, con carácter general, dentro de lo que en nuestra opinión conforma el principio de oportunidad, dado que éste sólo afecta (directamente, al menos) al Ministerio Fiscal. Ahora bien, resulta innegable la existencia de casos, como los supuestos de la perseguibilidad a instancia –entendida la expresión en el sentido amplio ya comentado–, en que concurriendo la obligación del ejercicio de la acción penal en la Fiscalía (*ex* art. 105 LECr.) y de manera implícita, por tanto, incoándose quizá el proceso penal como consecuencia de su actividad, dicho deber queda limitado por la existencia de alguna facultad conferida a algún otro agente procesal.

684 Al respecto, véase el capítulo IV apartado V epígrafe 2.2.

685 Tal como señalamos en el capítulo I apartado VI.

En consecuencia, las infracciones objeto de este trabajo, como se señaló con anterioridad⁶⁸⁶, constituyen una manifestación del principio dispositivo. Éste afecta o puede afectar en gran medida al principio de oficialidad al suponer siquiera indirectamente una excepción al mismo, lo que sucede cuando el Ministerio Fiscal resulta, de alguna manera, imposibilitado para el ejercicio de la acción penal por existir un escollo, con forma de denuncia o querrela, en manos de la víctima.

II. EL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA

El artículo 161.2 del Código Penal establece lo siguiente: «Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

En cuanto a la condición de perseguibilidad que prevé este precepto se han de diferenciar dos supuestos. Así, en primer lugar, de ser la persona agraviada (expresión bajo la que se alude a la mujer sujeto pasivo del delito y no a otros posibles perjudicados, como su marido) mayor de edad, únicamente cabe proceder en virtud de su denuncia. En cambio, si se tratara de una menor de edad, incapaz o persona desvalida, además de su representante legal en los casos en que exista, también podrá denunciar el Ministerio Público.

En este sentido, procede comparar el tenor del referido presupuesto de procedibilidad previsto para los casos de reproducción asistida no consentida con el establecido para los delitos sexuales, dadas las evidentes analogías entre algunas de dichas conductas. En concreto, el artículo 191.1 del Código Penal dice así: «Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal». Como ha destacado BENÍTEZ ORTÚZAR⁶⁸⁷, el hecho de que en el caso de reproducción asistida no consentida la intervención del Ministerio Público quede excluida de ser la persona agraviada mayor de edad plenamente capaz y no desvalida resulta indicativo de que en el supuesto del artículo 161 del Código Penal, aun tratándose de un delito semipúblico, nos hallaríamos en todo caso ante una figura más «privada» que los correspondientes delitos contra la libertad (e indemnidad) sexual. Ello, a juicio del autor referido y tal como se señaló con anterioridad⁶⁸⁸, resulta incompatible con la configuración del bien jurídico del delito de reproducción asistida no consentida como supraindividual⁶⁸⁹.

686 Así, en el capítulo I apartado VI epígrafe 3.2.

687 Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», cit., pp. 199 y ss.

688 Concretamente, en el capítulo II apartado I.

689 Tal como lo conceptúa DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, cit., p. 95.

III. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

Si bien las acciones sujetas a la perseguibilidad a instancia de parte en el ámbito de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales han sido tipificadas a lo largo de los artículos 178 a 184 del Código Penal, la referencia concreta a su régimen de perseguibilidad aparece al final del título VIII del libro II del texto penal (tras el capítulo correspondiente a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y el relativo a la prostitución y corrupción de menores) en el artículo 191 del Código Penal. Esta técnica legislativa –bastante frecuente a la hora de establecer excepciones a la perseguibilidad de oficio– trae causa del criterio imperante en la clasificación de las infracciones penales, cual es el de su bien jurídico (y no según su perseguibilidad).

Además, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reza así: «Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro (...) tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal». Fácilmente se perciben las importantes diferencias terminológicas –el delito de estupro⁶⁹⁰ no existe como tal en el Código Penal de 1995–, como de fondo –dicho estupro, además, sólo resulta coincidente con algunas modalidades de abuso sexual– entre el reproducido precepto procesal con respecto a la regulación contenida en el texto penal de 1995.

Por su parte, recordemos que el artículo 191 del Código Penal establece lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Se constata en la esfera de la delincuencia sexual una reducción de las peculiaridades persecutorias, aproximándose cada vez en mayor medida a las públicas. En este sentido, cabe destacar la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que posibilita la puesta en marcha del correspondiente proceso penal mediante querrela del Ministerio Fiscal, «ponderando los legítimos intereses en presencia», en casos en que la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida.

690 El delito de estupro, según el texto penal anterior al Código Penal de 1995, abarcaba las siguientes conductas: «La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleciendo de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado» (art. 434 CP derogado); «Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso la pena será de arresto mayor» (art. 435 CP derogado); «Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes» (art. 436 CP derogado).

1. La incoación del proceso

El Código Penal de 1995 a la hora de establecer peculiaridades en materia de perseguibilidad en algunas infracciones penales, con el consiguiente alejamiento del criterio general, opta por la discriminación en función de las características de la víctima que ha sufrido el hecho delictivo. En concreto, ello lleva a distinguir dos grandes regímenes en sede de incoación del proceso, como sucede en el resto de infracciones penales no perseguibles de oficio: a) la víctima menor de edad, incapaz o desvalida; y, b) la víctima mayor de edad, capaz y no desvalida.

Tal división se observa, asimismo, desde la óptica de la actuación del Fiscal, en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que, desde 1882, establece lo siguiente: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad». Llama poderosamente la atención la mención a los «delitos contra la honestidad». Al respecto, el citado artículo 105 de la norma procesal penal deberá interpretarse como «una norma procesal en blanco que precisa ser integrada con las correspondientes disposiciones del Código Penal vigente de 1995»⁶⁹¹. Lo anterior afecta no sólo al ámbito estrictamente terminológico⁶⁹², sino también en lo que atañe a los concretos tipos penales no perseguibles de oficio. Y es que de la lectura de dicho artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pareciera que los únicos delitos que integran actualmente la categoría de las tradicionalmente denominadas infracciones semipúblicas son los sexuales⁶⁹³.

Ahora bien, como especificidad del régimen previsto para las agresiones, acoso y abusos sexuales y en concreto para los casos en que la víctima reúne las características mencionadas en segundo lugar (mayor de edad, capaz y no desvalida), la Ley Orgánica 10/1995 ha introducido una novedosa cláusula en el número 1 del artículo 191 del Código Penal que

691 Aun cuando GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 176, se está refiriendo al artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestra opinión dicha afirmación resulta, asimismo, predicable del artículo 105 de la norma procesal penal.

692 No creemos que resulte desmedida la exigencia de que en la ley procesal penal se produzca el acomodo preciso en relación con aquellos cambios introducidos en la norma penal ya mediante la Ley Orgánica 3/1989, que modificó el bien jurídico a proteger a partir de entonces (libertad sexual) y erradicó la referencia a la honestidad.

693 Sin embargo, en el momento de aprobarse la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Código Penal de 1870 entonces vigente, las infracciones penales graves que conformaban la categoría de las «semipúblicas» eran algunos delitos contra la honestidad (violación y rapto ejecutado con miras deshonestas). En concreto, el artículo 463.I y .II del Código Penal de 1870 decía así: «No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, ó abuelos ó tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, *bastará la denuncia* de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia (...)» [Cursiva añadida]. Tal como se desprende del precepto reproducido, las expresiones «a instancia de» y «formalizar instancia» equivalían a los delitos privados en lo que se refiere a la incoación del proceso.

permitirá al Ministerio Fiscal –mediante querella, señala el precepto– la puesta en marcha del correspondiente proceso penal aun sin la concurrencia de la denuncia de la propia víctima.

1.1. Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal

Dejaremos planteados los interrogantes que surgen en este ámbito, sin perjuicio de desarrollarlos con más detalle en otro lugar de la investigación⁶⁹⁴. En primer lugar, al objeto de concretar la figura de la representación legal en estos supuestos en que el interés protegido por el Código Penal es de índole personal (aquí la libertad e indemnidad sexual) se ha de acudir a las normas establecidas al respecto en el Código Civil. Así, los dos supuestos más frecuentes en cuanto a la representación legal de menores de edad e incapaces son, por una parte, la regulación contenida en los artículos 162 y 163 del Código Civil, preceptos que se refieren a la representación legal que ostentan los padres con respecto a los hijos menores no emancipados; además, cabe mencionar aquí la prórroga en la patria potestad, con su consiguiente repercusión en materia de representación, que se producirá cuando los hijos incapacitados alcancen la mayoría de edad (*ex art. 171 Ccivil*). Y, por otra, debe ser mencionada la representación legal que ostenta el tutor según lo dispuesto en los artículos 222 y 267 de la norma civil.

Destaca, en comparación con la regulación contenida en el Código Penal anterior (art. 443.I⁶⁹⁵), la ausencia de toda referencia al guardador de hecho. Al respecto, y de acuerdo con MARCOS AYJÓN, cabe tildar de desafortunada tal omisión⁶⁹⁶. Y es que la presentación de denuncia por quien, sin ser representante legal del menor o incapaz, tiene su guarda y custodia, cobra cierto sentido en supuestos de acogimiento. Aun con todo, dicha ausencia puede resultar de alguna manera suplida a través de la denuncia del Ministerio Fiscal, tal como ha puesto de relieve el propio MARCOS AYJÓN⁶⁹⁷.

No obstante lo anterior, la aplicación de la mencionada regulación civil en el proceso penal no ofrece solución a algunas cuestiones de difícil respuesta. Veámos algunas de ellas. En primer lugar, la referencia a la «persona desvalida» resulta una mención un tanto vaga e indefinida, ya que lo único que se desprende del tenor del artículo 191.1 del Código Penal es que se trata de una tercera categoría, distinta de la minoría de edad y de la incapacidad⁶⁹⁸. Sin embargo, a partir de ahí todos son interrogantes pues no es claro cuándo existe desva-

694 Concretamente, en el capítulo IV apartado IV y en ese mismo capítulo IV apartado V epígrafe 2.

695 El artículo 443.I del texto penal anterior establecía lo siguiente: «Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se tratare de menores o incapaces».

696 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 651.

697 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., pp. 651, 652.

698 En cambio, no quedaba claro que fuera ésta la acepción empleada en el artículo 602 del Código Penal anterior, que establecía lo siguiente: «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal.

limiento, ni si en tales casos resultarán válidas tanto la denuncia (sin necesidad de querella) del Ministerio Fiscal como la de la propia víctima. Tal imprecisión genera cierta inseguridad jurídica, máxime si se tiene presente que en la normativa anterior el legislador no se refirió en los delitos sexuales con peculiaridades en materia de perseguibilidad a la situación de desvalimiento, al aludir el artículo 443 del Código Penal derogado, tras la Ley Orgánica 3/1989, exclusivamente a los menores o incapaces como segunda gran categoría de víctimas.

Además, existen supuestos en los que la aplicación de la legislación civil puede comportar soluciones un tanto insatisfactorias. En concreto, nos referimos al siguiente supuesto: como regla general, la representación legal se extingue, entre otras causas, por el fallecimiento del representado (arts. 169.1.º, 171.1.º Ccivil en relación con la patria potestad; art. 276.3.º Ccivil para con la tutela). Ahora bien, cabe plantearse si sería posible la presentación de denuncia por el representante legal –aun en contra del parecer del Ministerio Fiscal–, tras la muerte de la víctima menor de edad o incapaz, cuando el motivo de no haber denunciado con anterioridad el representante legal del menor o incapaz fue precisamente para no causar ulteriores daños a quien ya había sido objeto de una agresión, abuso o acoso sexual. Una aplicación rigurosa de la ley civil excluiría tal opción, dado que la categoría de la representación ha quedado extinguida. Sin embargo, desde una interpretación teleológica podría llegar a resultar admisible, aun con alguna duda al respecto, tal supuesto. Otra cuestión de interés es la discrepancia que pudiera existir a la hora de presentar la correspondiente denuncia entre el representado (menor de edad o incapaz) y el representante⁶⁹⁹.

Debemos destacar, asimismo, el debate doctrinal suscitado en lo que respecta a la existencia o no de una prelación en los sujetos facultados para remover el escollo e incoar así el correspondiente proceso penal. Al respecto, encontramos opiniones contrapuestas en torno a si la intervención de la Fiscalía resulta escalonada⁷⁰⁰ o, por el contrario, se halla a un mismo

El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida. (...)» [Cursiva añadida]. La duda también se planteaba con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 3/1989 en el Código Penal derogado. Al respecto, téngase en cuenta la redacción de los tres primeros párrafos del artículo 443 del texto penal en aquél entonces: «Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden.

Por los menores de dieciséis años podrán 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 oportunos, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida» [Cursiva añadida]. Por último, tampoco parecía ser ésa la intención del legislador del Código Penal de 1870, pues del precepto que reproducimos a continuación cabría extraer como consecuencia que se trataba de una submodalidad de la minoría de edad y de la incapacidad. En concreto, el artículo 463.III del texto penal de 1870 disponía lo siguiente: «Si la persona agraviada careciere por su edad ó estado moral de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico ó el Fiscal por fama pública» [Cursiva añadida].

699 Al respecto, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 142, señala que «hubiera sido necesario aclarar si tal representante puede obrar en contra de la voluntad del ofendido. En mi opinión, tratándose de mayores de edad, no».

700 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El delito de acoso sexual», en *Poder Judicial*, 3.ª época, n.º 46, 1997 (II), pp. 320; MATA LLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, cit., p. 84, aun cuando reconoce la admisibilidad de la interpretación contraria.

nivel y resulta alternativa⁷⁰¹ a la del representante legal. El tema viene de antiguo, dado que el anterior artículo 443 del Código Penal sí que establecía expresamente una preferencia que debía ser respetada («por este orden»). El Código Penal de 1995, en cambio, ha omitido cualquier tipo de prelación al respecto. Bajo nuestro punto de vista, y adelantando la opinión que se desarrolla más adelante⁷⁰², el Ministerio Fiscal debería tener en cuenta la decisión del representante legal en punto a la no presentación de denuncia. Entendemos así, que existe en el caso del Ministerio Fiscal una especie de subordinación, o, como mínimo, de toma en consideración de la voluntad reacia del representante legal en torno a la presentación de la correspondiente denuncia. Además, en relación con la actuación de la Fiscalía en casos de menores, incapaces y personas desvalidas, consideramos que dicha intervención no puede ser en ningún caso automática, pese a no existir –a diferencia de lo que sucede cuando la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida– cláusula alguna que prevea la necesidad de realizar algún tipo de ponderación⁷⁰³. Aun con todo, somos conscientes de que la literalidad de la ley puede llevar a preferir en ambos casos la solución contraria.

1.2. Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal

La segunda categorización de víctima abarca los supuestos en que concurren los tres siguientes caracteres: mayoría de edad, capacidad y no desvalimiento. Si faltara alguna de dichas notas, entraría en juego el régimen anteriormente expuesto. En los casos en que el titular del bien jurídico protegido (la libertad sexual) reúne esas tres características apuntadas, el Código Penal de 1995 establece dos posibilidades a la hora de remover el obstáculo existente: la denuncia de la víctima o la querella de la Fiscalía.

Tampoco aquí resulta cuestión pacífica la de si ambas intervenciones en sede de incoación del proceso –la de la víctima y la del Ministerio Fiscal– resultan entre sí alternativas o subordinadas⁷⁰⁴. Como desarrollamos más adelante⁷⁰⁵, nos resulta preferible el criterio de que la actuación de la acusación pública se produzca de manera secundaria, esto es, tras conocer y haber oído las razones de la víctima para no presentar la correspondiente denuncia.

La primera de las posibilidades previstas en el artículo 191.1 del Código Penal para este tipo de víctimas conforma precisamente la diferencia más característica existente entre el

701 CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632.

702 Así, en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.

703 En sentido semejante, LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61, quien realiza la siguiente observación: «no se requiere ponderación alguna de los intereses que pudieran concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento, en especial cuando la víctima, mayor de edad, no se encuentra en condiciones de realizar la denuncia». En cambio, CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632, entiende que en estos supuestos el Ministerio Fiscal deberá formular denuncia en todo caso.

704 De esta opinión BEGUÉ LEZAUN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 230.

705 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafe 5.

régimen general y el establecido en las infracciones penales semipúblicas. Y es que tales requisitos subjetivos y de forma en sede de incoación del proceso concurrirán, en principio, en todos los delitos y faltas no perseguibles de oficio. En estos casos, por tanto, la denuncia de la víctima capaz y no desvalida que ha cumplido los dieciocho años removerá el escollo existente en materia de perseguibilidad. Como excepción a lo anterior, cabe destacar lo establecido para los procesos por delito privado.

Sin embargo, la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que permite al Ministerio Fiscal, mediante la ponderación^{706 707} de los legítimos intereses en presencia, la incoación del proceso penal por un delito de agresión, acoso o abuso sexual en casos en que la víctima no entra en ninguna de las tres categorías que para el legislador precisan de una protección reforzada, reviste sin género de duda una de las novedades más llamativas en materia de perseguibilidad. Su relevancia se ha de relacionar con la apertura que supone —sin saber a ciencia cierta en qué supuestos resultará de aplicación— para que el Ministerio Público pueda válidamente incoar el proceso penal por infracción semipública cuando la persona agraviada es plenamente capaz⁷⁰⁸.

2. Desarrollo del proceso

Se ha planteado en la esfera de los procesos penales por agresión, abuso o acoso sexual con especial intensidad el tema relativo a la posibilidad, una vez removido el escollo inicial, de que la acusación popular se muestre como parte procesal. Se constata la división de la doctrina en relación con esta cuestión. Sin embargo, las opiniones que habitualmente dan los autores se limitan a admitir o negar tal posibilidad, sin ofrecer razonamiento alguno sobre tal parecer. Por nuestra parte, entendemos que una vez incoado válidamente el proceso penal por infracción semipública no han de existir ulteriores restricciones en relación con el ejercicio de la acción penal.

A tal efecto, consideramos que el único escollo que pudiera alegarse para la admisión de la acción popular en tales casos lo constituye la literalidad del término «ciudadano»

706 En opinión de un sector de la doctrina, que no compartimos, tal decisión adoptada por el Ministerio Fiscal en este punto no resulta revisable por el órgano judicial: BEGUÉ LEZAUN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., p. 230; ARIAS EIBE, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», cit., p. 384.

707 Según MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 65, dicha ponderación requiere de la previa audiencia a la víctima. Compartimos tal visión, como tendremos ocasión de estudiar más adelante (capítulo IV apartado V epígrafe 5.3.2).

708 Un sector de la literatura penal efectúa una valoración positiva en torno a dicha cláusula. Así, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., cit., p. 303; LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61; CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632. En cambio, merece la dura crítica de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 142: «Se trata, salvo mejor opinión, de una muestra de estado paternalista que sólo *cum grano salis* puede ser admitida; p. ej., vejaciones sexuales generalizadas (en una institución cerrada), acoso sexual extendido en una empresa, ... Fuera de casos análogos, donde la impotencia y el miedo de los agraviados sea moneda común, no parece lícita la intervención del Ministerio fiscal, pues infligirá a la víctima más daño del que se quiere reparar».

previsto en el artículo 125 de la Constitución⁷⁰⁹. Resulta innegable que inicialmente dicha institución se reconocía en exclusiva a las personas físicas, pero a día de hoy la utilidad de la misma quedaría muy mermada si se denegara su ejercicio por personas jurídicas⁷¹⁰. En esta línea, actualmente resulta opinión más bien pacífica en la doctrina y jurisprudencia la admisión de la extensión del vocablo «ciudadano» tanto a la esfera de las personas físicas como también a la de las jurídicas (en principio, privadas). Si se parte de esta premisa, no encontramos fundamento alguno para negar el ejercicio de la acción a la acusación popular en las infracciones penales semipúblicas. En suma, bajo nuestro punto de vista, y si se comparte la premisa anterior, el acusador popular, una vez presentada la denuncia por persona facultada para ello, puede intervenir en dicho proceso penal.

Pero incluso se encuentran posiciones aún más permisivas con respecto a la intervención de la acusación popular en tales infracciones penales. Así, se ha llegado a plantear la posibilidad de que una asociación (por ejemplo, para la defensa de los derechos de mujeres que han sufrido un delito de violación) pudiera ejercitar la acción penal popular sin la pertinente denuncia de la persona agraviada, es decir, pudiera con su actuación incoar el proceso penal. En este sentido, OROMÍ VALL-LLOVERA se cuestiona la admisibilidad de dicha opción: «Por un lado, parece que la respuesta debe ser negativa, pues, para iniciar un proceso penal por violación se requiere la previa denuncia del ofendido. Por otro lado, sin embargo, si el perjudicado no presenta dicha denuncia, como sucede habitualmente a causa del miedo y desequilibrio que este delito ocasiona a la víctima, ¿por qué no puede admitirse que la mencionada asociación presente acción popular en defensa de la legalidad y de los intereses generales, si se reúnen todas las condiciones y requisitos necesarios para su ejercicio?»⁷¹¹. Por su parte, BANACLOCHE PALAO disiente del planteamiento mostrado por la mencionada autora y considera que «la solución para estos casos (...) podría más bien estar en la modificación legal de la condición de semipúblicos de este tipo de delitos, o en permitir que el Fiscal también pueda actuar contra esos comportamientos (como de hecho ya está previsto en la legislación penal española)»⁷¹².

En conclusión, consideramos que se han de distinguir dos ámbitos en relación con la intervención de la acusación popular en los procesos por infracciones penales semipúblicas. Así, en primer lugar, nos parece que, si se admite la premisa anteriormente mencionada («ciudadano» = persona física+persona jurídica), no existe razón alguna para negar la acción *quivis ex populo*, eso sí, siempre que la víctima haya presentado previamente denuncia. En cambio, creemos que la acción popular no puede servir para incoar el proceso penal por infracción semipública, dado que justamente la característica que distingue estos delitos y faltas semipúblicos de los perseguibles de oficio es la exigencia (como mínimo) para poner en marcha el proceso penal de denuncia del titular del bien jurídico vulnerado.

709 Dicho precepto constitucional dice así: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...)».

710 Para un estudio detallado de la cuestión, puede consultarse PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp. 363-413.

711 OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 84, 85.

712 BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», en *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 23 y 24 n. 22.

Por otro lado, nos gustaría simplemente mencionar que en este tipo de procesos penales por agresión, acoso y abuso sexual podrá resultar de aplicación el artículo 680.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite, como excepción a la regla de la publicidad de las sesiones del juicio oral, que éstas se celebren a puerta cerrada «cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia».

3. La conclusión del proceso: la ineficacia jurídica del perdón

La progresiva eliminación de los efectos jurídicos del perdón en los delitos sexuales semi-públicos se pone de relieve en el momento en que la Ley Orgánica 8/1983 suprimió de su radio de acción el delito de violación⁷¹³; la Ley Orgánica 3/1989 continuó dicha senda y dejó sin efectos jurídicos el perdón en el resto de las infracciones penales sexuales. Por su parte, el Código Penal de 1995 ha mantenido dicha situación y el artículo 191.2 del Código Penal vigente establece en relación con los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales que «el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Sin embargo, tal referencia resultaba innecesaria⁷¹⁴, dado que el artículo 130.5.º (art. 130.1.5.º, a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010) de la ley penal –precepto insertado entre las disposiciones generales del Código Penal– exige, a diferencia del anterior artículo 25.I del Código Penal derogado⁷¹⁵, previsión legal expresa para que el perdón ostente virtualidad jurídica.

IV. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

De manera general, la doctrina ha relacionado la naturaleza eminentemente personalista de los ilícitos penales analizados con su perseguibilidad a instancia de parte (*ex art.*

713 A partir de entonces y hasta la Ley Orgánica 3/1989, los apartados IV a VI del artículo 443 del Código Penal anterior disponían lo siguiente: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y raptó, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal. En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, no extingue la acción penal».

714 Como botón de muestra, véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 353.

715 Sin perjuicio de desarrollar dicha cuestión más adelante (capítulo IV apartado IX epígrafe 3), el mencionado artículo 25.I del Código Penal derogado establecía lo siguiente: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley».

201 CP)⁷¹⁶. En concreto, el citado artículo 201 establece lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130».

Este último apartado ha sido modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010, por lo que a partir del 23 de diciembre de 2010, el mismo tendrá la siguiente redacción: «3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130».

Conviene recordar que con anterioridad al Código Penal vigente, las conductas equivalentes a las incluidas actualmente en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos entraban todas ellas en la categoría de las infracciones penales públicas. Consecuentemente, el Código Penal de 1995 ha supuesto una modificación notable en la esfera de la perseguibilidad de los delitos relacionados con la intimidad o la protección de ciertos datos. Además, se ha de tener en cuenta que, pese a las excepciones a la perseguibilidad a instancia de parte que el propio legislador ha establecido en el artículo 201.2 del Código Penal, algunos de los tipos penales incluidos entre los delitos semipúblicos –concretamente, los artículos 199 y 200 del texto penal– han sido cuestionados desde diversos sectores.

1. La incoación del proceso

Tal como se repite en diversos grupos de delitos en principio perseguibles a instancia de parte⁷¹⁷, en la esfera de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, tras fijar la necesidad de la denuncia de persona facultada para dar comienzo al proceso, se introduce una excepción a aquélla («No será precisa la denuncia exigida») cuando «la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» (art. 201.2 CP).

Además, encontramos otra excepción a la denuncia necesaria en el ámbito de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Ello sucede, según establece el artículo 201.2 del Código Penal en relación con el artículo 198 de la norma penal, cuando los tipos penales previstos en el artículo 197 del Código Penal se cometen por autoridad o funcionario público que –fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito– se prevale de su cargo.

716 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 708; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 265.

717 La cláusula se reproduce, asimismo, en la esfera de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (ex art. 287.2 CP) y en los delitos societarios (art. 296.2 CP).

1.1. La perseguibilidad a instancia de parte como regla general en estos delitos

1.1.1. Estudio de los diversos supuestos

A. La denuncia de la persona agraviada. Dudas sobre la posible ampliación del concepto a las personas jurídicas que custodian y garantizan el tratamiento de datos pertenecientes a personas físicas

La primera variante establece la necesidad de «denuncia de la persona agraviada» cuando ésta sea una persona física mayor de edad, capaz y no entre en la categoría de desvalida. A tal conclusión se llega mediante una interpretación *a sensu contrario* de la cláusula prevista en el propio número 1 del artículo 201 del texto penal [«Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida (...)»].

En relación con el concepto de persona agraviada debemos destacar dos aspectos. El primero es el relativo al entendimiento de la «persona agraviada» como sinónimo de víctima del delito o titular del bien jurídico intimididad, con lo que en este ámbito de la delincuencia dicha expresión será predicable –en principio, y a resultas de lo que señalaremos en los párrafos siguientes– de las personas físicas.

El segundo, irremediabilmente conectado con el anterior, consiste en distinguir el concepto de persona agraviada del de perjudicado por el hecho delictivo, pues no resultan términos equivalentes. A la diferenciación existente entre ambas categorías (agraviado y perjudicado) tampoco ayuda el artículo 197.2 del Código Penal, cuya redacción no puede considerarse un ejemplo de buena técnica legislativa. En concreto, recordemos que dicho precepto castiga con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses «al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, *en perjuicio de tercero*, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice *en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*»⁷¹⁸.

Al respecto, cabe traer a colación un interesante caso planteado en los tribunales⁷¹⁹. En el mismo se discutió si la empresa en donde trabajaban las personas que habían visto afectada su intimidad⁷²⁰ (se había accedido al contenido de las retribuciones percibidas por los empleados y altos directivos de un supermercado, información que con posterioridad fue difundida a través de algunas cartas) resultaba facultada *ex* artículo 201.1 del Código Penal para presentar la correspondiente denuncia en calidad de agraviada⁷²¹. La sentencia

⁷¹⁸ Cursiva añadida.

⁷¹⁹ Véase la SAP Barcelona n.º 986/2007 (Sección 2.ª), de 5 de diciembre (ARP 2008\5), [FJ 6.º].

⁷²⁰ En la resolución citada no encontramos mención alguna relativa a la existencia de «pluralidad de personas» afectadas por el delito, lo que, según el artículo 201.2 del Código Penal, desvirtuaría la exigencia de denuncia de la persona agraviada.

⁷²¹ Como mencionaremos más adelante, el hecho de considerar a una persona jurídica como sujeto pasivo del delito indefectiblemente implicará que la presentación de la eventual denuncia de la víctima se realice por el representante legal de aquélla.

que resolvió el recurso de apelación consideró que el óbice de procedibilidad existente no había sido correctamente removido, dado que el denunciante había sido la propia empresa y no, por el contrario, los concretos trabajadores cuya intimidad había resultado vulnerada por la revelación de datos personales suyos. Por todo ello, se produjo la revocación de la resolución condenatoria dictada en primera instancia y la absolución del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Sin embargo, el profesor MORALES PRATS entiende que en el concepto de agraviado entran, asimismo, las personas jurídicas que, conforme a la Ley Orgánica 15/1999, son custodios y garantes⁷²² de los datos personales de terceros-personas físicas⁷²³. El mencionado autor, «en aras a ofrecer una interpretación sistemática del concepto de «tercero»»⁷²⁴, llega a dicha conclusión, ya que en la exégesis del artículo 197.2.I del Código Penal concibe el término «tercero» (contenido en la expresión «en perjuicio de tercero») como sinónimo de persona física titular de los datos. No obstante lo anterior, de mantener simplemente que «tercero» es el titular de los datos, sin ulterior matización, quedaría sin sentido la cláusula «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero» del artículo 197.2.II de la norma penal. Para evitar dicho efecto indeseado, MORALES extiende el concepto de «tercero» «no sólo a la persona física titular de los datos, sino también a las personas jurídicas que ostentan (custodian y garantizan) datos reservados de personas físicas»⁷²⁵.

A continuación, el propio MORALES PRATS reconoce que un entendimiento semejante «se situaría en la aduana del concepto legal de «tercero»», interpretando el art. 197.2 a la vista del art. 200 CP»⁷²⁶. De ello se desprende que, a fin de aprehender íntegramente la tesis de MORALES PRATS en esta cuestión, se ha de realizar un estudio de conjunto entre lo que el autor sostiene en el ámbito del artículo 197.2 y en la esfera del artículo 200 del Código Penal. A la hora de exponer su posición, MORALES PRATS se apoya en un supuesto planteado en la jurisprudencia menor. En concreto, el mismo versaba sobre el apoderamiento por parte de un individuo «de datos de carácter reservado, de índole personal y familiar, registrados en soporte informático, de la Asociación, mediante la toma de los disquetes que se encontraban en las oficinas, para copiar sus datos y transferirlos a su ordenador personal (...) o, en otras ocasiones, mediante el acceso o lectura de referidos datos en su propio

722 No nos queda claro si MORALES PRATS, con los términos «custodio y garante», se refiere al concepto de «responsable» o al de «encargado» del fichero o tratamiento [art. 3 d) y g), respectivamente, de la Ley Orgánica 15/1999, que hemos reproducido en el capítulo II apartado III epígrafe 2.2 letra B], o a ambos indistintamente. A tenor de lo que señala MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., pp. 426, 454, parece desprenderse la utilización indistinta de las expresiones «custodios y garantes», «gestores y custodios», «gestores o responsables», por lo que nos atrevemos a concluir que en aquélla incluye al responsable y al encargado del tratamiento.

723 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 457.

724 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 426.

725 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 426.

726 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 426.

equipo informático, con un claro perjuicio, primero para los propios interesados o titulares de los datos (muy variados: domicilios, teléfonos, cuentas bancarias, estado y condiciones de salud física y mental, informes psicológicos, gastos, presupuestos, etc.) y segundo para la propia Asociación, al acceder igualmente a su información reservada de administración y al verse quebrada la confianza y reserva puesta en ella por los socios. (...) Se satisfacen por tanto, todos los requisitos necesarios (...), por cuanto que, la mención contenida en el art. 201 sobre la exigencia de denuncia previa, además de darse en el denunciante, *asociación, que también cabe considerar perjudicada o agraviada (...)*»⁷²⁷.

En nuestra opinión resulta más adecuada la interpretación que considera que en este caso las personas agraviadas —sin entrar ahora en la aplicación que se hizo de la cláusula «pluralidad de personas»— únicamente serán los titulares de los datos personales a los que se ha accedido (en el caso expuesto, los socios de la asociación); y es que, en relación con tal cuestión, se ha de subrayar que el delito imputado fue el del artículo 197.2 del Código Penal y no el tipo previsto en el artículo 200 de la norma penal. Por último, nos gustaría destacar que una posición como la sostenida por el profesor MORALES PRATS, que amplía el concepto de agraviado a las personas jurídicas que custodian y garantizan el tratamiento de datos, nos parece que deja sin contenido la diferencia existente entre ofendido (o titular de los datos) y perjudicado (esto es, quien sufre las consecuencias de dicha acción)⁷²⁸.

B. La denuncia del representante legal

Por otro lado, el propio apartado primero del artículo 201 del Código Penal contempla la modalidad de perseguibilidad consistente en que la denuncia provenga del representante legal de la persona agraviada. Esta segunda variante referida al representante legal plantea, a su vez, diversas posibilidades. Así, en primer lugar, parece que la denuncia de dicho representante será válida al objeto de remover el escollo previsto cuando la víctima entra en la categoría de menor de edad o incapaz. Pero, por otra parte, el representante legal de la persona jurídica también tendrá en sus manos la incoación del proceso a tenor de lo previsto en el artículo 200 del Código Penal. Asimismo, y de mantener la tesis propuesta por MORALES PRATS, también en el supuesto del artículo 197.2 del texto penal las personas jurídicas que custodian o garantizan los datos de personas físicas como agraviadas necesitarían de la figura de su representante legal para presentar la correspondiente denuncia⁷²⁹.

C. La denuncia del Ministerio Fiscal

Por último, en tercer lugar, se establece que el Ministerio Fiscal, como ocurre en el resto de las infracciones penales semipúblicas, puede⁷³⁰ iniciar válidamente el proceso si la víctima entra en el colectivo de menores de edad, incapaces o personas desvalidas.

727 SAP Valladolid n.º 787/1998 (Sección 2.ª), de 14 de julio (ARP 1998\3221), [FJ 1.º]. La cursiva ha sido añadida.

728 Éste es, asimismo, el eje de la argumentación que sigue ROMEO CASABONA a la hora de interpretar el artículo 197.2 del Código Penal. Véase, arrojando luz en esta oscura cuestión, la exposición de ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 745, 756 y 757.

729 PALOMO DEL ARCO, «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», cit., p. 81.

730 Incide en la importancia del término «podrá», REBOLLO VARGAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs.

1.1.2. Algunos supuestos dudosos

Se nos plantean ciertos interrogantes en torno a la conveniencia de configurar algunas conductas incluidas en el capítulo I del título X del libro II del Código Penal como infracciones perseguibles a instancia de parte.

A. La comisión del delito contra la intimidad por encargado o responsable de un fichero o registro, o por un profesional

La condición de encargado o responsable de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.4 CP) o la de confidente necesario (art. 199.2 CP) agrava la pena aplicable al delito contra la intimidad. Sin embargo, genera cierta perplejidad observar que esas conductas no conllevan algún tipo de modulación o excepción a la perseguibilidad a instancia de parte.

Y es que el obrar de tales profesionales guarda semejanzas con el prevalimiento de los funcionarios requerido en el artículo 198 del Código Penal, precepto éste que el artículo 201.2 de la norma penal excluye de las peculiaridades en el ámbito de la perseguibilidad diseñadas para otros tipos delictivos contenidos en el capítulo I del título X del libro II del Código Penal. Por ello, la facilidad que tienen los mismos en la obtención de ciertas informaciones, siendo así que en múltiples ocasiones el propio acceso será lícito, nos despierta recelos en torno a la conveniencia de mantener dichas infracciones como semipúblicas. Consideramos, en suma, que se trata de conductas a medio camino entre el artículo 199.1 del Código Penal (infracción no pública) y el artículo 198 del texto penal (delito perseguible de oficio).

B. Las personas jurídicas como ofendidos del delito contra la intimidad

Con independencia de la polémica doctrinal suscitada en relación con los límites existentes entre los artículos 197.2 y 200 del Código Penal, se nos plantean ciertas dudas en torno a la conveniencia de considerar perseguible a instancia de parte, indiscriminadamente, todo supuesto en que una persona jurídica resulta víctima de un delito contra la intimidad de los contenidos en el capítulo I del título X.

Ello se ha de conectar con aquellos casos en que los datos reservados de personas jurídicas que se descubren, revelan o a los que se accede pertenecen a entidades públicas o, incluso, en los casos a caballo entre las personas jurídicas privadas y las públicas (así, personas jurídicas privadas con capital público, sociedades mixtas, etc.). En este sentido, el profesor SOLA RECHE⁷³¹ realizaba, ya en 1991, la siguiente propuesta: «Razones de pragmatismo apuntan hacia la persecución de los delitos a instancia de parte, aunque no puede olvidarse la especial posición de la Administración respecto a las bases de datos de su responsabilidad, posible objeto de tales atentados y que pueden afectar a los intereses de los particulares concernidos, que para este supuesto demanda la actuación de oficio».

Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 487, recalando que se trata de una facultad y no de un mandato preceptivo. Además, precisa que el Ministerio Fiscal «deberá ponderar los intereses en presencia o, en otras palabras, deberá valorar las consecuencias que le puede reportar a las víctimas un proceso público con la entidad o la gravedad de la intromisión ilegítima en la intimidad sufrida».

731 SOLA RECHE, «La protección penal de la intimidad informática», cit., p. 198.

C. Conclusión

De lo expuesto podría deducirse –máxime cuando nos hallamos en un sector de la delincuencia donde el texto legal de 1995 ha introducido numerosas novedades típicas, las cuales a su vez han quedado integradas en un mismo capítulo del título X del libro II del Código Penal– que cabría reflexionar en torno a la conveniencia de reducir aún más el ámbito de las infracciones perseguibles a instancia de parte ligadas a la esfera de la intimidad. Asimismo –al margen de la inclusión de nuevas categorías de delitos en el Código Penal de 1995 con respecto al panorama legislativo anterior y de hallarnos en una esfera donde el objeto de protección es, sin duda, eminentemente personal–, debemos recordar que en el texto penal derogado las conductas castigadas entraban en la categoría de públicas⁷³². Una opción en este sentido, podría consistir en reducir el radio de actuación de la perseguibilidad a instancia exclusivamente a algunas de las modalidades típicas previstas en el artículo 197 del Código Penal.

1.2. Excepción: Supuestos de perseguibilidad de oficio

Antes de entrar en el estudio de las dos salvedades establecidas para con la perseguibilidad a instancia, nos gustaría hacer referencia a la deficiente técnica legislativa empleada en el precepto objeto de análisis. Ello se debe a que las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 201 del Código Penal se recogen con anterioridad al párrafo dedicado al perdón. De ahí podría extraerse que, tal como comienza el artículo 201.2 del Código Penal [«No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder (...)»], la excepción sólo afectará al ámbito de la denuncia y no, en cambio, al del perdón. Es decir, estas infracciones serían una especie de *tertium genus* por cuanto que en el momento de incoación del proceso participarían del régimen general de perseguibilidad, mientras que en sede de conclusión del proceso quedarían incluidas entre las infracciones penales que admiten la operatividad del perdón con efectos jurídicos; o dicho de otra forma, serían delitos públicos en el comienzo del proceso y perseguibles a instancia de parte en su finalización.

Sin embargo, entendemos que no cabe una interpretación de semejantes características⁷³³, aun cuando la letra de la ley podría llevar a la misma. De otra opinión se muestra ROMEO CASABONA, al separar cada uno de los tres casos previstos en el artículo 201.2 del Código Penal por entender que no son situaciones homogéneas⁷³⁴. En concreto, admite la

732 Aun cuando, desde algún sector doctrinal, se postulaba ciertas reformas en materia de su perseguibilidad. Así, véase MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., pp. 316-318.

733 En sentido semejante, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., 2004, p. 265. Por su parte, la STS n.º 1532/2000 (Sala de lo Penal), de 9 de octubre (RJ 2000\8755), [FJ 2.º] argumenta dicha cuestión de la siguiente manera: «(...) encontrándonos ante un supuesto en el que la comisión del delito afecta a una pluralidad de personas (...) resulta de aplicación el párrafo segundo del art. 201 CP, por lo que la persecución del delito no exige denuncia, y al tratarse de un delito público la supuesta concesión de perdón por el representante de la asociación denunciante no habría extinguido en ningún caso la acción penal».

734 Véase su exposición en ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 846, 847.

posibilidad de que el perdón resulte operativo en el caso de la «pluralidad de personas», exigiendo para ello la concurrencia del perdón de todas las personas afectadas –no bastando así con la concurrencia del de una o varias de ellas– por el hecho delictivo⁷³⁵.

En cambio, en los otros dos casos, ROMEO CASABONA acaba descartando los efectos jurídicos del perdón. A dicha conclusión llega, sin atisbo de duda, en el supuesto en que existen intereses generales afectados; y con algún reparo más, cuando el sujeto activo reúne la condición de funcionario público. Al respecto, nos gustaría señalar cómo la jurisprudencia menor ha entendido aplicable el perdón, asimismo, en casos en que el autor de un delito contra la intimidad previsto en el artículo 197.2.I del Código Penal es funcionario. En concreto, se ha señalado que el artículo 201.3 de la norma penal «no distingue, ni habla de que esos casos estén excepcionados del efecto de extinción de la acción penal o pena impuesta cuando de funcionarios públicos se trate (...), teniendo en cuenta el sentido de las normas penales y su interpretación, es evidente que tanto la literal como la sistemática, como la teleológica, debe estar orientado a favor del reo por lo que la extensiva en su perjuicio no debe imperar, ha de entenderse que si bien para proceder en los casos del 198 puede actuarse sin necesidad de denuncia previa, si media perdón del ofendido extingue la acción penal o pena impuesta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que proceda»⁷³⁶.

1.2.1. El prevalimiento de la condición de funcionario público

El artículo 198 del Código Penal establece un tipo agravado de las conductas descritas en el artículo anterior (art. 197) cuando el sujeto que la realiza es una autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito⁷³⁷, se prevale de su cargo.

Ya en 1984 MORALES PRATS, en su propuesta de reforma para modificar la condición de delitos públicos en las infracciones que atentaban contra la intimidad, excluía «aquellas previsiones típicas que describieran ataques pluriofensivos, como por ejemplo las concer-

735 La SAP Pontevedra n.º 15/2001 (Sección 1.ª), de 18 de mayo (ARP 2001\602) en un caso en que se aplicó la cláusula relativa a la afección del delito a una «pluralidad de personas» tuvo en cuenta el perdón otorgado por varios maridos a sus respectivas esposas. Por su parte, la SAP Valladolid n.º 787/1998 (Sección 2.ª), de 14 de julio (ARP 1998\3221), [FJ 1.º], considera «muy discutible» que en los supuestos de pluralidad de personas pueda caber el perdón. Admiten el perdón en tales supuestos, asimismo, GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 676; y, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., cit., p. 354.

736 SAP Granada n.º 174/2003 (Sección 1.ª), de 3 de abril (JUR 2003\200106) [FJ 5.º]. Se trataba de un supuesto en el que un funcionario de la Tesorería General de la Seguridad Social en connivencia con su hermano modifican el domicilio de Trinidad –sobrina de aquél e hija del otro interviniente de forma activa en los hechos– que constaba en la base de datos de dicho organismo público. Se solicitó sin el consentimiento de Trinidad el envío de un informe de vida laboral, el cual se remitió a la dirección modificada, domicilio del padre de ésta, para presentarlo en un proceso matrimonial de separación. Tras haber obtenido dicho informe, el tío de la víctima volvió a cambiar el domicilio de Trinidad, introduciendo el real. En el proceso penal seguido a tales efectos, Trinidad otorgó el perdón en relación con ambos sujetos.

737 Si mediara cualquier tipo de investigación judicial, resultarían de aplicación los artículos 535 y 536 del Código Penal («mediando causa por delito») y no el artículo 198 de la norma penal.

nientes a las conductas de funcionarios *con abusos de cargo* contra la intimidad de los particulares»⁷³⁸.

La agravación contenida en el precepto analizado (penas del art. 197 CP en su mitad superior e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años) y el régimen general en materia de perseguibilidad –dado que entendemos que no cabe el perdón– aplicable a estos supuestos, se basa en que una autoridad o funcionario público se prevale de su cargo al atentar contra la intimidad de otro, lo que convierte la concreta acción en más insidiosa. Y es que a buen seguro tal decisión ha venido motivada por razón de que el buen nombre y confianza en la Administración Pública queda mermada en casos así⁷³⁹.

1.2.2. «Cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»

Se plantean dos supuestos dentro de dicha cláusula, ambos aplicables a los tipos delictivos incluidos en los artículos 197, 199 y 200 del Código Penal. Concretamente, se ha de distinguir, por un lado, la referencia a los intereses generales; y, por otro, el caso en que el delito contra la intimidad afecta a una pluralidad de personas⁷⁴⁰. Por su parte, GONZÁLEZ RUS relaciona ambos supuestos con los registros o ficheros de datos reservados⁷⁴¹. Como veremos a continuación, este tipo de cláusulas indefinidas plantean ciertas dificultades a la hora de decidir si en un caso concreto las mismas resultan o no aplicables.

A. Los «intereses generales»

El ataque contra la intimidad ha de afectar a los intereses generales a fin de que los tipos contenidos en los artículos 197, 199 y 200 del Código Penal queden convertidos en perseguibles de oficio. Dicha cláusula modificativa de la perseguibilidad no ha despertado buena crítica en la doctrina. Ello se ha debido a su indefinición⁷⁴², llegando incluso REBOLLO VARGAS a propugnar «una interpretación restrictiva del supuesto legal y reducirlo, de hecho, a la

738 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., p. 318 [Cursiva en el original].

739 En este sentido, véase ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 804, quien entiende que constituye éste un bien jurídico secundario específico de dicho delito.

740 Según MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 265, estos dos supuestos quedan más emparentados con los delitos socioeconómicos, donde existen cláusulas semejantes, que con las infracciones penales graves contra la intimidad.

741 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 378.

742 En este sentido, véanse REBOLLO VARGAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 487; LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., pp. 208, 209; JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Agustín Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997, p. 593. Por su parte, MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 457, no efectúa mención alguna en torno a dicho supuesto. Un sector de la doctrina se muestra contrario a ambas cláusulas. Así, LOZANO MIRALLES, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., pp. 208, 209.

nada»⁷⁴³. Nos parece que la reserva mostrada es de todo punto justificada, máxime cuando casi cualquier supuesto imaginable puede, de una u otra forma, afectar a los intereses generales. En esta línea, QUERALT JIMÉNEZ ha señalado que casos relacionados con el sexo y la política podrían amparar la perseguibilidad de oficio de ciertos ataques contra la intimidad⁷⁴⁴.

Incluso los loables intentos por concretar dicha fórmula resultan un tanto infructuosos por la abstracción de la que se acompañan. En este sentido, Alberto JORGE BARREIRO considera que en dicha expresión «habrán de comprenderse aquellos casos en que el bien jurídico intimidad adquiere una especial relevancia pública por integrar un presupuesto básico e imprescindible para la participación del individuo en la sociedad, que resultaría afectada en una mayor medida por la singular repercusión de la ilicitud de la acción»⁷⁴⁵. Por su parte, Agustín JORGE BARREIRO ofrece otra explicación de lo que haya de entenderse por «intereses generales» y limita la cláusula «a aquellos supuestos en que la comisión del delito tenga trascendencia pública (atentado contra la intimidad personal con especial relevancia social), afectando a los intereses de una comunidad social no familiar (por ej. de un pueblo, de una comunidad autónoma, o del propio Estado)»⁷⁴⁶.

B. La «pluralidad de personas»

La pluralidad de personas a la que afecta el delito contra la intimidad *ex* artículo 201.2 del Código Penal ha generado una menor controversia —en comparación con la suscitada en relación con la fórmula anterior— en cuanto a la conveniencia de su existencia. En concreto, se le ha encontrado cierta utilidad cuando se trata de abusos informáticos⁷⁴⁷. Aun con todo, las dudas que se plantean no quedan del todo despejadas, pues mientras algunos autores han entendido que resulta suficiente con la afección a dos personas⁷⁴⁸, otro sector parece haberlo conectado a «supuestos de fuga de datos personales masiva a «paraísos

743 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 173.

744 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 173.

745 JORGE BARREIRO, Alberto, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», en Revista «La Ley» n.º 4038 de 17 de mayo de 1996, ref.ª D-172, p. 1304.

746 JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Agustín Jorge Barreiro), cit., p. 593.

747 En este sentido, ANARTE BORRALLÓ, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal», cit., p. 61; MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 457. Por su parte, la SAP Valladolid n.º 787/1998 (Sección 2.ª), de 14 de julio (ARP 1998\3221), [FJ 1.º], considera que estamos ante una pluralidad de personas en el caso en que un sujeto accedió y se apoderó de datos personales de los socios existentes en los ordenadores de una asociación de parapléjicos y minusválidos físicos. Encontramos otro supuesto, con cabida en lo dispuesto en el artículo 197.1 del Código Penal, en el que se entendió aplicable la cláusula de la pluralidad de personas, en la SAP Pontevedra n.º 15/2001 (Sección 1.ª), de 18 de mayo (ARP 2001\602), donde un sujeto —aunque existió más de un implicado en los hechos—, de modo indiscriminado y habitual, intervenía cualquier teléfono que le fuera solicitado para investigar infidelidades conyugales, «lo que comportaba (no sólo) la extensión a una sucesiva pluralidad de afectados (...) sino porque, además, aparecía también la intervención de algún teléfono público lo que, por propia definición, comportaba la ilícita invasión de la intimidad de una pluralidad de personas» [FJ 3.º].

748 Así, HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 801.

informáticos»⁷⁴⁹. Esta segunda posición requeriría, pues, la implicación como sujetos pasivos de un número mayor de personas⁷⁵⁰, dada la vinculación del término pluralidad con que la afectación sea masiva. Mantiene una interpretación intermedia JORGE BARREIRO, quien entiende que «ni se precisa una multitud de personas afectadas por el delito, exigencia exagerada a todas luces, ni tampoco es suficiente con que resulten afectadas varias personas»⁷⁵¹. En otro orden de cuestiones, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 200 del Código Penal, las personas afectadas pueden ser tanto físicas como jurídicas⁷⁵².

1.3. Sobre la inconveniencia de introducir una fórmula intermedia entre la perseguibilidad de oficio y la de instancia de parte

En este epígrafe no pretendemos analizar de nuevo la opinión de aquellos que mantienen que, de la lectura conjunta del artículo 201 del Código Penal, cabe extraer una nueva categoría en la esfera de la perseguibilidad de las infracciones penales. En concreto, ésta reuniría, en sede de incoación del proceso, los caracteres predicables de las de oficio, para convertirse, en lo que respecta a la finalización procesal, dados los efectos concedidos a la figura del perdón, en perseguible a instancia de parte.

Por el contrario, pretendemos abordar aquí la sugestiva propuesta realizada por el profesor MORALES PRATS, bautizada como «fórmula de equilibrio»⁷⁵³. Se trata de introducir en el ámbito de los delitos contra la intimidad una cláusula semejante a la contenida en el seno de las infracciones penales contra la libertad sexual en el artículo 191.1 del Código Penal, que, recordemos, posibilitaba la intervención del Ministerio Fiscal –a través de querella– «ponderando los legítimos intereses en presencia».

En concreto, MORALES PRATS ofrece dos tipos de supuestos en los que la querella del Ministerio Público –no señala, sin embargo, las razones por las que no sería suficiente con la presentación de una mera denuncia por parte de este órgano público– resultaría de especial utilidad. Así, en primer lugar, se refiere a la situación en que la víctima de un delito contra la intimidad no denuncia los hechos. Ello podría suceder por quedar aquella

749 Se trata de un ejemplo ofrecido por MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 457, quien, además del mencionado, aporta otra situación ilustrativa («supuestos de abuso informático sobre datos personales que afecten a una pluralidad de personas») donde también parece referirse a casos en que la comisión del delito afecte a un número superior a dos personas. En este sentido, consideramos que si bien MORALES PRATS emplea en el último ejemplo citado la expresión pluralidad de personas –que es lo que pretendemos aclarar–, la combinación de los dos supuestos (abusos informáticos sobre datos personales o fugas de datos personales masivas) lleva a concluir que parece estar refiriéndose a casos en que se afecte a más de dos personas.

750 RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 134.

751 JORGE BARREIRO, Alberto, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», cit., p. 1304.

752 HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 801.

753 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 456.

atemorizada ante la amenaza o extorsión del autor de los hechos consistente en publicar o difundir esos datos obtenidos en el caso en que se denunciara lo sucedido. El segundo grupo de supuestos alude a casos en que el delito contra la intimidad se produce mediante mecanismos sofisticados⁷⁵⁴, que pueden pasar inadvertidos a la víctima, precisamente por los medios técnicos empleados y, además, el descubrimiento del hecho sólo producirse como consecuencia de labores inspectoras realizadas por personal altamente especializado en la materia⁷⁵⁵.

Nos parece que la fórmula sugerida no da respuesta a la incertidumbre existente en la actualidad con cláusulas como las contenidas en el artículo 201.2 del Código Penal («cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»). Y es que se sustituirían éstas por la ponderación de los legítimos intereses en presencia, que conlleva, asimismo, un alto grado de indefinición, tal como comentaremos más adelante al concretar el contenido de la fórmula ínsita en el artículo 191.1 del Código Penal⁷⁵⁶. Además, tal como analizaremos⁷⁵⁷, la postura restrictiva que postulamos en relación con la actuación del Ministerio Fiscal «ponderando los legítimos intereses en presencia» a buen seguro no propicia una solución a los problemas planteados por MORALES PRATS.

2. Finalización del proceso: perdón del ofendido o de su representante legal

Recordemos cómo, en el ámbito de los delitos analizados del título X, la víctima puede ser una persona física o jurídica. Además, y en relación con la primera categoría de víctima mencionada, cabe subrayar el carácter personal del bien jurídico intimidad. Ello, sin embargo, no resulta extrapolable a aquellos supuestos en que nos hallamos ante datos reservados de personas jurídicas, pues éstas no tienen intimidad. La idea anterior resulta, asimismo, extensible —con las matizaciones efectuadas en las líneas precedentes— al ámbito del perdón⁷⁵⁸.

754 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 456, cita como ejemplos de la idea expuesta el abuso informático y la utilización de aparatos de escucha o de filmación clandestinos.

755 MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 456, pone como ejemplo «una manipulación de datos informática ilegal descubierta en el seno de una investigación de un banco de datos, llevada a cabo por inspectores de la Agencia estatal de protección de datos».

756 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafe 5.

757 *Ibid.*

758 En este sentido, entre otros, véase REBOLLO VARGAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 488. Como ejemplo de la estrecha conexión entre la intimidad y el perdón —si bien se consideró aplicable al supuesto la cláusula del artículo 201.2 del Código Penal— puede mencionarse el caso en que una esposa, ante la sospecha de una infidelidad conyugal, ordena a especialistas la instalación de mecanismos para acceder clandestinamente a las comunicaciones telefónicas del marido. Posteriormente, el esposo otorga el perdón a su mujer [SAP Pontevedra n.º 15/2001 (Sección 1.ª), de 18 de mayo (ARP 2001\602)].

Tras el apunte realizado, conviene resaltar que el perdón en los supuestos en que la víctima sea una persona física provendrá bien de la víctima misma, o, eventualmente, de su representante legal; mientras que, cuando nos hallamos ante un sujeto pasivo que entra en la categoría de persona jurídica, necesariamente, habrá de conceder aquél el representante legal de ésta. Además, tal como acertadamente ha subrayado ROMEO CASABONA, dicho perdón se ha de producir con posterioridad a la comisión del delito. La concurrencia del mismo con anterioridad o durante el *iter* comisivo del hecho delictivo afectaría al ámbito del consentimiento y, por lo tanto, a la categoría de la tipicidad, pero no a la esfera de la perseguibilidad⁷⁵⁹.

Por otro lado, se produce una importante variación entre lo dispuesto en el artículo 130.5.º del Código Penal («otorgado ... antes de que se haya dictado sentencia») y en el artículo 201.3 de la norma penal («extingue la acción penal o la pena impuesta»). Ello se debe, como oportunamente ha destacado la profesora RUEDA MARTÍN⁷⁶⁰, a la reforma introducida en el Código Penal de 1995 mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995. Dicha norma ha limitado así el radio de acción de la institución del perdón, cambio que, sin embargo, no ha sido posteriormente reflejado, asimismo, en cada tipo penal en que se otorga relevancia jurídica a dicha categoría remisoría. En suma, la cuestión que deberá ser resuelta es la relativa al precepto a considerar preferente, es decir, la *lex generalis* y posterior (art. 130.5.º CP, que a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010 pasará a ser el art. 130.1.5.º CP), o, por el contrario, la *lex specialis* (art. 201.3 CP). En el capítulo cuarto del trabajo intentaremos dar respuesta a los interrogantes planteados⁷⁶¹.

Se ha aprovechado la oportunidad brindada por la Ley Orgánica 5/2010 a fin de solucionar tal aspecto. En concreto, el último apartado del artículo 201 del texto penal a partir del 23 de diciembre de 2010 tendrá la siguiente redacción: «3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130».

3. La incidencia de la pluralidad de víctimas y/o autores en sede de perseguibilidad

La irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de algunos de los tipos incluidos en el rótulo «Del descubrimiento y revelación de secretos» tiene consecuencias directas en el incremento exponencial del número de los posibles ofendidos. Así, resulta habitual hallarnos ante supuestos en los que existe una multitud de personas agraviadas por un delito contra la intimidad, aspecto que indefectiblemente afectará a la categoría de la perseguibi-

759 ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 844, 845.

760 RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 136.

761 En el capítulo IV apartado IX epígrafe 3.

lidad convirtiendo la regla general (infracciones semipúblicas) en el criterio residual, dado que la mayoría de casos quedarán convertidos en delitos públicos.

En este sentido, deviene de mayor importancia, si cabe, dar respuesta a preguntas como las siguientes: a) si resulta o no necesaria la denuncia de todas las víctimas del hecho; b) si es o no suficiente con el otorgamiento del perdón por parte de alguna de las personas ofendidas o, por el contrario, se torna preceptivo el perdón proveniente de todas ellas; c) si la solución a aplicar en ambos momentos procesales resulta idéntica. Somos conscientes de hallarnos ante problemas comunes con el resto de infracciones perseguibles a instancia de parte⁷⁶², pero en este sector de la delincuencia dichas cuestiones se plantean con especial intensidad por las razones apuntadas.

V. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

1. La regulación procesal penal del honor

El análisis de las normas de enjuiciamiento en el ámbito de las infracciones penales contra el honor debe hacerse partiendo, tal como ha destacado el profesor RAMOS MÉNDEZ, de que «pocos delitos existen que tengan una regulación más prolija en materia procesal, debido a la superposición de múltiples normas de aluvión»,⁷⁶³ y es que según DEL MORAL GARCÍA nos hallamos ante «un auténtico bosque de problemas interpretativos»⁷⁶⁴. Tal como a continuación se analizará, el ámbito procedimental aplicable a las infracciones contra el honor dista de poder ser calificado como sencillo.

1.1. El procedimiento penal a seguir en los delitos contra el honor de particulares

Si el tema de los tipos de juicio se ha convertido en una asignatura pendiente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁶⁵, la situación se agrava en los delitos contra el honor.

⁷⁶² Tales cuestiones serán tratadas a lo largo del capítulo IV.

⁷⁶³ La citada expresión la encontramos en RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 412. Asimismo, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia. Régimen procesal*, cit., p. 21.

⁷⁶⁴ DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia. Régimen procesal*, cit., p. 49.

⁷⁶⁵ Especialmente crítico se muestra RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 51, al constatar que «no hay un verdadero sistema de juicios ordinarios, con unidad de propósito. De hecho, se ha frustrado el esfuerzo inicial de la LECr., con todos los juicios (...) que se han ido introduciendo después. En el momento actual es exigible un modelo de juicio penal único, podando el resto de figuras existentes por superfluas».

1.1.1. Los títulos IV y V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Tal como estableciera SERRA DOMÍNGUEZ en 1964, los títulos IV («Del procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares»⁷⁶⁶) y V («Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación») del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a los Procedimientos Especiales, más que completos procedimientos, prevén reglas concretas a aplicar durante la fase de instrucción en el enjuiciamiento de aquellos comportamientos susceptibles de ser considerados constitutivos de un delito contra el honor⁷⁶⁷. El Real Decreto-Ley 24/1977 confirmó esta interpretación, al disponer en su artículo 8.2 que el procedimiento para instrucción de las causas por delitos de calumnia e injurias cometidas con publicidad fuera el señalado en el título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El procedimiento de referencia al cual se han de aplicar dichas especialidades procedimentales en un principio fue el ordinario por delitos, tal como se encargaban (y se encargan) de señalar, entre otros, los artículos 807 u 812 al aludir al sumario y al procesamiento. Sin embargo, tras la instauración del procedimiento abreviado en 1988, tales referencias han de entenderse reconducidas a dicho tipo de proceso, dada la franja de pena establecida para los delitos contra el honor.

Siguiendo al profesor SERRA DOMÍNGUEZ⁷⁶⁸, dos son las razones que explican las especialidades procedimentales existentes en la esfera del honor en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por un lado, la especial naturaleza de estos delitos; y, por otro, la característica de que en estos casos es frecuente tener identificado al imputado.

Pese a que aparentemente pudiera parecer que se han previsto dos modalidades, la del procedimiento por delitos de injuria o calumnia contra particulares y el procedimiento para delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, del análisis de los artículos 804 a 823bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende que, en realidad, procedimentalmente, se pueden diferenciar tres grupos. En concreto, dentro del título IV se ha establecido un régimen distinto para los casos en que la injuria o calumnia se ha realizado por escrito o verbalmente. El tercer apartado lo formarían aquellos supuestos con cabida en el título V del libro IV de la norma procesal penal. Se ha de destacar cómo la característica principal de las reglas especiales previstas en este ámbito dentro del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el acortamiento de la investigación. Una vez sentado lo anterior, se han de analizar los tres supuestos a los que se aplicará lo dispuesto en el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento

766 Del rótulo del título IV y también del propio artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece desprenderse que la aplicación de dichas reglas se producirá exclusivamente cuando la víctima de la injuria o calumnia sea un particular. Sin embargo, se han de excluir todos aquellos supuestos que no entran en la categoría de infracciones perseguibles a instancia de parte y que, en la actualidad, siguen los dictados de la persecución de oficio, esto es, las injurias o calumnias previstas fuera del título XI del libro II del Código Penal. Sobre esta cuestión, véase SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 793.

767 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 792, 794.

768 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 792, 793.

Criminal. Para ello, nos basaremos en las categorías diferenciadas por el profesor SERRA DOMÍNGUEZ⁷⁶⁹:

A. Injuria o calumnia por escrito

La fase de instrucción experimenta una simplificación siempre que concurren los requisitos previstos en los artículos 806 y 807 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos preceptos exigen, en primer término, la presentación, siendo ésta posible, del documento que contenga la injuria o calumnia. Según el profesor SERRA DOMÍNGUEZ, no ha de ser necesariamente el original; además, la falta de presentación del mismo será una carga (no una obligación) para el querellante⁷⁷⁰.

Una vez que el imputado ha reconocido la autoría del escrito y se ha decidido sobre si concurre o no la publicidad a la que se refiere el artículo 211 del Código Penal, se dará por terminada la investigación. Plantea SERRA el supuesto en que el imputado no reconozca dicho documento o niegue la autenticidad de la firma que en él aparezca. En estos casos, señala el citado autor, la solución no será el sobreseimiento, sino que se descartará la aplicación del título IV del libro IV de la norma procesal penal y continuará la tramitación de la instrucción a través del procedimiento que resulte aplicable, siendo éste en la actualidad el abreviado, aun cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal siga refiriéndose al procesamiento.

B. Injuria o calumnia oral

En este caso, tras la oportuna querella, se celebrará una vista («juicio verbal»⁷⁷¹) ante el juez instructor en la que intervendrán el querellante, querrellado y los testigos –se han de excluir, por mandato del artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los de referencia⁷⁷²– que pudiera haber (art. 808). El plazo legalmente previsto para dicho juicio es de tres días desde la presentación de la querella, el cual podrá, por justa causa, ampliarse hasta ocho días (*ex art.* 809 LECr.).

La finalidad de dicha audiencia es la de fijar si realmente se produjo la injuria o calumnia verbal, y para ello sólo será posible atender a la declaración de las personas presentes en el momento en que ocurrió el hecho, eventualmente, constitutivo de delito. Una vez acabado el «juicio verbal» se dará por concluida la fase de instrucción. Aquí también la mención del procesamiento carece en la actualidad de relevancia.

769 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 801 y ss.

770 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 800.

771 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 803, apunta como especialidad de esta modalidad procedimental la «duplicidad en el juicio».

772 Sin embargo, SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 804, entiende que «tales testigos podrán ser admitidos cuando lo sean de descargo por manifestar haber oído de la parte querellante una versión distinta de los hechos y que la prohibición legal únicamente afecta a la directa versión de los hechos fundamentales por personas distintas a las que se hallaron presentes». Además, SERRA DOMÍNGUEZ, *ibid.*, p. 805, extiende la prohibición del testigo de referencia a la fase de juicio oral.

C. Injuria o calumnia cometida mediante la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación

Cuando la injuria o calumnia vertida contra «particulares» se ha realizado mediante alguno de los medios mecánicos de publicación y difusión, a las previsiones anteriores se han de añadir las contenidas en el título V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁷³. En sustancia, lo establecido en los artículos 816 a 823 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene como finalidad resolver los diversos problemas que se pueden plantear a la hora de concretar quién resulta responsable por dicho atentado contra el honor en los casos en que la ofensa se produce a través de un medio mecánico de publicación (imprenta, grabado, etc.); o sonoro o fotográfico, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares. Además, encontramos normas referidas al secuestro de la publicación, o a la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva (arts. 816 y 823bis LECr.).

Como hemos indicado, algunos de los preceptos previstos en este título V se dedican a establecer ciertas reglas para determinar la autoría de la supuesta calumnia o injuria, teniendo en cuenta para ello la cadena de responsabilidad prevista en el artículo 30 del Código Penal. A esta cuestión se dedican los artículos 817 a 821 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez encontrada esta persona, se le tomará declaración para conocer quién ha sido el autor de la supuesta injuria o calumnia. A lo largo de la fase de instrucción se intentará pues, por un lado, unir a la causa el impreso, grabado o cualquier otro medio mecánico de publicación que haya servido para la comisión del delito de injuria o calumnia, y, además, por otro, hallar la persona autora o quien resulte subsidiariamente responsable (art. 823 LECr.).

No serán de aplicación las tres modalidades procedimentales expuestas, y entrarán en juego las normas generales previstas para el procedimiento abreviado –eso sí, con las peculiaridades de los delitos privados–, cuando falte alguno de los requisitos exigidos por las diversas especialidades relativas a la criminalidad en la esfera del honor del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En concreto, se han destacado dos supuestos⁷⁷⁴: cuando se desconozca la identidad de la persona imputada; y, en aquellos procesos en que se quiere emplear la *exceptio veritatis*. Lo anterior obedece a que no resultará posible lograr la aceleración pretendida en estos casos, con lo que desaparece el sentido que la aplicación de tales preceptos pudiera tener.

No podemos terminar este apartado sin hacer referencia a la posición doctrinal minoritaria que considera que el título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de entenderse derogado. MACÍÁ GÓMEZ fundamenta dicho entendimiento en los cambios procesales que trajo consigo la Ley 62/1978. Ahora bien, acto seguido, el citado autor señala que «criterios como el de la conciliación previa, la documental acompañando a la querella, la no admisión de testigos de referencia, la ausencia del querellado y la rapidez y simplicidad, son normas interpretativas de necesaria aplicación»⁷⁷⁵. En nuestra opinión,

773 En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 792.

774 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 793, 794.

775 MACÍÁ GÓMEZ, *El delito de injuria*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 170.

la vigencia de las especialidades destacadas por MACÍÁ son muestra más que suficiente del mantenimiento –por otro lado, en ningún lugar expresamente derogado– del título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien éstas han de entenderse aplicables al procedimiento abreviado y no al procedimiento ordinario por delito.

1.1.2. El procedimiento ante el Tribunal del Jurado

Las últimas reformas legislativas, lejos de aclarar el tema relativo a cuál debe ser el procedimiento a seguir en los supuestos de delitos privados contra el honor, han continuado complicando innecesariamente la cuestión. En concreto, nos referimos al procedimiento, introducido mediante la Ley Orgánica 5/1995, y la consiguiente atribución de competencia durante la fase de juicio oral al Tribunal del Jurado.

Dicho texto legal, que venía a desarrollar el artículo 125 de la Constitución, estableció en su artículo uno la competencia del Tribunal del Jurado, e incluyó en el mismo los delitos contra el honor (art. 1.1.c). Sin embargo, el propio precepto señalado, en su número segundo, concretaba «dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior» su competencia al establecer doce supuestos en los que intervendría, sin que hubiera la más mínima referencia a las infracciones atentatorias contra el honor. La explicación que se dió a dicha situación fue la de considerar el artículo 1.1. como una especie de declaración programática, sin ningún valor, pues ni tan siquiera se le asignó la función de «obligar al legislador en el futuro»⁷⁷⁶.

La exclusión de su ámbito de los delitos privados cobra, además, sentido si se analiza la Ley Orgánica 5/1995 y se observa que el Ministerio Fiscal será parte en estos procedimientos⁷⁷⁷, sin que se haya establecido excepción alguna respecto a las infracciones penales privadas. Por otro lado, tal como MUERZA ESPARZA ha destacado, la perseguibilidad privada de estas infracciones contra el honor chocaría con una intervención ciudadana de tal magnitud como la que supone el Tribunal del Jurado, pudiendo, en ocasiones, tras la constitución de dicho tribunal operar el perdón⁷⁷⁸. Pero incluso desde el punto de vista procedimental, lo dispuesto en el título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –aun cuando se ha previsto como procedimiento especial, hemos apuntado que realmente nos hallamos ante una serie de especialidades procesales– impide su aplicación dentro de la regulación de otro procedimiento especial como es el previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, como ha apuntado MUERZA ESPARZA⁷⁷⁹.

776 Circular 3/1995, de 27 de diciembre, de Criterios de actuación del Ministerio Fiscal en el proceso ante el Tribunal del Jurado, III. Ámbito objetivo por razón de la materia. La Fiscalía General del Estado, *ibid.*, la llegó a tachar de «inútil» o «superflua».

777 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 28, señala que «en estos delitos el Ministerio Fiscal no puede intervenir (...), lo que choca abiertamente con la tramitación del proceso ante el Tribunal del Jurado cuya regulación tiene en cuenta constantemente, la presencia del citado órgano».

778 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 28, y especialmente n. 50.

779 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 28.

Sin embargo, las dificultades no acaban aquí, pues el artículo 5.2.I de la Ley Orgánica 5/1995 extiende la competencia del Tribunal del Jurado al enjuiciamiento de los delitos conexos⁷⁸⁰ con los previstos en el artículo 1.2. La ley excluye únicamente de dicha regla los delitos de prevaricación y los «delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa» (art. 5.2.II LO 5/1995). Ello conduce, pues, pese a lo señalado hasta ahora, irremediabilmente a la siguiente conclusión: el Tribunal del Jurado puede llegar a conocer del juicio oral en supuestos de delitos contra el honor⁷⁸¹.

Las disfunciones que se derivan de dicho aserto saltan a la vista, por lo que sería deseable una reforma legal en este punto, excluyendo de manera expresa de la competencia del tribunal del jurado el enjuiciamiento por conexión de los delitos contra el honor. Aun así, el desatino legislativo actualmente existente podría sortearse y evitar la consecuencia prevista en materia de conexidad en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se considere que el enjuiciamiento del delito conexo contra el honor⁷⁸² «pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa». Esto es, mediante la aplicación de la segunda exclusión mencionada en el artículo 5.2.II de la Ley Orgánica 5/1995.

1.1.3. Dudas acerca de la aplicabilidad del juicio rápido

Se ha de descartar la aplicación a las infracciones contra el honor del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, dado que, de las tres características previstas en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al objeto de posibilitar su aplicación, sólo dos podrían ser satisfechas. En concreto, lo dispuesto en los tipos de injuria y calumnia cumpliría con el ámbito punitivo exigido para la aplicación de los «juicios rápidos»⁷⁸³; otro tanto sucede con la tercera de las notas requeridas, esto es, la de concurrir cualquiera de las siguientes posibilidades: a) tratarse de un delito flagrante; b) hallarnos ante alguno de los delitos previstos en una lista, en la cual no se halla ni la injuria ni la calumnia; o, a modo de cajón de sastre, c) que se trate de un hecho cuya instrucción parezca presumiblemente sencilla, en donde sí que podría entrar el grupo de delitos contra el honor.

780 Los tres supuestos de conexión aparecen previstos en el artículo 5.2.I de la Ley Orgánica 5/1995: «a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad».

781 Además, esta conclusión resulta aplicable en relación con la totalidad de infracciones no perseguibles de oficio, por el criterio de la conexidad mencionado.

782 Al respecto, véase, además, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29-01-2008 sobre la competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexión procesal de los delitos.

783 En concreto, el artículo 795 de la norma procesal penal dice así: «(...) delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía (...)». Este marco penológico coincide casi en su totalidad con el previsto para fijar la competencia del juzgado de lo penal, salvo en lo que respecta a la previsión de una categoría diferenciada para la pena de multa.

Ahora bien, la segunda nota fracasa ante la imposibilidad de que el proceso penal se incoe por atentado policial⁷⁸⁴. Ello se debe a que nos hallamos ante delitos privados, en los que resulta imprescindible la querella de la víctima. Sin embargo, cabría en la actualidad utilizar la vía de los «juicios rápidos» –si bien no sea este grupo de delitos el que el legislador tenía en mente a la hora de instaurar dicho procedimiento–, siempre que concurrieran los elementos requeridos en el citado artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y nos halláramos ante ofensas contra el honor cuya víctima fuera un funcionario público. Y es que en la actualidad estos últimos casos entran en la categoría de infracciones perseguibles de oficio, con lo que la incoación a través de atestado policial deviene, cuanto menos, factible.

1.1.4. Breve estudio de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre,
de Protección Jurisdiccional de los Derechos
Fundamentales de la Persona: la garantía⁷⁸⁵ penal

Ya el Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión⁷⁸⁶, introdujo modificaciones de cierto calado en el régimen de perseguibilidad existente hasta entonces para las infracciones contra el honor. Así, dentro del apartado II rotulado «De las injurias y calumnias cometidas con publicidad», su artículo cuarto dispuso que «basta denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal» para los supuestos del artículo 463 del entonces vigente Código Penal (calumnia o injuria vertida por escrito y con publicidad)⁷⁸⁷. Se trataba, por tanto, de reducir, en el ámbito de la perseguibilidad, la intensidad (de querella⁷⁸⁸ a denuncia) de la característica inicial en la modalidad de infracción contra el honor más lesiva, en atención al medio empleado.

784 Al respecto, el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: «(...) siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial (...)».

785 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 27, califica de «impropia» la utilización del término garantías para desarrollar las «tres vertientes claramente diferenciadas atendiendo al orden jurisdiccional ante el cual puede impetrarse la tutela».

786 Denominado, asimismo, Ley Antilibelo, tal como apunta FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 353.

787 Concretamente, dicho artículo 463 del Código Penal derogado rezaba así: «La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas. Se equiparán a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos».

788 El artículo 467.III del texto penal entonces vigente disponía lo siguiente: «Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II de este libro».

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que derogó el Real Decreto-Ley 24/1977, básicamente⁷⁸⁹, mantuvo dicha configuración en materia de perseguibilidad. Entre las modificaciones introducidas, en este caso también en el artículo cuarto, la más destacable⁷⁹⁰ fue la consistente en añadir la cláusula «sin necesidad de acto de conciliación», aunque ya se hallara prevista en el artículo 8.2 de dicho Real Decreto-Ley^{791 792}.

Por su parte, el Real Decreto-Ley de 1977 y también la Ley 62/1978 mantuvieron como infracciones perseguibles de oficio los supuestos de injuria y calumnia dirigidas contra «la Autoridad pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II del libro II del Código Penal» (art. 4.4 Ley 62/1978), epígrafe éste que incluía «a los demás funcionarios públicos»⁷⁹³.

789 Por su parte, MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 22, señaló que al remitirse el artículo 4.1 de la Ley 62/1978 a «los delitos a que se refiere el artículo anterior», esto es, a lo dispuesto en el art. 3 de la mencionada ley, desde el punto de vista literal no coincidía conceptualmente con los supuestos previstos en el artículo 463 del Código Penal derogado. En concreto, dicho artículo 3.1 de la Ley 62/1978 establecía lo siguiente: «Para el enjuiciamiento de los delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (...)». Por su parte, el artículo 463 del Código Penal anterior decía así: «La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas.

Se equiparán a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos». Para ilustrar la falta de sintonía plena entre ambos preceptos aludida, el profesor MUERZA ESPARZA, *ibid.*, pp. 22, 23, ponía el siguiente ejemplo: «si la calumnia e injuria se cometía «por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas» estrictamente hablando, se precisaba para su persecución la interposición de una querrela, mientras que si se utilizaba la imprenta, bastaba la denuncia».

790 Hubo otras, como la de quitar la referencia a que la víctima fuera mayor de 21 años para que el perdón del propio ofendido resultara operativo.

791 Sobre algunas de las dificultades técnicas que presentaba dicha regulación y la prevista en el artículo 463 del Código Penal, véanse COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Consideraciones de *lege ferenda* sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 6, 1983, p. 260; MUERZA ESPARZA, «Notas a la acusación privada», en Revista de Derecho Procesal, 1990, pp. 271, 272.

792 A modo de anécdota, cabe destacar que dicha Ley 62/1978 inicialmente no fue, sin embargo, concebida para la tutela del derecho fundamental al honor, tal como se percibe de la lectura de su artículo 1, que decía así: «1. El ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, gozará de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen. 2. Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público». A través del Real Decreto de 20 de febrero de 1979, n.º 342/79 (BOE 20 de febrero), se incorporó el derecho al honor al ámbito de aplicación de la ley.

793 En el Código Penal español derogado, la rúbrica del título II «Delitos contra la seguridad interior del Estado», incluía un capítulo VIII denominado «De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la Autoridad y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos». Por su parte, COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», cit.,

Por tanto, lo característico de esta Ley 62/1978 en el ámbito penal fue la relajación de los requisitos en materia de perseguibilidad cuando la ofensa se había cometido contra particular, con publicidad y por escrito⁷⁹⁴. Y es que el artículo 2.2 señalaba que, para el enjuiciamiento de las infracciones que entraban en su ámbito, se observarían las normas procedimentales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No se había aprovechado la ocasión, pues, para crear un nuevo procedimiento, pese a la efectiva introducción de ciertas modificaciones de carácter procedimental⁷⁹⁵.

Según MUERZA ESPARZA, el objetivo de dicha norma consistía en actualizar lo dispuesto en el artículo 463 del Código Penal, «tratando de resaltar los modernos medios de difusión, y que fuese suficiente para su perseguibilidad la interposición de una denuncia por la persona agraviada»⁷⁹⁶. Además, se subrayó la conveniencia de utilizar la denuncia para agilizar al máximo la perseguibilidad de dichos hechos, máxime cuando su propagación podía adquirir dimensiones considerables. Otro de los argumentos utilizado para defender la decisión del legislador fue el consistente en destacar que la presentación de una denuncia no requiere de la intervención de abogado, con lo que, no se grava al eventual acusador privado con costes económicos a fin de que se pueda perseguir un comportamiento, en su caso, delictivo⁷⁹⁷; lo anterior facilitaba, asimismo, el acceso a la justicia a los particulares en casos de desproporción de medios económicos entre éstos y las empresas del sector de la comunicación⁷⁹⁸. Además, al suprimirse la exigencia del acto de conciliación, se aligerará también el *iter* procesal y posibilitará un eficaz (por rápido) secuestro del medio de difusión en el que se ha vertido la manifestación injuriosa o calumniosa⁷⁹⁹.

Las explicaciones que se dieron para justificar la reforma efectuada pasaron, asimismo, por contemplar la distinta concepción social en relación con estos tipos penales, tal como destacó MUERZA ESPARZA. En concreto, se señaló que «el legislador se dio cuenta que, también en estos supuestos, el interés público, entendido como el interés del Estado en que las normas penales que representan el «*minimum* ético» de la sociedad se apliquen, está por encima del propio interés que tengan los ofendidos por el delito en su persecución»⁸⁰⁰. Todo

p. 260 n. 33, mostraba cierta sorpresa ante la cláusula final de dicho capítulo VIII, añadiendo a la misma un signo de interrogación: «y a los demás (?) funcionarios públicos».

794 Se mostró favorable a los cambios habidos, FERNÁNDEZ ALBOR, «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Edersa-Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1985, p. 126.

795 Véase, además de los preceptos comentados, lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley.

796 MUERZA ESPARZA, «Notas a la acusación privada», cit., p. 272.

797 COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Consideraciones *de lege ferenda* sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», cit., p. 260.

798 COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Consideraciones *de lege ferenda* sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», cit., p. 261.

799 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., pp. 17, 18.

800 MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia y Tomé García), 7.ª ed., cit., p. 155.

ello llevó a afirmar que la categoría de las infracciones privadas –y también el propio artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– había quedado convertida en un reducto meramente testimonial⁸⁰¹, pues la inmensa mayoría de la delincuencia en este sector que llegaba a los tribunales –por tanto, dejando de lado la elevada cifra negra de criminalidad existente– entraba en la categoría de «por escrito y con publicidad».

Resulta ciertamente significativa la posición mantenida por DEL MORAL GARCÍA al interpretar la modificación en materia de perseguibilidad introducida por la Ley 62/1978 en los delitos de injuria o calumnia, contra particulares, vertida por escrito y con publicidad (art. 4.1). Ello se debe a que el citado autor sostuvo que la relajación de los requisitos relativos a la perseguibilidad –concretamente, de querella a denuncia– en estos casos no significaba la pérdida de la condición de infracciones privadas. Y es que, en su opinión, la distinción entre delitos privados y semipúblicos no obedece a un criterio meramente procedimental, sino que «en tales diferencias ha de verse el reflejo procesal de una divergente naturaleza sustantiva»⁸⁰². Este punto de partida le sirve a DEL MORAL para sostener que nos hallamos ante «delitos de carácter estrictamente privado por no afectar más que a intereses particulares»⁸⁰³.

Como argumentos para justificar la toma de postura adoptada, DEL MORAL GARCÍA se basa, en primer lugar, en lo dispuesto para las calumnias e injurias contra autoridades y funcionarios públicos en el artículo 4.4 de la Ley 62/1978, que establece que estos supuestos «no sufrirán alteración en su actual sistema de persecución como delitos públicos». De ahí deduce el citado autor que de haberse querido transformar la naturaleza de las infracciones de injuria y calumnia cometidas contra particulares, por escrito y con publicidad, se habría dicho de manera expresa⁸⁰⁴. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, este argumento no resulta en modo alguno determinante, dado que normalmente el legislador no acude a las categorías de la taxonomía trimembre clásica⁸⁰⁵ para introducir una reforma legal (es decir, no señala que una infracción se ha convertido en semipública), sino que,

801 MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia y Tomé García), 7.ª ed., cit., pp. 154, 155. Asimismo, MUERZA ESPARZA, «Notas a la acusación privada», cit., p. 273.

802 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 12.

803 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 18.

804 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 18.

805 Apunta DEL MORAL que dicha categorización consistente en la distinción de tres posibilidades se halla superada –comentario que compartimos–, dados los múltiples matices persecutorios que cada una de las infracciones no perseguibles de oficio incorpora. El propio DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 14, diferencia dentro del elemento intermedio (habitualmente denominadas infracciones semipúblicas), que considera que ya no se presenta con nitidez, ciertos delitos más cercanos a los privados (entrarían aquí las previstas en el art. 4.1 Ley 62/1978), y, en otros casos, infracciones más próximas a las públicas –idea ésta con la cual nos mostramos plenamente de acuerdo–. Ahora bien, la propuesta final del autor de concebir la reforma operada mediante el artículo 4.1 de la Ley 62/1978 y considerar así tales supuestos como infracciones privadas en las que interviene el Ministerio Fiscal nos parece, como mínimo, dudosa.

modifica directamente las exigencias relativas a la perseguibilidad de las mismas (al exigir denuncia –y no necesariamente querella– del ofendido), como en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978.

Además, DEL MORAL GARCÍA estima que la intervención del Fiscal no resulta contradictoria con el carácter privado del delito⁸⁰⁶. Quizá el problema subyacente consista en fijar a qué se está aludiendo al hacer referencia al «carácter privado» de la infracción. Y es que para nosotros dicha cláusula va asociada exclusivamente a unos requisitos determinados en la esfera de la perseguibilidad, entre los cuales, en lo que ahora interesa, deben destacarse: a) la necesidad de querella del ofendido a fin de poder incoar el proceso penal; y, b) la no intervención del Fiscal a lo largo de dicho procedimiento⁸⁰⁷. Sin embargo, para DEL MORAL, más que ante una clasificación de los tipos penales en función de su perseguibilidad, se está ante una taxonomía con contenido material. En este sentido, apunta que «es demasiado aventurado (...) entender que el legislador haya modificado el secular carácter privado de los delitos contra el Honor, utilizando la sibilina e indirecta fórmula de suprimir determinados requisitos procesales. (...) colegir de esa modificación procedimental, (...) que los delitos de injuria y calumnia por escrito y con publicidad han pasado a ser delitos semipúblicos es ir demasiado lejos y sobrepasar la voluntad del legislador»^{808 809}.

Por otro lado, coincidimos con DEL MORAL en el diagnóstico que realiza con respecto al motivo que desencadenó la modificación en la forma de incoar el proceso penal en estos casos: aligerar los requisitos exigidos al ofendido a fin de perseguir las eventuales infracciones, y tratar así de reducir al máximo el elemento lesivo que las mismas pueden ocasionar. Ahora bien, no alcanzamos a entender por qué el mencionado autor no incluye estos supuestos dentro de la categoría de los tradicionalmente denominados delitos semipúblicos, dado que se trata de dos cuestiones distintas no excluyentes entre sí.

La consecuencia de todo ello es que DEL MORAL se ve obligado a crear una categoría a caballo entre los delitos privados y los semipúblicos –aunque él siga denominándolos privados–, con los siguientes caracteres determinantes: a) presentación como mínimo de denuncia del agraviado [«basta denuncia», *ex art.* 4.1 Ley 62/1978]; b) el ofendido por la injuria o calumnia ha de adquirir por alguno de los diversos mecanismos previstos por la legislación, la condición de parte necesaria; y, c) además, el Ministerio Público participará, a semejanza de lo que sucede en los procesos civiles en los que interviene.

806 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 19.

807 Esta segunda nota requeriría ulterior precisión cuando la víctima del delito contra el honor es menor de edad o incapaz.

808 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., pp. 17, 18. En parecido sentido se muestra HINOJOSA SEGOVIA, *De-recho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Muerza Esparza y Tomé García), 1.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 714, 715.

809 En relación con el tema, el voto particular del magistrado Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN a la STC n.º 46/1982 (Sala Segunda), de 12 de julio (RTC 1982\46), señalaba lo siguiente: «Se puede discutir si ello (la supresión de la necesidad de querella mediante la Ley 62/1978) los transforma de delitos privados en delitos semipúblicos».

Sin embargo, el entendimiento mayoritario⁸¹⁰, al que nos adherimos, fue el de considerar que la cláusula introducida en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978 supuso una transformación en la naturaleza de la perseguibilidad de estos tipos, tornándolos semipúblicos. Este cambio de naturaleza llevaba consigo, pues, las siguientes características: a) denuncia del ofendido, a fin de remover el óbice previsto; b) no obligatoriedad para la víctima de constituirse en parte acusadora a fin de que el proceso penal pueda continuar; y, c) intervención del Ministerio Fiscal como parte procesal.

DEL MORAL GARCÍA, al explicar su posición doctrinal, no se detiene en la cláusula «sin necesidad de acto de conciliación» del artículo 4.1 *in fine*⁸¹¹. En nuestra opinión, sin embargo, la no exigencia del intento de conciliación constituye otro argumento más para sostener que estos delitos han perdido su condición de privados, dado que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ambos requisitos (el acto de conciliación y la posterior querrela del ofendido) van habitualmente unidos, tal como afirmó COBOS GÓMEZ DE LINARES.⁸¹²

Además, si bien DEL MORAL no tiene más opción que reconocer la necesaria actuación del Ministerio Fiscal en estos casos, dado que la letra del artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite entendimiento de otra índole⁸¹³, considera que la misma dependerá de la voluntad de la víctima, pues la «actuación del Ministerio Público y la continuación del proceso han de quedar siempre supeditadas a que el perjudicado se persone y ejercite la acción penal»⁸¹⁴. Por ello, en estos casos entiende que el papel del Fiscal en el proceso penal se asemeja más al que tiene en los procedimientos civiles en los que actúa⁸¹⁵.

Ahora bien, la lectura de dicho artículo 105 de la norma procesal penal tampoco facilita la distinción creada por DEL MORAL GARCÍA, al diferenciar en el ámbito del proceso penal una modalidad de intervención del Fiscal que no se corresponde con el contenido de dicho

810 Consulta 2/1978 y la Circular 2/1979 de la Fiscalía General del Estado; MONTERO FERNÁNDEZ-CID, «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 143; MONTÓN REDONDO, «Posicionamiento procesal ante los delitos de calumnia o injuria. ¿Qué procedimiento debe seguirse?», en Revista «La Ley», 1994-4, p. 1005; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (con de la Oliva Santos), McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 98.

811 Sí la menciona, con anterioridad, en el mismo trabajo, al comentar los requisitos de los delitos de injurias y calumnias hechas por escrito y con publicidad (DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., pp. 12, 13).

812 COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», cit., pp. 259, 260.

813 Recoge, sin embargo, DEL MORAL GARCÍA, *ibid.*, pp. 17, 18, la posición doctrinal –aunque sin añadir referencias bibliográficas al respecto– consistente en entender que nos hallamos ante un delito privado, en el cual no puede intervenir el fiscal.

814 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 22.

815 DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», cit., p. 23, explicando a continuación en qué consistiría su intervención: «Así, coadyuvará con la acción privada ejercitada por el ofendido, cuando entienda que se ha vulnerado su derecho a la buena fama. O se opondrá a ella, cuando estime que los hechos enjuiciados están amparados por la libertad de expresión, que se ve amenazada por una improcedente pretensión condenatoria».

precepto⁸¹⁶. No obstante lo anterior, estimamos que DEL MORAL acierta al detectar el problema existente en este grupo de delitos, es decir, la relevancia ostentada por la percepción que la víctima tenga en torno a lo que constituye o no una lesión del honor, aunque la misma haya sido por escrito y con publicidad. De ahí que el mencionado autor intente reducir al máximo el papel del Ministerio Fiscal en estas infracciones que tras la mencionada ley de 1978 –y, con más exactitud, ya desde 1977– pasaron a exigir únicamente denuncia del ofendido.

Con la aprobación del Código Penal de 1995 se planteó si la especialidad de la denuncia exigida para los delitos de injuria y calumnia (vertidas por escrito y con publicidad) y prevista en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978, quedaba derogada. La cuestión revestía gran trascendencia, y sus consecuencias excedían del alcance de la denuncia (art. 4.1 Ley 62/1978) o querella misma (exigida por el art. 215.1 CP), dado que aspectos tan importantes como la intervención o no del Ministerio Público en estos procesos dependían de la decisión adoptada sobre tal extremo. En concreto, la Ley Orgánica 10/1995 no contenía derogación expresa alguna de dicho apartado (art. 4.1) de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Sin embargo, la doctrina prácticamente de manera unánime consideró que se había producido una derogación, siquiera tácita, de la misma⁸¹⁷. Para ello atendían a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única del Código Penal de 1995, que previó lo siguiente: «2. Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código». La tesis sostenida por la doctrina mayoritaria y reproducida en cierta medida también en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal⁸¹⁸, consistía en entender que se excluían entre sí lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978 y el contenido del artículo 215 del Código Penal, precepto este último que exige la interposición de querella del ofen-

816 Por otro lado, la Consulta 2/1978 de la Fiscalía General del Estado entendió que la intervención del Ministerio Público resultaba imprescindible, pues de «no intervenir el Ministerio Fiscal en estas causas de calumnia e injurias, desde que pueden iniciarse por mera denuncia del agraviado o sus representantes, se daría el contrasentido en nuestro sistema acusatorio de que pudiera entablarse un proceso penal sin parte acusadora. El hecho de que el ofendido pueda personarse en forma para constituirse en parte no altera los términos de la cuestión, pues al Ministerio Fiscal no le cabe mantenerse a la expectativa de que se produzca tal evento, ni admitirlo como condición para ejercer su actividad».

817 Así, entre otros, consideraron derogado el artículo 4 de la Ley 62/1978: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (con de la Oliva Santos), cit., pp. 98 y 148; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1996, p. 844. Por su parte, GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., p. 126, entendió que no se había derogado (expresamente) dicho artículo, «por lo que el carácter público o no de las injurias y calumnias sigue siendo decisivo a la hora de calificarlos como delitos semipúblicos o privados». El profesor BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., cit., p. 355 n. 55, aplica idéntica solución (derogación tácita) con respecto al inciso final del artículo 4.2 Ley 62/1978 relativo a la posibilidad del perdón de la pena «en ejecución». Y es que la redacción inicial del artículo 130.4.º I del Código Penal de 1995 disponía que el perdón debía ser otorgado «antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta».

818 Concretamente, en su apartado VI, donde se indicaba lo siguiente: «El art. 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 art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre».

dido en todos los delitos de injuria o calumnia (contra particulares) previstos en el título XI del libro II del Código Penal sin efectuar matización alguna con respecto a la concurrencia (o no) del elemento de la publicidad.

Encontramos, sin embargo, en las tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO una excepción a tal planteamiento dominante en la doctrina penal. Dicho autor afirmó que la especialidad contenida en el artículo 4.1 todavía estaba vigente⁸¹⁹. Para ello, RODRÍGUEZ MOURULLO consideró que el Código Penal de 1995 mantenía el sistema existente con anterioridad, por cuanto que, tal como sucedía con el artículo 467.III del texto penal derogado, primeramente se establecía la exigencia de querrela para acto seguido exceptuar ciertos supuestos, «relacionados, antes y ahora, con estamentos e intereses públicos». El siguiente paso que da dicho autor al objeto de justificar su parecer es el de afirmar la pacífica convivencia entre lo dispuesto en el Código Penal anterior y la Ley 62/1978. Ello le conduce a sostener la no derogación (siquiera de manera tácita) de lo dispuesto por la Ley 62/1978 en el artículo 4.1, dado que las razones que llevaron a prescindir de la exigencia de acto de conciliación y a considerar suficiente la denuncia seguían vigentes también con el Código Penal de 1995⁸²⁰.

Por otro lado, MUERZA ESPARZA, tras un extenso estudio, entendió que todavía había un supuesto en el que el régimen previsto en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978 resultaba aplicable⁸²¹. Y es que, inicialmente, el Código Penal de 1995 mantuvo la exigencia de denuncia («basta la denuncia») en los casos de delito de injuria o calumnia cometida contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. Para tales supuestos, en palabras de MUERZA ESPARZA, «salvados los obstáculos del derecho sustantivo⁸²², se puede sostener que el procedimiento establecido en la ley de protección de derechos fundamentales de la persona puede tener vigencia en relación con los delitos que el Código Penal derogado denominaba desacatos⁸²³. Recordemos, al respecto, que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 supuso la modificación del régimen

819 Véase, al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997, p. 641.

820 RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), cit., p. 641, donde añade lo siguiente: «No hay base ni formal ni material para concluir que el Código Penal nuevo ha querido dificultar procesalmente la defensa del agraviado en los casos de mayor gravedad de las ofensas por haberse difundido éstas a través de medios de comunicación social. Más bien se observa en el Código Penal nuevo un endurecimiento relativo del tratamiento de tales modalidades de calumnia e injuria (vid. arts. 212 y 213), que mal se compadecería con la imposición de mayores condiciones de procedibilidad para su persecución».

821 Curiosamente, el que la Ley 62/1978 expresamente consideró como constitutivo de delito público (ex art. 4.4).

822 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 26, señalaba entre otras dificultades la relativa a si «el bien jurídico protegido en tales casos en el nuevo Código Penal coincide con el objeto de tutela preferente y sumaria de la Ley de protección de derechos fundamentales y, más en concreto, con el de la denominada garantía jurisdiccional penal. Es decir, que ya no se considere con una relevancia jurídica diferente el que el delito contra el honor se dirija contra un particular o contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma en relación con hechos concernientes al ejercicio de su cargo».

823 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 26.

de perseguibilidad («Se procederá de oficio») de aquellos casos en que la ofensa se dirige contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

En otro orden de cuestiones, se puede apuntar el problema relativo a la pervivencia o no del acto de conciliación tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995. La Ley Orgánica 10/1995 nada estableció al respecto. Según la Consulta 7/1997 de la Fiscalía General del Estado, de 15 de julio, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias, debe entenderse que la previsión contenida en el artículo 4.1 *in fine* de la Ley 62/1978 relativa a la falta de exigencia del acto de conciliación seguía vigente siempre que el delito de injuria o calumnia se hubiera cometido con publicidad⁸²⁴.

La Disposición Derogatoria Única de la Ley 38/2002 puso fin a este panorama de relativa inseguridad jurídica, pues derogó expresamente la Ley 62/1978. Ahora bien, la situación a partir de entonces, si bien sufrió una mejoría, dejaba algún fleco suelto. Y es que no quedaba claro qué sucedería desde ese momento con la exigencia del intento de acto de conciliación. La Ley 38/2002, que deroga la Ley 62/1978, no da redacción nueva a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exigen el acto de conciliación (concretamente, los arts. 278 y 804), pero es que, a su vez, la Ley 62/1978 tampoco había derogado expresamente dichas previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Atendiendo al tenor literal de la ley, parece que vuelve a ser necesario el acto de conciliación en todos los delitos de injurias y calumnias contra particulares.

En conclusión, cabría subrayar, según la postura que se tome en relación con la derogación del artículo 4.1 Ley 62/1978, que bien desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, bien desde la vigencia de la Ley 38/2002, las infracciones privadas han experimentado un resurgimiento⁸²⁵. Por tanto, en la actualidad, la clasificación que en materia de perseguibilidad de las infracciones contra el honor realiza el texto punitivo puede ser resumida de la siguiente forma:

Conforman la categoría de los delitos privados contra el honor las injurias o calumnias cometidas contra particulares, y también las verdades contra autoridades o funcionarios públicos respecto de hechos no relativos a sus cargos.

Las injurias o calumnias cometidas contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos resultan perseguibles de oficio, si bien se ha de recordar que desde la promulgación del Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 15/2003 se exigía en estos casos denuncia del ofendido para iniciar el procedimiento. Además, el título XXI del libro II del texto penal tipifica ciertos supuestos de injurias o calumnias cometidas contra las más altas esferas de la organización estatal, si bien, en tales delitos el honor no es el (único) bien jurídico protegido. Por otro lado, resulta ciertamente significativo que la perseguibilidad de los delitos de injuria o calum-

824 «(...) debe reputarse vigente la especialidad contenida en el art. 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».

825 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 24. En parecido sentido, TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», cit., p. 332.

nia cometidos «contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos» se haya previsto en el artículo 215.1 del Código Penal, cuando ninguna otra mención encontramos sobre el particular a lo largo del título XI del libro II de la norma penal. Ello se debe, tal como ha señalado MUERZA ESPARZA, a que el Código Penal de 1995 ha desterrado de su ámbito el delito de desacato⁸²⁶, siendo así que tales comportamientos han quedado incluidos en las infracciones contra el honor previstas en el citado título XI del libro II⁸²⁷. Todo ello ha de ser completado, como ya indicábamos, con las previsiones contenidas en el título XXI del mismo libro II, que incluye los «Delitos contra la Constitución». Concretamente, en dicho título se contemplan diversos ejemplos de infracciones de calumnia e injuria cometidas contra altas esferas de la organización estatal⁸²⁸; y, como en el mismo no se ha previsto disposición alguna sobre su perseguibilidad, se ha de extraer la consecuencia de que nos hallamos ante infracciones perseguibles de oficio. Con base en las anteriores consideraciones, podemos, pues, concluir señalando que la cláusula contenida en el artículo 215.1 del Código Penal ha sido ideada como «cajón de sastre», para todos aquellos casos que no tienen cabida en alguno de los supuestos previstos en el título XXI del libro II del Código Penal. Y es que resulta de gran importancia destacar que a partir de la Ley Orgánica 15/2003 han dejado de existir diferencias en lo relativo a la perseguibilidad entre lo establecido para los diversos supuestos contenidos en el título XXI y lo dispuesto en el título XI (art. 215.1 *in fine* CP). Ello se debe a que si bien hasta entonces el artículo 215.1 de la norma penal exigía la denuncia del ofendido, a fin de poder perseguir las eventuales lesiones contra el honor, a partir de ese momento nos hallamos en todos estos casos, es decir, en los supuestos contemplados en el artículo 215.1 *in fine* del Código Penal y en los del título XXI del libro II de la norma penal, ante infracciones perseguibles de oficio.

1.2. La perseguibilidad de los delitos privados contra el honor

Una vez abordado el ámbito procesal que presentan las infracciones penales graves contra el honor, intentaremos en el presente epígrafe dejar planteadas las notas características en materia de su perseguibilidad (art. 215 CP), aun cuando algunas cuestiones ya han sido mencionadas.

Al respecto, se ha de resaltar una vez más que los delitos contra el honor de particulares –y entran en dicha categoría la ofensa que hayan podido sufrir los funcionarios, autoridad pública o agente de la misma, siempre y cuando tal injuria o calumnia verse sobre

826 Véanse los artículos 240 a 245 del anterior Código Penal.

827 MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», cit., p. 26.

828 Así, por ejemplo, se han regulado de manera expresa en los siguientes preceptos las injurias y/o calumnias proferidas a: artículos 490.3 y 491.1 (la Corona); artículo 496 del Código Penal (se refiere a la injuria contra las Cortes Generales o contra la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma); artículo 504.1 del Código Penal (al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, etc.); artículo 504.2 (contra Clases o Cuerpos o Fuerzas de Seguridad); etc.

hechos no concernientes al ejercicio de sus cargos— constituyen en la actualidad las únicas infracciones penales privadas. Por otro lado, desde la Ley Orgánica 15/2003 los delitos de injuria o calumnia contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos han dejado de pertenecer a la categoría de las infracciones penales semipúblicas⁸²⁹ y han pasado a conformar la de la perseguibilidad de oficio. Se vuelve así a una situación legislativa más próxima a la existente con anterioridad al Código Penal de 1995⁸³⁰. Además, las dudas planteadas con respecto a la derogación tácita de las previsiones contenidas en el artículo cuatro de la Ley 62/1978 como consecuencia de la aprobación del Código Penal de 1995 han quedado totalmente disipadas a partir de la derogación expresa, a través de la Ley 38/2002, de la citada norma de 1978.

1.2.1. La incoación del proceso: conciliación, licencia y querrela

Se ha de tener en cuenta que la perseguibilidad de los delitos contra el honor de los particulares presenta, en comparación con el resto de infracciones penales, importantes peculiaridades en materia de la incoación del proceso. En este momento, dejaremos apuntados los tres grandes apartados, sin perjuicio de volver sobre los mismos en el capítulo cuarto de la investigación⁸³¹. Así, a la querrela se ha de acompañar, en su caso, la certificación que acredite como mínimo haber intentado el acto de conciliación entre querellante y querrellado (arts. 278 y 804 LECr.); y, si la injuria o calumnia hubiera sido vertida en juicio, se exige, además, la licencia del juez o tribunal que conociere o hubiere conocido del mismo (arts. 215.2 CP, 279 y 805 LECr.).

El legislador de 1995 discrimina en la esfera de la perseguibilidad dos categorías (art. 215.1 CP), en función de la víctima, exigiéndose en ambos supuestos la interposición de querrela, con lo que la denuncia, aun de persona facultada para ello, resultará insuficiente a fin de remover el correspondiente escollo existente [«querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal»]. Al respecto, en primer lugar, destaca la ausencia que en este ámbito se detecta en lo que se refiere a la categoría de la persona desvalida. Recordemos que el legislador de 1995 alude al desvalimiento en el resto de infracciones penales perseguibles a instancia de parte como categoría distinta a la de la minoría de edad y a la de la incapacidad. Por otro lado, la mención a la querrela de su representante legal en principio se ha establecido para aquellos casos en que la víctima del delito contra el honor entra en la categoría de menor de edad o incapaz⁸³². El problema que se plantea,

829 En concreto, el artículo 215.1 del Código Penal, hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/2003, establecía lo siguiente: «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».

830 Téngase en cuenta la redacción existente al respecto en el artículo 467.III del Código Penal anterior y la expresa consideración de estos supuestos como «delitos públicos» en la Ley 62/1978 (art. 4.4).

831 Concretamente, en el capítulo IV apartado II epígrafe 4.

832 GRANADOS PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», cit., p. 142, al respecto señalaba lo siguiente: «No hay duda de que cualquier persona tiene derecho al honor y, en su caso, a la protección penal de su dignidad. Con esto quiere decirse que el término persona abarca a todas ellas, con independencia de que sean mayores o menores de edad».

y que ahora dejamos esbozado⁸³³, es el relativo a la admisibilidad de la intervención del Ministerio Fiscal cuando la víctima entra en alguno de los dos supuestos mencionados, máxime cuando el legislador penal nada ha establecido al respecto en el artículo 215.1 del Código Penal. Por tanto, se habrá de aclarar si en estos casos con víctimas menores o incapaces la Fiscalía podrá intervenir en cumplimiento de su función tuitiva, o, por el contrario, debe entenderse vedada cualquier tipo de actuación del Ministerio Público en la esfera de los «delitos privados».

Por último, la discusión sobre si las personas jurídicas gozan de honor puede tener repercusión directa en este campo. Según la respuesta que se dé al tema, deberá extenderse o no la categoría de los delitos privados también a aquellas situaciones en donde la víctima no es una persona física. La respuesta afirmativa supondrá la admisión de que el perdón de una persona jurídica pueda revestir efectos jurídicos.

1.2.2. Monopolio del acusador privado⁸³⁴ durante el desarrollo del proceso

La no intervención del Ministerio Fiscal, como criterio general, en los procesos por delito privado constituye sin género de duda su característica más destacable. Ello obligará a que el acusador privado haya de mantener necesariamente una posición activa (art. 275 LECr.) que posibilite la continuación del procedimiento.

1.2.3. Finalización del proceso

En primer lugar, destaca la institución del perdón del ofendido, que a tenor del artículo 215.3 del Código Penal dispone lo siguiente: «El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código». Aun cuando en la actualidad dicha remisión se haya de entender realizada al artículo 130.5.º.II de la norma penal –aspecto éste finalmente corregido mediante la Ley Orgánica 5/2010, con lo que la referencia contenida en el artículo 215.3 del Código Penal será, a partir de la entrada en vigor de la citada norma, al artículo 130.1.5.º.II–, la lectura conjunta de ambos preceptos (arts. 215 y 130.5.º CP, que a partir del 23 de diciembre de 2010 pasará a ser el art. 130.1.5.º CP) parece abrir las puertas, cuando la víctima es un menor o incapaz, a una posible intervención del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, bajo nuestro punto de vista el perdón sólo tiene virtualidad jurídica en los supuestos en que la calumnia o injuria se ha proferido contra un particular, en el sentido que venimos entendiendo dicho término. En suma, aunque la redacción legal pudiera dar pie a considerar que también resulta operativo el perdón cuando la ofensa contra el honor se dirige contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, en nuestra opinión una interpretación tal resulta

833 Al respecto, véase el capítulo IV apartado V epígrafe 2.4.

834 La expresión es de RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 412.

errónea. Como tendremos ocasión de analizar⁸³⁵, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene, asimismo, otros preceptos que incorporan peculiaridades en lo relativo a la finalización del proceso por delito privado.

1.2.4. A modo de conclusión

Se ha perdido la oportunidad con la promulgación del Código Penal de 1995 de establecer una nítida línea de separación entre los ilícitos penales y civiles contra el honor. Al respecto, cabe destacar cómo la concreta tutela jurisdiccional se ha dejado en manos del ofendido a través de dos mecanismos: la configuración de los delitos contra el honor –dejando de lado en estos momentos la falta prevista en el artículo 620 del Código Penal– como infracciones penales perseguibles a instancia de parte; y, como combinación de lo anterior, a través del artículo 1.2 de la Ley 1/1982⁸³⁶. Además, se detectan ciertas disonancias en la regulación del proceso civil y del penal. Y es que mientras que en los primeros será siempre parte el Ministerio Fiscal (art. 249.1.2.º LEC), la tutela penal del derecho al honor queda en manos exclusivamente del acusador privado, sin que, como regla general, intervenga la Fiscalía (arts. 104.I y 105 LECr, en relación con el 215.1 CP).

2. La institución de la *exceptio veritatis*

Sin lugar a duda, la *exceptio veritatis* tiene connotaciones penales y procesales. Ahora bien, dada la orientación metodológica seguida en el trabajo, hemos preferimos tratarla en este capítulo y no en el anterior. El análisis del mecanismo previsto en los artículos 207 y 210 del Código Penal se realizará bajo un mismo epígrafe, si bien, estudiando las características de ambos por separado. Ello se debe a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal aborda el estudio procesal de estos dos casos de manera conjunta (*ex art.* 810). Sin embargo, como tendremos ocasión de comentar en este mismo epígrafe, una lectura atenta del precepto de la norma procesal delata ciertas incongruencias entre lo allí dispuesto y lo establecido en el Código Penal de 1995. Conviene, asimismo, poner de relieve lo difícil que resulta el análisis de esta institución, pues no existe acuerdo respecto al ámbito que haya de abarcar la *exceptio veritatis*⁸³⁷. Por ello, quizá lo más prudente sea comenzar su estudio con aquellas cuestiones en torno a las cuales existe algún tipo de consenso.

835 Concretamente, en el capítulo IV apartado IX.

836 Así, LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., p. 130. Por su parte, GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 31, al estudiar los elementos que conforman el objeto del proceso penal, aboga por la supresión definitiva de los denominados delitos privados, pues «si al final resulta que el tratamiento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal va a dar a los mismos es el de aplicar a su enjuiciamiento los principios que rigen en el proceso civil, entonces lo más conveniente sería dejar de hablar de delitos (...)».

837 En este sentido, asimismo, CASTIÑEIRA PALOU, «Delitos contra el honor», cit., p. 149.

2.1. Punto de partida: La *exceptio veritatis* y la colisión del honor con otros derechos fundamentales

En la actualidad, resulta cuestión pacífica la de considerar la prueba de la verdad de la imputación como una institución carente de virtualidad para solucionar supuestos de confrontación entre el derecho al honor (art. 18.1 Const.) y los previstos en el artículo 20.1 de la Constitución, letras a) y d)⁸³⁸. Analicemos por qué:

2.1.1. Calumnia

Primeramente, en el marco de la calumnia, podría discutirse si existe algún supuesto de confrontación entre el derecho al honor y la libertad de información [art. 20.1.d) Const.] en el que se pueda aplicar la *exceptio veritatis*. La configuración constitucional del derecho fundamental recogido en el artículo 20.1.d) de la Constitución exige, como requisito, la veracidad de la información comunicada o recibida libremente, lo que significa el previo contraste de la información transmitida, con independencia de que finalmente la misma resulte cierta. En el supuesto mencionado, estaríamos, pues, ante la imputación criminal realizada sin la concurrencia del correspondiente tipo subjetivo, esto es, sin «conocimiento de su falsedad» o, al menos, sin «temerario desprecio hacia la verdad», con lo que no superaría el filtro representado por la tipicidad como categoría de la teoría del delito.

Esto significará que la *exceptio veritatis* queda descartada para aquellos casos en que la imputación delictiva se haya realizado tras una diligente comprobación de la certeza de los hechos, pues no concurriría ninguno de los requisitos subjetivos exigidos por el artículo 205 del Código Penal («con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad»)⁸³⁹. A esta solución se llega tanto si se parte del entendimiento mayoritario que defiende incluir la falta de veracidad objetiva como requisito del tipo, como cuando se mantiene que dicho elemento no resulta exigido por el artículo 205 del texto penal.

838 Ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, señalaba que los «derechos protegidos en la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados».

839 En esta línea, la SAP Sevilla n.º 326/2006 (RAJ 2007/26952), [FJ 2.º] señala lo siguiente: «El apelante pretende que este Tribunal se pronuncie sobre si son veraces las informaciones que dio en la rueda de prensa el acusado y luego, según su criterio, debe pronunciarse si esas opiniones pueden ser calificadas de injuriosas o vejatorias; sin embargo, este Tribunal considera que el modo de proceder es el contrario, es decir, inicialmente, debemos de analizar si los términos empleados en la rueda de prensa merecen la calificación de calumniosos y solamente, cuando las expresiones sean consideradas calumniosas es cuando debemos analizar si opera la «exceptio veritatis», en el entendimiento de que no existe vicio alguno en la sentencia que cause indefensión (incongruencia omisiva) si el Juzgado absuelve del delito de calumnias porque no concurren el requisito objetivo o subjetivo del tipo delictivo de calumnias, sin analizar la «exceptio veritatis» que propone la defensa» (...). En definitiva, inicialmente tendremos que analizar si el hecho es constitutivo de infracción criminal y luego analizaremos si es posible eximirle de pena probando el hecho criminal que ha imputado, pero, si las expresiones no son calumniosas porque consideramos que no ha actuado con manifiesto desprecio a la verdad, no debemos ni siquiera plantearnos la posibilidad de la exención de pena por la *exceptio veritatis*».

En suma, cabe concluir señalando que estos problemas normalmente no se solucionarán mediante la *exceptio veritatis*, ni tampoco en sede de antijuridicidad –a través de la existencia de la causa de justificación prevista en el artículo 20.7.º del Código Penal (obrar en cumplimiento de un deber)–, sino en el ámbito de la tipicidad.

2.1.2. Injuria

En relación con el delito de injuria, deben tenerse en cuenta los dos grandes bloques que el tipo del artículo 208 ha diferenciado: ciertas imputaciones de hechos y aquellas expresiones que menoscaban la fama o atentan contra la propia estimación. En el primer grupo, se aplicaría lo señalado para el delito de calumnia, dado que la eventual colisión se producirá entre el derecho al honor y la libertad de información, con la conocida exigencia de veracidad. En cambio, cuando el conflicto se produce con la libertad de expresión [art. 20.1.a) Const.] se ha de analizar la cuestión con otro paradigma, pues no entrará en juego el elemento de la veracidad y nos hallaremos ante un supuesto a dilucidar como causa de justificación. Además, como veremos, la *exceptio veritatis* en el ámbito de la injuria se ha configurado, en comparación con la calumnia, con un campo de actuación más reducido.

2.2. Análisis de la *exceptio veritatis*

2.2.1. En la calumnia

El artículo 207 del Código Penal alude a esta cuestión al señalar que el «acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado». Ya la redacción del artículo 456.I en el antiguo Código Penal planteaba diversos problemas hermenéuticos⁸⁴⁰, que han aumentado con el actual texto. Sin embargo, este incremento no es fruto de una nueva redacción de la *exceptio veritatis*, pues coincide el actual artículo 207 del Código Penal con el derogado artículo 456.I⁸⁴¹, sino de la mencionada polémica doctrinal suscitada en torno a la necesidad de la falta de veracidad objetiva en el tipo de calumnia.

Las distintas teorías elaboradas para explicar de manera satisfactoria el artículo 207 del Código Penal parten del supuesto siguiente: la imputación del delito que se realiza en la creencia de su falsedad, es desde el punto de vista objetivo veraz (y, por tanto, errónea aquella suposición)⁸⁴². Ahora bien, una vez aclarado esto, variará el entendimiento que se

840 Aluden a algunas de estas dificultades, CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, p. 135. En la literatura se critica, además, tal como sucedía en la norma penal derogada, el empleo del término «hecho criminal» en el artículo 207 del Código Penal, y no «delito», como se observa en la redacción del artículo 205 de la norma penal.

841 La única variación es la sustitución de «El acusado de calumnia» (art. 456.1 CP derogado) por «El acusado por delito de calumnia» (ex art. 207 CP 1995).

842 Seguiremos en este epígrafe, básicamente, la exposición de LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, cit., pp. 116-124.

conceda al mencionado artículo 207 de la norma penal, según la decisión adoptada en punto a incluir la certeza como elemento del tipo objetivo.

A. Exigencia de falsedad objetiva del delito imputado

Los comentaristas que mantienen que en el Código Penal de 1995 pervive la necesidad de la falsedad real del delito imputado, justifican la *exceptio veritatis* por cuanto que garantiza la posibilidad de probar la veracidad de la imputación realizada. Dos han sido las posiciones defendidas:

a) Causa objetiva de exclusión de la punibilidad que impide el castigo por tentativa

El artículo 207 del Código Penal evitará la punición por tentativa («quedará exento de toda pena») de aquellos supuestos en que, aun concurriendo el tipo subjetivo —y para sorpresa del propio autor⁸⁴³—, queda probado⁸⁴⁴ que la imputación delictiva es cierta. Se ha argumentado que la razón político-criminal subyacente sería la de fomentar que los ciudadanos coadyuven con la Administración de Justicia en el esclarecimiento de hechos con encaje en algún tipo penal. La citada colaboración cívica tiene una contraprestación, pues el sistema asume, premiándola, aquella ayuda facilitada en el descubrimiento de hechos con apariencia delictiva. En concreto, el beneficio consistirá en el no castigo como tentativa de un delito de calumnia, pese a que se haya demostrado que el sujeto realizó la imputación «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Además, y en la misma línea argumentativa, esta previsión excluye la posibilidad de sancionar el hecho como delito de injuria («quedará exento de toda pena»).

b) Repetición innecesaria, por resultar dicha conducta atípica

En esta posición, encontramos otro sector de la doctrina que parte de los mencionados postulados (exigencia de falta de veracidad objetiva) y llega a la conclusión de que la institución de la *exceptio* es una reiteración⁸⁴⁵. Se apoyan para ello en que en estos casos el hecho sería atípico por no concurrir la falsedad real.

B. No exigencia de falsedad objetiva

Si, por el contrario, la cuestión se aborda desde una óptica de no exigibilidad de la falsedad objetiva para considerar que se está ante un delito de calumnia, los argumentos que justifican la *exceptio veritatis* diferirán, siquiera de manera parcial. Por ello, esta norma prevista en el artículo 207 del Código Penal cobra especialmente sentido cuando la

843 En este sentido, CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Protección penal del honor*, cit., p. 134.

844 Resulta, en este sentido, de interés la siguiente reflexión de PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», cit., pp. 269, 270: «Cuando en la calumnia se exige el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad aparecen, en realidad, dos referencias: por un lado, implícitamente se alude a la verdad procesal; por otro, de forma explícita se alude a la veracidad o a la falsedad desde una perspectiva subjetiva».

845 LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, cit., p. 258, quien *ibid.*, p. 259, señala que «la regulación de la *exceptio* no supone más que la mención expresa de los efectos eximentes de la prueba de la ausencia de un elemento esencial del tipo objetivo». Asimismo, CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 399; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 122.

imputación de un hecho delictivo se realiza con una actitud de «temerario desprecio hacia la verdad». Y es que, la modalidad de imputación criminal «con conocimiento de su falsedad» parte de una conciencia y voluntad fuertemente orientadas hacia la existencia de una falsedad objetiva.

Se excluiría así, tal como ya hemos comentado, la posibilidad de considerar que dicha imputación se ha realizado al abrigo de un pretendido derecho de informar previsto en el artículo 20.1.d) de la Constitución, pues para ello se exige que dicha información se funde en una diligente comprobación de lo comunicado, es decir, que aquélla se haya contrastado. Si esta opción ha de ser descartada, en principio parecería que ese hecho tendría cabida en el artículo 205 del Código Penal, y, por tanto, resultaría punible, sin que se pudiera considerar aplicable la tentativa, dado que los defensores de esta teoría han excluido la falsedad real del ámbito de la tipicidad. Es aquí cuando entraría en juego el instrumento de la *exceptio veritatis*, para impedir la condena, por exclusión de la punibilidad, en los supuestos en que se demostrara que el hecho delictivo imputado resulta acorde con la realidad⁸⁴⁶.

2.2.2. En la injuria

Según el artículo 210 del Código Penal, el «acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas». Las reflexiones efectuadas en torno a la *exceptio veritatis* en el ámbito de la calumnia resultan de aplicación al delito de injuria, por lo que únicamente incidiremos en aquellos aspectos en los que exista alguna variante.

En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO ha criticado duramente el reproducido artículo, ya que la definición del delito de injurias que el Código Penal ofrece, exige que la modalidad de imputación de hechos se lleve a cabo «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» (art. 208.III); y, sin embargo, el artículo 210 del Código Penal sólo permite la *exceptio veritatis* cuando las imputaciones «se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas»⁸⁴⁷. De aquí puede deducirse que son punibles, y no admiten la vía de la *exceptio veritatis*, ciertas imputaciones de hechos que lesionan el honor, aun siendo las mismas certeras. Además, la *exceptio* se refiere exclusivamente a la imputación de hechos, apartado que no abarca el ámbito de los insultos. Esto nos lleva al análisis de si la *exceptio veritatis* en el delito de injuria se circunscribe a los funcionarios públicos o admite algún supuesto de persona ajena a dicha esfera.

A. Sólo funcionarios públicos

En principio, y de la redacción del precepto, cabe concluir que se ha reservado dicha posibilidad de forma exclusiva para el funcionariado, pues, incluso sintácticamente, preci-

⁸⁴⁶ LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, cit., p. 121.

⁸⁴⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delitos contra el honor», cit., pp. 630, 631.

saríamos de una coma después de la palabra «cargos», que separara ambos supuestos, para sostener lo contrario.

Como acertadamente ha destacado un sector doctrinal, la interpretación lógica del precepto choca con el sentido común, pues si bien resulta coherente admitir la existencia de un interés del Estado en proteger y conocer la probidad⁸⁴⁸ u honradez del personal funcional en el ejercicio de sus cargos, y que se permita así la *exceptio* en aquellos supuestos —también, por tanto, en casos de faltas penales o infracciones administrativas— relacionados con la función pública, no se alcanza a entender la razón para extenderla a toda falta o infracción administrativa que aquéllos pudieran cometer en cualquier otro ámbito (ajeno, por tanto, a dicha función)⁸⁴⁹.

B. Funcionarios públicos, y su extensión a todo ciudadano en las faltas e infracciones administrativas

Sin embargo, LAURENZO COPELLO se muestra partidaria de considerar que el artículo 210 del Código Penal recoge dos supuestos independientes, siendo así que el primero quedaría limitado a las imputaciones recibidas por los funcionarios públicos en relación con hechos relativos al ejercicio de sus cargos; mientras que la segunda modalidad, la imputación de alguna falta penal o infracción administrativa, abarcaría a todo ciudadano (funcionario o no)⁸⁵⁰.

Pudiera servir de sustento a la interpretación anterior la perseguibilidad prevista en la injuria (y la calumnia) cometida contra funcionario público. Y es que el artículo 215.1 del Código Penal, cuando considera perseguibles de oficio los casos en que la ofensa se dirija, entre otras posibilidades, contra funcionario público, únicamente se refiere a los supuestos en que la misma versa sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Además, en el artículo 215.1 de la norma penal no se añade acto seguido una coletilla semejante a la contenida en el artículo 210 *in fine* del Código Penal («o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas»).

C. El diferente tratamiento dispensado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a esta cuestión

La previsión que sobre la *exceptio veritatis* ha diseñado la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la esfera del delito de injuria resulta más restringida que la que encontramos en el artículo 210 del Código Penal. Y es que en su artículo 810, la norma procesal penal sólo alude al supuesto de injurias «dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos», prescindiendo así de la segunda categoría prevista en el artículo 210 *in fine* del Código Penal, es decir, los hechos referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

848 Término empleado por REBOLLO VARGAS, «Delitos contra el honor», cit., p. 530. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delitos contra el honor», cit., p. 632, se refiere al «superior interés relativo al recto funcionamiento de la Administración Pública».

849 Mantiene esta línea, REBOLLO VARGAS, «Delitos contra el honor», cit., pp. 530, 531.

850 LAURENZO COPELLO, *Delitos contra el honor*, cit., pp. 144, 145. La propia autora *ibid.*, p. 145, reconoce lo forzado de su interpretación.

Lo anterior a buen seguro obedece a que dicho artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conserva la misma redacción que hace más de un siglo. Y es que en 1882, el texto penal entonces vigente, el de 1870, únicamente permitía en el delito de injuria la prueba de la verdad de las imputaciones dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (art. 475 CP 1870⁸⁵¹). Entendemos que en la actualidad dicha *exceptio veritatis* en la esfera de las injurias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 210 del Código Penal de 1995, también deberá extenderse, con las dudas interpretativas mencionadas anteriormente, a los hechos referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

2.2.3. La necesidad de aunar las tesis materiales expuestas con la teoría de la prueba. La inversión de la carga de la prueba

El triunfo de las posiciones predominantemente sustantivas a la hora de explicar la naturaleza de la *exceptio veritatis* se ha de compatibilizar con la «dictadura de la prueba», y, así, los aspectos materiales deben pasar por dicho tamiz. En consecuencia, el artículo 207 del Código Penal⁸⁵², pese a contemplar una causa que excluye la punibilidad –o idéntica conclusión se extrae si tomamos como referencia la ausencia de tipicidad–, ha de someterse a las reglas del procedimiento probatorio. En este sentido, el mencionado artículo 207 prevé una inversión de la carga de la prueba al indicar que será el acusado por delito de calumnia quien deberá probar el hecho criminal imputado para quedar exento de toda pena. Esta tesis se apoya en dos argumentos:

a) El punto de partida se sitúa en la existencia de dos imputaciones: una informal, en la que alguien acusa a otra persona de la comisión de un delito; y, la segunda, la formal o judicial, formulada por quien ha visto cómo se le hacía responsable –extraprocesalmente– de la perpetración de un delito. En esta línea, se mantiene que la imputación informal ha de regirse por las mismas reglas que las imputaciones formales, por lo que quien realizó la imputación por cauces no judiciales, que posteriormente se convierte en querellado por un delito de calumnia, habría de probar dicha imputación (informal). Así, se evitaría que quien, fuera del proceso, ha sido acusado de la comisión de un delito, tuviera en el juicio, como parte acusadora, que probar su inocencia. Además, si relacionamos lo anterior con el régimen de perseguibilidad a instancia de parte existente en la mayoría de las infracciones contra el honor, podemos concluir que el Ministerio Fiscal tendrá vedada la intervención en muchos de estos procesos penales y será la víctima, como acusador privado, quien sostenga la acción penal correspondiente.

b) La inversión de la carga de la prueba se produce, además, por la mayor facilidad que tiene quien imputó el hecho criminal para probar dicho aserto. No es éste el único caso en

851 En concreto, el mencionado artículo 475 del Código Penal de 1870 decía así: «Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

En este caso será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones».

852 Se han de extrapolar, en la medida de lo posible, las conclusiones obtenidas en este epígrafe con respecto al artículo 207 del Código Penal, a lo preceptuado para el delito de injuria en el artículo 210 de la norma penal.

que se da una inversión de la carga de la prueba, pues, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica encontramos supuestos en que se le impone al propio facultativo la carga de la prueba de haber actuado conforme a la *lex artis* cuando todo parece apuntar lo contrario.

Se ha criticado esta previsión, por garantizar la presunción de inocencia de quien ha sufrido la imputación (extrajudicial) de una infracción penal grave a costa de privar de este mismo derecho al acusado por un delito de calumnia⁸⁵³. Ahora bien, la interpretación del precepto que venimos analizando⁸⁵⁴ no puede limitarse a señalar que la carga de la prueba pertenece al acusado por el delito de calumnia, pues pudiera parecer que la presunción de inocencia del acusado de un delito contra el honor no puede ser confirmada –o enervada– a través de cualquier prueba, independientemente de su procedencia. Por ello, aun con todas las apreciaciones y matices realizados al objeto de dar coherencia procesal a la *exceptio veritatis*, se produce, en nuestra opinión, una colisión con el artículo 24 de la Constitución, que no limita el derecho a la prueba.

VI. LOS DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA AL IMPAGO DE PENSIONES

1. El régimen de perseguibilidad previsto para los delitos de abandono de familia

El ámbito de la perseguibilidad de ambas modalidades de delitos de abandono de familia, esto es, el material y el económico, ha seguido cauces diferentes. Dicha diversidad ha venido motivada, de una parte, por la sustantividad legislativa experimentada en la esfera de las infracciones penales de abandono de familia clásico y del impago de pensiones; y, de otra, por algunos olvidos del legislador.

En concreto, la trayectoria en materia de perseguibilidad del delito de abandono de familia actualmente contenido en el artículo 226 del Código Penal de 1995 no reviste especialidad destacable hasta la reforma de 1963. A partir de entonces, sin embargo, pasó a exigirse denuncia del ofendido y el perdón resultó operativo⁸⁵⁵. Los autores que han comentado dicha modificación introducida en el delito de abandono de familia material en 1963 y mantenida, aun con ciertas variaciones, posteriormente, han entendido que el mo-

853 LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, cit., pp. 118, 119.

854 Recordemos que, en su caso, lo apuntado resulta aplicable al artículo 210 del Código Penal.

855 Concretamente, el Decreto 168/1963, de 24 de enero, por el que se desarrolla la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para una revisión parcial del Código Penal y otras Leyes penales (BOE n.º 29, de 2 de febrero de 1963), añadió un último párrafo al artículo 487 del Código Penal que decía así: «El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales».

tor de la misma fue la protección o salvaguarda de la institución de la familia, junto con el dato de las frecuentes reconciliaciones producidas en este ámbito⁸⁵⁶. La evolución habida en la perseguibilidad de la mencionada infracción penal experimentó una nueva etapa en 1983 al requerirse en el perdón de la aprobación del órgano judicial⁸⁵⁷. Por su parte, el impago de pensiones se (re)introdujo en el texto penal en 1989. Sin embargo, no se configuró como una infracción penal perseguible a instancia de parte.

Tal distinción propició la aparición de diversas teorías en la literatura especializada al objeto de justificar el diferente tratamiento existente en materia de perseguibilidad entre el artículo 487 del Código Penal derogado (delito semipúblico), donde se tipificaba el delito de abandono de familia clásico, y el recién creado artículo 487 bis (delito público), que contenía el de impago de pensiones⁸⁵⁸. Esa diferencia en la esfera de la perseguibilidad sirvió para mantener que el bien jurídico en ambos casos divergía, siendo así que el delito de impago de pensiones se asoció al de desobediencia, también perseguible de oficio, y con el que tenía en común la necesidad de la existencia de una resolución dictada por una autoridad. Sin embargo, como apunta GARCÍA ARÁN, seguramente se trató de un simple olvido legislativo, que el propio prelegislador de 1992 ya intentó enmendar⁸⁵⁹. El Código Penal de 1995 unificó el ámbito de la perseguibilidad para ambos delitos, lo que supuso extender a la infracción penal grave de impago de pensiones las características asociadas a la perseguibilidad a instancia de parte. En concreto, el artículo 228 del Código Penal ha significado el mantenimiento del requisito de la denuncia y la eliminación de la posibilidad del perdón.

856 Así, como botón de muestra, véanse POLAINO NAVARRETE, *El abandono de familia en el Derecho penal español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, p. 417; LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1231, 1305-1307; PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 6.ª ed., cit., p. 572. Sin embargo, actualmente se muestra crítico con un entendimiento tal, VIDORRETA RUIZ, «Comentario al artículo 227 del Código Penal de 1995», cit., pp. 508 y 509, dado que «al ser, normalmente, uno de los padres, quien tiene la guarda y custodia de los hijos, quien debe denunciar al otro, se da origen a una situación de tensión entre ambos frente a los hijos y de éstos frente a cada uno de ellos que conduce a agravar el deterioro de las relaciones familiares».

857 En concreto, el artículo 487 *in fine* del Código Penal anterior señalaba lo siguiente: «Dicho perdón necesitará, oído el fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente».

858 Al respecto, la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado (epígrafe V apartado B) señaló lo siguiente: «Aunque pueda resultar una incongruencia con respecto al tratamiento dado al abandono de familia básico en el artículo 487, que viene sometido al régimen de denuncia previa y perdón en favor de la armonía de las relaciones familiares, el que examinamos —se está refiriendo al artículo 487 bis— es delito público, por lo que ha de ser perseguido de oficio, tanto por el Juez que a través del procedimiento a él sometido tenga conocimiento de los incumplimientos punibles, como por el Ministerio Fiscal que llegue a igual noticia, en especial si existen menores o incapacitados afectados por tales incumplimientos. Ello deberá llevar a los Fiscales que intervengan en procedimientos de nulidad, separación o divorcio a vigilar la ejecución de los convenios homologados o resoluciones judiciales firmes, y perseguir cualquier incumplimiento de las prestaciones asistenciales en favor del cónyuge o de los hijos».

859 Véanse GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., pp. 14, 15; FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., pp. 6745, 6746 y 6754, quien achaca a la precipitación con la que se introdujo dicho artículo 487 bis del Código Penal derogado que el mismo no quedara situado «antes de las disposiciones generales relativas a la perseguibilidad y el perdón».

Por ello, y a modo de síntesis de lo tratado hasta el momento, la evolución experimentada por ambos delitos difiere en gran medida, lo cual afecta también a su perseguibilidad. De ahí que, si bien en la actualidad su régimen coincide, ello no ha resultado siempre así. En este punto, sin embargo, debemos efectuar una precisión, pues las consecuencias derivadas de la perseguibilidad a instancia de parte en sede de incoación del proceso quedan en ambos delitos parcialmente limitadas en atención a la condición de la víctima. Y es que el artículo 228 del Código Penal dice así: «Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

1.1. La incoación del proceso. La víctima como parámetro delimitador de los regímenes existentes en materia de perseguibilidad

Como ya hemos adelantado, a día de hoy la única especificidad prevista en materia de perseguibilidad para los dos preceptos que regulan las infracciones penales graves relativas al abandono —material y económico— de familia se da en sede de incoación del proceso. Aun así, dicha nota característica varía en función de la condición de la víctima. En un principio, pareciera que la mayoría de casos deberían entrar en la categoría de víctima mayor de edad, capaz y no desvalida. Sin embargo, un análisis de los tipos previstos en los artículos 226 y 227 del Código Penal lleva a la conclusión contraria. En realidad, las situaciones en que la víctima es una persona mayor de edad, capaz y no desvalida quedan drásticamente reducidas⁸⁶⁰, máxime si se efectúa una interpretación amplia del término desvalimiento.

Y es que, como ya se señaló⁸⁶¹, el primero de los tipos recogidos en el artículo 226 del Código Penal alude a instituciones civiles aplicables en relación con menores de edad o incapaces. Otro tanto cabría decir en lo referido a la segunda modalidad de abandono de familia prevista en el propio artículo 226 de la norma penal, dado que los casos en que se ha de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o del cónyuge se limitan a situaciones en que la persona se halle necesitada, lo cual ha sido entendido por un sector doctrinal como equivalente a la categoría de la persona desvalida⁸⁶². Por último, el delito de impago de pensiones extiende su radio de acción a «cualquier

860 Se utiliza un argumento parecido para cuestionar el supuesto en que el juez de violencia sobre la mujer pueda conocer de la fase de instrucción por un delito contra los derechos y deberes familiares (223-233 CP) previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que difícilmente podrá la mujer que reúna las características subjetivas exigidas por la Ley Orgánica 1/2004 resultar acreedora de una tal pensión. En concreto, los únicos supuestos en que se podría plantear una situación así serían aquellos previstos en la esfera de los artículos 226 y 227 del Código Penal. Al respecto, puede consultarse nuestro trabajo «El elemento personal en la determinación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer: Especial consideración al menor como víctima incluida en la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 29, 2010, pp. 45-58.

861 Concretamente, en el capítulo II apartado V.

862 En parecido sentido, LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1305-1307; GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., pp. 23, 24.

tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos» establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos. El análisis de las situaciones abarcadas por dicho artículo 227 del Código Penal deja entrever que en la mayoría de casos –con la excepción de la pensión compensatoria y algún otro posible supuesto– la prestación económica se ha establecido en favor de un descendiente del obligado a dicho pago, habitualmente menor de edad o aunque sea mayor de dieciocho años dependiente económicamente. Veremos, a continuación, con más detalle las diversas situaciones existentes:

1.1.1. Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida:
denuncia de la persona agraviada

Nos encontramos ante una infracción penal que requiere, a fin de poder proceder, de la denuncia de la persona que afirma haber sufrido esos hechos. Se excluye de esta forma la posibilidad de que la incoación de oficio o la transmisión de la *notitia criminis* por cualquier otro sujeto sirviera a los efectos de poner en marcha el correspondiente proceso penal. Tampoco tendría valor el testimonio deducido por el juez civil que estuviera conociendo del proceso (civil) de familia⁸⁶³.

De todos los supuestos incluidos en los artículos 226 y 227 del Código Penal parece que sólo quedarían en esta categoría los impagos de pensiones a la expareja, *vg.* la compensatoria, cuando dicha persona no se halle en una situación tal que el desequilibrio experimentado por la ruptura matrimonial haga equivalente, en cuanto a su finalidad, la mencionada pensión compensatoria a la alimenticia. Y es que, con la letra de la Ley en la mano, cualquier incumplimiento en el pago de pensiones que alcance, en su caso, los plazos exigidos en el artículo 227 del Código Penal –y no sólo aquéllos en los que el beneficiario se halle en una situación de necesidad o necesitado de sustento⁸⁶⁴– resultará constitutivo de delito.

Lo anterior se encuentra, asimismo, ligado a la esfera competencial del juez de violencia sobre la mujer. En concreto, la Ley Orgánica 1/2004 supuso la introducción del artículo 49 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado 2 reza así: «Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal (...), tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera

863 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 52.

864 Recordemos cómo esta última posición ha sido defendida por GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., pp. 23, 24. Consecuencia de un posicionamiento tal, queda vacía de contenido la cláusula prevista en el artículo 228 del Código Penal que prevé denuncia de la víctima, cuando ésta sea mayor de edad, incapaz y no desvalida, pues efectúan una exégesis restrictiva del tipo en cuestión; y, por otro, además, mantienen una interpretación amplia de la categoría «persona desvalida».

inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género (...) ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia (...) el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia (...) en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente». Somos partidarios de considerar que los delitos de abandono de familia quedan incluidos en el catálogo de asuntos atribuidos a los órganos judiciales unipersonales creados por la Ley Orgánica 1/2004, aun cuando no haya existido un episodio de violencia o intimidación⁸⁶⁵. Sin embargo, y conscientes de los problemas interpretativos que plantea el citado precepto al no estar claro su ámbito de operatividad, resulta paradójico el mecanismo previsto en la norma procesal civil, concretamente en el apartado 2 del artículo 49 bis, pues de poco servirá la comparecencia y la denuncia del fiscal presentada con posterioridad, si nos hallamos ante una infracción perseguible a instancia de parte como la que se viene comentando.

1.1.2. Víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida: denuncia de su representante legal o del Ministerio Fiscal

La reforma de 1963, que supuso la modificación del régimen de perseguibilidad del abandono de familia, añadió un último apartado al artículo 487 del Código Penal en el cual se podía leer lo siguiente: «El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena (...)». Dicha redacción daba pie a diversas interpretaciones —máxime cuando en el precepto faltaba toda mención al representante legal—. Y es que cabían las dos lecturas siguientes:

a) En primer lugar, la denuncia del Ministerio Fiscal resultaba procedente, de forma subsidiaria, en los supuestos de víctima mayor de edad y capaz, siempre que no se hubiera producido la denuncia de la persona agraviada. De ser ésta la interpretación a realizar del precepto, nos hallaríamos ante una especie de precedente del artículo 191 del Código Penal de 1995 (aun cuando este último exija en los casos aludidos querrela de la Fiscalía y la correspondiente ponderación de intereses, mientras que en el artículo 487 del Código Penal derogado se limitaba el requisito a la denuncia).

b) La segunda tesis entendería que el Ministerio Público sólo podía remover el obstáculo existente en el ámbito de la perseguibilidad cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. Parece que la intervención de la Fiscalía debería extenderse a los casos de víctima menor de edad o incapaz, tal como en su ámbito contemplaba el artículo 443 del Código Penal anterior. Sin embargo, la remisión⁸⁶⁶ que el artículo 487 del Código Penal derogado efectuaba al mencionado artículo 443 del mismo texto no era a dichos efectos, sino exclusivamente en materia del perdón o finalización del proceso penal. Se trataba, pues, de un vacío legal. Por su parte,

⁸⁶⁵ Para más detalle, véase el epígrafe 4 del presente apartado.

⁸⁶⁶ Tal remisión se mantuvo hasta la Ley Orgánica 8/1983, fecha en la que se eliminó el perdón del ámbito del delito de violación.

la doctrina optó por este segundo entendimiento, que restringía dicho «en su caso» a los supuestos en que la persona ofendida era menor de edad o incapaz⁸⁶⁷.

Consideramos que el Código Penal de 1995 ha mejorado la redacción de este punto, pues su artículo 228 dispone que los delitos previstos en los dos artículos anteriores «sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal». En este sentido, téngase en cuenta que se produce una mención expresa a la figura del representante legal.

Cuando la víctima del delito de abandono de familia es menor de edad o incapaz, podrá presentar la correspondiente denuncia su representante legal⁸⁶⁸ o el Ministerio Fiscal. En relación con esta última opción, se plantea, una vez más, la duda sobre si dicha intervención de la Fiscalía lo es de forma alternativa a la del representante⁸⁶⁹; o, por el contrario, resulta de alguna manera escalonada o dependiente de la ausencia de denuncia del representante legal⁸⁷⁰. En relación con los supuestos incluidos en la categoría de la persona desvalida, además de la víctima sólo podría denunciar el Ministerio Público. Y es que en dichos casos no cabría acudir a la posibilidad de que fuera el representante legal quien transmitiera la *notitia criminis*, dado que no existe la antedicha figura en tales hipótesis.

1.2. La ineficacia jurídica del perdón

1.2.1. Bosquejo histórico

Como ya hemos indicado con anterioridad, la institución del perdón⁸⁷¹ —con su doble variante expreso y presunto— se introdujo en 1963 en el delito de abandono de familia clásico. Además, dicho perdón afectaba a la «extinción de la acción penal y de la pena» con

867 Tal parece ser la posición de POLAINO NAVARRETE, *El abandono de familia en el Derecho penal español*, cit., pp. 417, 418, cuando señalaba lo siguiente: «El sentir arraigado en la doctrina científica de entender que la relación de subsidiariedad, manifestada en la expresión legal «en su caso», se halla limitada a los supuestos de absoluta indefensión del sujeto pasivo viene a coincidir con la propia referencia legislativa —contenida en la norma de remisión— a la defensa de la persona agraviada si ésta fuera de todo punto «desvalida»».

868 Véase el supuesto que se plantea en la SAP Segovia n.º 18/2003 (Sección Única), de 18 de junio (JUR 2003\234366) [FJ Único], donde el progenitor que presentó denuncia reclamando las cantidades que integraban la pensión de alimentos a favor del menor de edad, mantenía intereses contrapuestos con su descendiente, por lo que se consideró que no podía actuar en calidad de representante legal del menor (art. 162 Ccivil) y como, además, el Ministerio Fiscal no presentó denuncia se entendió que no se había removido el obstáculo procesal previsto en el artículo 228 del Código Penal.

869 El AAP Castellón n.º 23/2005 (Sección 1.ª), de 27 de enero (JUR 2005\63127) [FJ 2.ª] señala en relación con la denuncia del Ministerio Fiscal que nos hallamos ante una «intervención (...) no subordinada a la falta de representación legal, ni planteada de forma subsidiaria».

870 Al respecto, véase el capítulo IV apartado V epígrafes 2 y 3.

871 En concreto, el último párrafo del artículo 487 del Código Penal establecía lo siguiente: «(...) Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales».

la remisión efectuada al artículo 443 del Código Penal vigente entonces. Por otro lado, debemos destacar que dicha reforma precisaba lo que se debía entender por perdón presunto. Concretamente, tal modalidad consistía en «el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales».

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, modificó la redacción del artículo 487 del Código Penal, cambio que afectó al apartado del perdón. En concreto, lo anterior seguramente vino motivado por la falta de eficacia jurídica que a partir de entonces pasó a tener el perdón en la esfera del delito de violación⁸⁷². Por ello, la referencia que en el artículo 487 del Código Penal anterior se efectuaba al artículo 443 del mismo texto desapareció, aun cuando se mantuvieron las dos clases de perdón ya existentes en la esfera de la infracción de abandono de familia, esto es, el expreso y el presunto. En este ámbito, la Ley Orgánica 8/1983 estableció la siguiente redacción para el último párrafo del artículo 487 del Código Penal: «El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente». A diferencia de lo que sucedió en la década de los sesenta, en 1983 se dejó de definir en el propio precepto el contenido del denominado perdón presunto. Además, el perdón pasó a afectar sólo a «la acción penal», eliminándose así la mención a la extinción de la pena. En tercer lugar, el perdón –expreso o presunto– del ofendido necesitaría a partir de entonces, como criterio general aplicable a la totalidad de supuestos, «oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente». Volveremos sobre esta nota característica en el apartado siguiente.

Como último paso de la evolución habida en materia de perdón en los delitos de abandono de familia, debemos destacar que dicha institución quedó sin efectos jurídicos –independientemente de la condición de la víctima– a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Ello significó su desaparición de la esfera del artículo 226 del Código Penal, pues dicha facultad no se contemplaba en el ámbito del delito de impago de pensiones.

1.2.2. La aprobación judicial del perdón

La necesidad de la aprobación judicial del perdón se introduce en este tipo, de manera generalizada para cualquier clase de víctima, por vez primera en 1983⁸⁷³. Incluso pareciera que la mencionada aprobación se extendía exclusivamente a los supuestos en que la víc-

872 Las razones que se alegaron para dicho cambio en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983 fueron las siguientes: « (...) el perdón, cuya operatividad extraordinaria abre el riesgo de transformarlo en objeto de cambio, voluntario o coactivo, todo ello combinado con el estrecho margen de opinión concedido a los Tribunales. En consonancia con este enfoque del problema se modifican los últimos párrafos del art. 443; en virtud de la reforma que se propone la eficacia del perdón para los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto se limita en el tiempo hasta que recaiga sentencia firme, devolviendo así a estos delitos la condición de semiprivados, que había sido desdibujada a través de tan lata concesión de eficacia al perdón. Respecto a la violación se introduce una novedad importante: El perdón del ofendido, en ningún caso extingue la acción penal».

873 Ya que la remisión que, con anterioridad, se efectuaba al 443 del Código Penal acarrearba, en relación con los menores o incapaces, dicho control público. En concreto, el artículo 443 del Código Penal derogado establecía en este punto lo siguiente: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal».

tima resultaba mayor de edad y capaz, dado que cuando el ofendido era menor de edad o incapaz no se efectuaba mención alguna en el sentido de otorgar esa posibilidad a su representante legal⁸⁷⁴. Sin embargo, como ya hemos señalado, la referida ausencia a buen seguro se ha de considerar un olvido del legislador. En suma, cabe interpretar la exigencia de dicho control como una especie de paso intermedio a la hora de erradicar la operatividad del mismo, cosa que finalmente ocurrió en el Código Penal de 1995.

1.2.3. Algunas razones que justificaron la supresión de la categoría del perdón en los delitos de abandono de familia en el Código Penal de 1995

La desaparición del perdón del ámbito del artículo 226 del Código Penal⁸⁷⁵, quizá fue debido a que la vía penal servía en algunos casos a modo de instrumento de presión en lo que respecta al correspondiente juicio civil matrimonial, máxime cuando podía ponerse fin a aquélla a voluntad del «ofendido»⁸⁷⁶. Por ello, puede que el legislador de 1995 atendiera a las razones dadas por algunos comentaristas, entre los que destaca FLORES MATIES. En concreto, dicho autor entendía que la operatividad del perdón en los casos en que se producía una omisión de la asistencia indispensable para el sustento de un pariente necesitado resultaba una incongruencia valorativa, dado que tal facultad remisoria carecía, sin embargo, de efectos en el impago de pensiones, delito éste de menor injusto que el anterior⁸⁷⁷.

1.2.4. El pago de las cantidades debidas durante la sustanciación del correspondiente proceso penal. La renuncia de la acción civil derivada de delito

Un sector doctrinal ha entendido que el bien jurídico protegido en los delitos de abandono de familia no puede ser la tutela y mantenimiento de la familia, dado que el perdón

874 En cambio, quedaba claro que la aprobación judicial del perdón se aplicaba a ambas categorías de víctima en el artículo 227.2 del Anteproyecto de Código Penal 1992 (publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1992), que disponía lo siguiente: «El perdón del ofendido mayor de edad o, en su caso, del representante legal, previa aprobación del Juez o Tribunal, oído el Ministerio Fiscal en el último supuesto, extinguirá la pena o la acción penal». Esta idea, sin embargo, no se mantuvo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1992), cuyo precepto equivalente rezaba así: «El perdón del ofendido extinguirá la pena o la acción penal» (art. 231.2).

875 Recordemos que, en relación con el ámbito del artículo 227 del Código Penal, se confirmó la situación legislativa existente sobre el particular desde 1989, esto es, el perdón resultaba inoperativo.

876 PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 6.ª ed., cit., pp. 573, 574; LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1306, 1307.

877 FLORES MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., p. 6746. Sin embargo, como indica dicho autor, *ibid.*, el Anteproyecto de Código Penal de 1992 previó que el perdón debía ser aprobado por el tribunal, lo que significa una especie de «retroceso» por cuanto que el perdón resultaba de aplicación a ambos delitos de abandono de familia. Finalmente, el legislador de 1995 optó por erradicar la operatividad del perdón para las dos infracciones.

como causa de conclusión del proceso penal ha dejado de tener relevancia jurídica⁸⁷⁸. Sin embargo, dicho argumento, que nos parece sustancialmente correcto, puede verse amenazado en el foro cuando, tras haberse pagado las cantidades debidas y producida la renuncia de la acción civil *ex delicto*, el Ministerio Público solicita y obtiene la absolución del acusado por el delito de abandono de familia⁸⁷⁹. La posibilidad de soluciones de este tipo pone de manifiesto la relevancia que en nuestro sistema ostenta –y no sólo para el perjudicado– la reparación del daño causado, y cuestiona, asimismo, la independencia de la respuesta estrictamente penal con respecto a la acción civil derivada de delito.

1.2.5. Reflexiones finales

Para evitar situaciones como la expuesta se podría haber tenido en cuenta la distinción operativa en el ámbito del Derecho civil de familia. En concreto, nos referimos a la existencia de pretensiones disponibles y de *ius cogens*. El legislador penal, sin embargo, no ha manejado dicho criterio a la hora de considerar que el incumplimiento de algunas cantidades debidas tras el correspondiente proceso civil de familia puede resultar de menor o mayor gravedad. Y es que resulta indiferente que nos hallemos, por ejemplo, ante una pensión de alimentos al cónyuge (disponible) o a los hijos (de derecho necesario)⁸⁸⁰. Este dato, sin embargo, podría adquirir cierta relevancia cuando se dan situaciones como la comentada anteriormente y se produce así en el seno del procedimiento penal el abono de las cantidades adeudadas. Somos conscientes de que en ambos casos, con independencia del carácter disponible o no de la pensión, dicha pensión ha sido establecida en una resolución (civil). Sin embargo, el dato de la disponibilidad de la pensión podría constituir un parámetro más que sirviera de justificación para poner fin al proceso penal incoado, práctica que se viene produciendo en los tribunales.

Entendemos que el desvalor existente ante el impago durante cuatro meses seguidos de una pensión de alimentos a favor de un hijo y de una pensión compensatoria a favor de la expareja⁸⁸¹ deberían, *a priori* –y conscientes de que en algunos casos el desequilibrio

878 En este sentido, véase LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1234, 1235.

879 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 52, 53 y 91. Por su parte, FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., p. 6745, resaltaba la incongruencia que suponía la comparación entre las consecuencias del cumplimiento de las obligaciones inicialmente insatisfechas en el ámbito del delito previsto en el 487 y lo que afectaba al 487bis del Código Penal anterior. En concreto, en el primero de los supuestos estaba prevista la categoría del perdón, mientras que en el impago de pensiones no, lo cual «genera consecuencias incongruentes (si se comparan con las derivadas de los delitos del artículo 487) y perjudiciales, tanto para el obligado que cumplió, cuanto para los beneficiarios de la pensión, que han de quedar, sin duda, más desprotegidos de lo que estaban si aquél que se avino a cumplir o a restablecer, en el ámbito de la separación o el divorcio, la normalidad en sus relaciones familiares, debe soportar, pese al perdón, una pena pecuniaria o privativa de libertad que habrá de repercutir, en última instancia, en aquellos beneficiarios».

880 Véase, a otros efectos, pero teniendo en cuenta el dato de la naturaleza de la deuda, CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 91.

881 Además, según los estudios realizados por SILLERO CROVETTO y LAURENZO COPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga,

experimentado como consecuencia de la ruptura matrimonial por uno de los cónyuges puede hacer que la pensión compensatoria cumpla *de facto* una función equivalente a la de alimentos—, tener consecuencias diversas. Ahora bien, la distinta perseguibilidad prevista en el artículo 228 del Código Penal cuando la víctima es mayor de edad y capaz, por un lado, y cuando nos hallamos ante un menor de edad, incapaz o persona desvalida, por otro, pudiera interpretarse como una clasificación que guarda alguna semejanza con la existente en el ámbito civil que discrimina las prestaciones en disponibles y de *ius cogens*.

Aun con todo, quizá el problema se haya enfocado de manera incorrecta y las disfunciones apuntadas tengan su origen en que el impago de pensiones simplemente —o afinando aún más, se podría discutir si cualquier modalidad de pensión o por la característica del beneficiado algunos casos habrían de mantenerse en la órbita del Código Penal— debe salir de la esfera criminal. En esta línea, la ejecución civil debería ser la sede natural para lograr el cobro de las cantidades ligadas a estos procesos civiles de familia. Consecuentemente, todas las energías deberían estar puestas en dicho ámbito —en ocasiones y de manera injustificada— un tanto olvidado⁸⁸².

1.3. La perseguibilidad de las infracciones penales leves en el ámbito del abandono de familia *lato sensu*. Inconsistencia de la solución del legislador desde la perspectiva de la perseguibilidad

Las infracciones penales graves previstas en materia de abandono de familia tienen su correlato en el libro III del texto penal dedicado a las faltas y sus penas. En concreto, se trata de los artículos 619 y 618.2⁸⁸³ del Código Penal que, respectivamente, resultan equivalentes a los tipos previstos en los artículos 226 y 227 de ese mismo texto. No obstante lo anterior, la lectura de los artículos 618.2 y 619 del Código Penal deja entrever una importante distinción en comparación con los correspondientes delitos, y es que ambas infracciones (leves) resultan perseguibles de oficio⁸⁸⁴.

1996, pp. 132, 133; y, por la Asociación de Mujeres Juristas Themis (MUÑOZ FERNÁNDEZ, OLIVARES GARCÍA y SAN VICENTE JIMÉNEZ), *El impago de pensiones en Andalucía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, pp. 44, 45, en escasas ocasiones se acude a los tribunales por incumplimiento de la pensión compensatoria exclusivamente.

882 Según RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., pp. 126 y 128, «uno de los sapos que ha habido que tragarse en materia de ejecución es el tener que recurrir, como último recurso, a la ayuda que pueden proporcionar instrumentos típicamente penales para conseguir un objetivo puramente civil, como es el cumplimiento de una sentencia de esta índole (...). Una de las actitudes que podría evitar en muchos casos el recurso a la tutela penal y que se soslaya rutinariamente es el aplicar directamente las consecuencias civiles que normalmente se persiguen a través de los ilícitos penales (...). En otros casos, basta con ser consecuentes con las propias reglas de la ejecución (...)».

883 Párrafo introducido en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

884 En lo que respecta a la primera instancia de estos supuestos, quedará la misma atribuida al juez de violencia sobre la mujer [letra d) del apartado 1 del art. 87 ter LOP], siempre que concurra el elemento subjetivo exigido para ello en la letra a) de ese mismo precepto.

Reproduciremos, en primer lugar, el tipo contenido en el artículo 619 del Código Penal, por su equivalencia con el artículo 226 del Código Penal: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados». El artículo 618.2 del Código Penal, por su parte, dispone lo siguiente: «El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

De los dos preceptos anteriores, el segundo de ellos es el que mayores coincidencias mantiene con su equivalente infracción penal grave. Teóricamente el incumplimiento de obligaciones pecuniarias –aunque el hecho tipificado como falta penal es más amplio que su equivalente del artículo 227 del Código Penal al referirse al incumplimiento (general y no limitado al ámbito económico) de obligaciones familiares– que no constituye delito quedaría ceñido, en los casos de prestaciones periódicas, a la falta de pago de un mes o, cuando los impagos no son sucesivos, de tres meses. Sin embargo, carece de sentido dicha distinción para las faltas, pues ningún acreedor esperará los tres meses, lo que se consigue alegando exclusivamente el impago de un mes de una pensión periódica en el ámbito del Derecho civil de familia⁸⁸⁵.

Además, en el libro III del Código Penal el esquema seguido es el de que en los propios tipos y no con posterioridad, como sucede por ejemplo en el artículo 228 del Código Penal, se recojan las notas distintivas aplicables en materia de perseguibilidad. Todo ello deberá completarse con lo dispuesto en el artículo 639 del Código Penal, previsto como disposición común a las faltas, que señala algunas características que se aplicarán a (todos) los casos en que, previamente, el legislador haya decidido que tal tipo reviste la consideración de infracción penal leve perseguible a instancia de parte.

Lo indicado hasta ahora no explica las razones que llevaron al legislador penal a entender, por un lado, estos comportamientos merecedores de incursión en el texto penal; y, por otro, a fin de mantener la armonía en relación con sus homónimos del libro II del Código Penal, a considerar dichos supuestos perseguibles de oficio⁸⁸⁶.

885 En cambio, con los plazos exigidos en el artículo 487 bis del Código Penal anterior para considerar delictivo dicho impago (tres meses consecutivos o seis no consecutivos) sí que tendría sentido la existencia de dos lapsos temporales diversos también en las infracciones penales leves, en función de si el incumplimiento era continuado (menos de tres meses) o interrumpido (inferior a seis meses). A diferencia de lo que sucede en la actualidad, el Código Penal derogado no contemplaba el impago de pensiones como falta penal.

886 A idéntica solución se llegaba con el texto penal anterior, que consideraba tales tipos perseguibles de oficio. Puede consultarse, al respecto, el artículo 584.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal derogado. Sobre la reforma producida en 1963, que no afectó a las faltas, véase la crítica de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 186 n. 3.

2. Conexión entre el proceso penal por impago de pensiones y el proceso civil

Resulta un tema de especial interés el de la relación que ha de darse entre el proceso penal por un delito de impago de pensiones y el procedimiento civil, necesario como sabemos («prestación económica ... establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos») para que los tribunales del orden jurisdiccional penal devengan competentes en el conocimiento de unos hechos con aparente cabida en el artículo 227 del Código Penal.

2.1. La tutela penal de condenas civiles⁸⁸⁷. Innecesariedad de la fase de ejecución civil para incoar el proceso penal por delito de impago de pensiones

El análisis de las posibilidades que el ordenamiento jurídico brinda para exigir el cumplimiento de aquellas resoluciones civiles de condena dineraria dictadas en el seno de un proceso matrimonial –y en el resto de supuestos a los que se extiende el art. 227 CP– requiere de una interpretación conjunta de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Penal⁸⁸⁸. Aun así, y antes del estudio de lo previsto en ambos textos legales, cabría pensar, como posición de partida, que nos hallamos ante una especie de *crescendo*. Según la mencionada tesis, en primer término, tras el preceptivo proceso civil declarativo, se debería acudir a la fase de ejecución civil, y emplear en esta sede todos los mecanismos previstos por el legislador procesal de 2000. Y sólo constatada la infructuosidad de dicha vía, cabría acudir a los tribunales penales. A una situación tal podría llegarse, incluso reticentemente⁸⁸⁹, haciendo nuestras las palabras de RAMOS MÉNDEZ, dado que «la percepción de los ciudadanos ha cambiado y determinadas conductas que en la práctica suponían un incumplimiento recalcitrante de resoluciones judiciales se han acabado criminalizando en el Código Penal»⁸⁹⁰.

Sin embargo, la solución ofrecida por el legislador no ha sido ésta. Y es que ni el artículo 227 ni tampoco el 228 del Código Penal condicionan la procedencia del proceso penal a la previa «reclamación del cumplimiento de la medida económica judicialmente decretada e incumplida por el obligado, bien extrajudicialmente bien judicialmente instando la ejecución de la sentencia civil con el correspondiente requerimiento de pago»⁸⁹¹. Ello significará

887 La expresión la hemos tomado de RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., p. 129.

888 Y es que como destaca RAMOS MÉNDEZ *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., p. 128 n. 14, la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de rango orgánico para tipificar conductas delictivas.

889 RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., p. 129.

890 RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., p. 129.

891 El texto entrecomillado se ha sacado de la SAP Asturias n.º 150/2001 (Sección 7.ª), de 19 de abril (JUR 2001\210598) [FJ 3.º], en donde se señala que resulta mayoritaria dicha doctrina; SAP Barcelona n.º 515/2005 (Sección 8.ª), de 29 de abril (JUR 2005\171498) [FJ 2.º].

la inexistencia de graduación alguna en los diversos ámbitos que se encargan de tutelar la eficacia de los pronunciamientos civiles de condena (dineraria). Sin lugar a duda, esta situación deja en entredicho algunos principios fundamentales del Derecho penal como el de *ultima ratio* y el de intervención mínima⁸⁹². La vía penal no servirá, pues, a modo de refuerzo en los casos en que la ejecución civil ha fracasado, sino que aquélla más bien puede considerarse como sustitutiva de esta última⁸⁹³. En consecuencia, podemos resaltar que se ha producido la criminalización del impago de una deuda (civil)⁸⁹⁴. Además, lo anterior guarda estrecha relación con la posición que mantenemos sobre la intrascendencia que, a efectos típicos, tiene el dato relativo a la situación de necesidad en la que se halle el beneficiario de la pensión.

2.2. La acción civil *ex delicto* y la inclusión de las prestaciones insatisfechas en dicha categoría

En otro orden de cuestiones, se ha de tener en cuenta que en la actualidad la totalidad de las cantidades insatisfechas⁸⁹⁵ podrán ser exigidas ante los órganos judiciales penales a través de la acción civil *ex delicto*, esto es, como reparación de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo (art. 109.1 CP). Concretamente, el novedoso artículo 227.3 del Código Penal reza así: «La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas». Y es que el legislador de 1995 terció sobre la polémica doctrinal y jurisprudencial relativa a si cabía o no incluir en la acción civil derivada de delito las cantidades debidas que sirvieron para computar los meses necesarios (dos, cuando sea un incumplimiento sucesivo; cuatro, si se trata de vulneraciones intermitentes) a fin de considerar el impago constitutivo de infracción penal⁸⁹⁶. La otra posibilidad manejada, más

892 En este sentido, véanse las atinadas palabras del profesor RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, cit., p. 128, cuando señala que «lo que cabe esperar del sistema de ejecución civil es que sea lo más completo posible, proporcionando instrumentos adecuados para cubrir todas las actividades ejecutivas idóneas en función de los objetivos que persiguen (...). Si, como ocurre la mayoría de las veces, simplemente hay impericia o desidia en el uso de las herramientas, lo que hay que hacer es cumplir los deberes y punto. Si se ha recorrido sensatamente el camino precedente, entonces puede pensarse en la actuación integral del resto del ordenamiento jurídico».

893 Aun cuando en la práctica se intentará el cobro de la deuda en la vía jurisdiccional civil, y ante la infructuosidad de dicho intento se acudirá a los tribunales penales, tal como apunta CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 59.

894 Por su parte, MARCHENA GÓMEZ, *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, cit., p. 118, entiende que el «bien jurídico protegido ha de conectarse a la necesidad de reforzar, más allá de los preceptos llamados a normar la ejecución civil de sentencias, la obligatoriedad de un cumplimiento regular (...)» [Cursiva añadida].

895 Véase la Consulta 1/2007 de la Fiscalía General del Estado sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal.

896 Parece mostrarse favorable a una interpretación de semejantes características, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), Thomson-Aranzadi, 6.ª ed., cit., p. 570. La Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990 (epígrafe V apartado B) también se posicionó al respecto: «se plantea el problema de si puede o no exigirse el cumplimiento de las prestaciones

conforme con el concepto clásico de acción civil, entendía que integraba la reclamación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de un hecho constitutivo de delito (art. 109.1 CP) exclusivamente las cantidades adeudadas a partir de considerar que se cumplen los dos meses consecutivos o los cuatro meses interrumpidos de impago de las pensiones.

Por tanto, como ha destacado la doctrina⁸⁹⁷, actualmente el impago de prestaciones económicas derivadas de los procesos de Derecho de familia previstos en el artículo 227 del Código Penal sirve, por un lado, como requisito típico necesario para conformar la conducta constitutiva de infracción penal grave; y, además, por otro, esas cantidades insatisfechas anteriores integrarán la responsabilidad civil *ex delicto*. Ante tal decisión legislativa, la literatura especializada se ha mostrado particularmente crítica, pues se consideran a todas luces insuficientes las razones de economía procesal y de la naturaleza de la deuda alegadas para justificar la ampliación de la acción civil derivada de delito⁸⁹⁸.

2.3. Tensiones existentes entre la ejecución civil y el proceso penal por impago de pensiones

De lo señalado con anterioridad, podría perfectamente darse la situación en que junto con una ejecución civil⁸⁹⁹ por incumplimiento de la resolución dictada por los tribunales civiles, se hubiera incoado un proceso penal por un delito previsto en el artículo 227 del Código Penal. La duda que se plantea es el momento a partir del cual se debería suspender el procedimiento de ejecución civil forzosa. En este sentido, entendemos que la respuesta

debidas en el proceso penal o, por tratarse de una obligación precedentemente constituida, su cumplimiento debe interesarse en la ejecutoria civil correspondiente. A favor de esta última solución está la doctrina que se ha venido manteniendo en torno al cheque en descubierto que no genera otra responsabilidad civil que la derivada de los daños o perjuicios causados al margen del simple impago (...). Ahora bien, si se entiende que la lesión del bien jurídico se produce por el impago de la pensión –única interpretación que pueda dar el necesario contenido material de antijuridicidad a la conducta prevista en el tipo, que de otra forma se convertiría en una simple manifestación de la prisión por deudas– esa lesión del bien jurídico tiene que repararse en la vía penal, lo que debe conducir a promover también en esa vía la reparación del perjuicio causado, tanto con el abono de las cantidades debidas como los de otra índole que hubiere originado el impago. Ésta debe ser, en tanto en la jurisprudencia no se consolide otra eventual doctrina contraria, la tesis y posición que adopten en sus calificaciones y peticiones los Fiscales».

897 LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1303, 1304; CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 83 y ss.

898 En relación con la situación anterior al Código Penal de 1995, puede consultarse FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», cit., pp. 6758-6760. Tras el texto penal de 1995, véase GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., p. 25. Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., pp. 1302-1304.

899 No afecta en este punto la polémica suscitada sobre si cabe ejecución provisional en los procesos matrimoniales, debate que ha estado motivado por la aparentemente contradictoria redacción de los artículos 525 y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es que nos hallamos ante «obligaciones y relaciones *patrimoniales* relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso» (art. 525.1.1.ª), por lo que las mismas quedan dentro del ámbito al que se extiende la ejecución provisional [Cursiva añadida].

a dicho interrogante es que ambos procedimientos deben continuar hasta la obtención de una sentencia penal firme de condena. Además, el punto neurálgico de la cuestión viene representado por el cobro de las cantidades insatisfechas, pues, como hemos analizado, cabría ante los órganos penales exigir la totalidad de las pensiones debidas mediante la acción civil *ex delicto*.

Consideramos que el interés que ha de predominar en el caso mencionado es el de la tutela máxima de la víctima-acreadora. En este sentido, una vez obtenida la resolución penal firme condenatoria se presenta como más ventajoso el proceso de ejecución penal. Y es que en la ejecución civil, según el artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁰⁰, cuando el ejecutante no designe bienes de la parte contraria, la investigación judicial en relación con el patrimonio del ejecutado consistirá en que el secretario judicial acuerde (mediante diligencia de ordenación) dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia⁹⁰¹. Esto es, a fin de que suministren la información de que dispongan sobre el particular.

En cambio, además de lo anterior, la novedad que representa el artículo 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹⁰² se halla en el ámbito de la ejecución de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal (delito o falta). Y es que esta colaboración consistirá no sólo en facilitar los datos de que dispongan (tal como hemos visto que se prevé también en la norma procesal civil), sino que, además, la Agencia Tributaria o, en su caso, la Hacienda Foral que corresponda, deberá realizar las indagaciones e investigaciones patrimoniales pertinentes, como sucede a la hora de cobrar un impuesto.

900 En concreto, el artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Investigación judicial del patrimonio del ejecutado, dice así: «A instancias del ejecutante que no pudiese designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el Secretario judicial acordará, por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. (...)»

El Secretario judicial no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante».

901 Sobre el particular, véase el trabajo de RIBA TREPAT, «La investigación judicial en la nueva ejecución civil», en *El proceso de ejecución civil: problemas actuales* (coords. Cachón Cadenas y Picó Junoy), cit., pp. 141-155.

902 Precepto éste reformado mediante la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, y a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Dicho artículo 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala lo siguiente: «A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Secretario judicial podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia». Aun con todo, la citada reforma de 2009 ha añadido un párrafo final, que dice así: «Cuando dichas entidades alegaren razones legales o de respeto a los derechos fundamentales para no realizar la entrega o atender a la colaboración que les hubiese sido requerida por el Secretario judicial, éste dará cuenta al Juez o Tribunal para resolver lo que proceda».

2.4. La prescripción y la caducidad

La confusión existente en los casos que venimos analizando entre el ámbito civil y el penal genera, además de las apuntadas, otra serie de dificultades. Nos referimos en esta ocasión al diferente plazo de prescripción para reclamar el cumplimiento de las pensiones alimenticias y el establecido para los delitos menos graves, tal como se ha encargado de destacar CERES MONTÉS⁹⁰³. Y es que, para el primer caso, según el artículo 1966 del Código Civil, el plazo será de cinco años, mientras que, en atención al segundo supuesto mencionado, el artículo 131.1.V del Código Penal señala tres años.

Sistemáticamente, sorprende un desajuste de este tipo, máxime cuando el artículo 227.3 del Código Penal permite incluir en la acción civil *ex delicto* las pensiones debidas⁹⁰⁴. En tal caso, pese a la obtención de una sentencia penal absolutoria o condenatoria –por alcanzar los plazos mínimos previstos como requisito típico– pero sólo en relación con parte de las prestaciones civiles debidas (las no prescritas según el texto punitivo), cabrá acudir a los tribunales civiles para exigir el cumplimiento de las cantidades insatisfechas⁹⁰⁵. Dicha situación convierte a estos supuestos de acciones civiles consistentes en créditos insatisfechos en una especie de «tránsito de órdenes jurisdiccionales» –del civil al penal con posibilidad de retorno al primero–, carente de justificación.

Tal desajuste ha sido corregido mediante la Ley Orgánica 5/2010, que ha modificado el párrafo cuarto y suprimido el párrafo quinto del apartado 1 del artículo 131 del Código Penal, por lo que, a partir del 23 de diciembre de 2010, el plazo de prescripción aplicable a los delitos objeto de nuestro estudio será, asimismo, de cinco años (*ex art. 131.1.IV CP*).

Por otro lado, conviene recordar el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicado a la caducidad de la acción ejecutiva. En concreto, el mismo dice así: «La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del Tribunal o del Secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso (...), caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

903 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 72.

904 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., p. 72.

905 CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 86, 87.

3. El debate sobre si el progenitor puede reclamar el pago de la pensión alimenticia del descendiente mayor de edad: Incidencia de esta cuestión en la perseguibilidad del delito de impago de pensiones

3.1. Planteamiento de la cuestión. La solución en los procesos civiles de Derecho de familia

El supuesto en que, tras una crisis matrimonial⁹⁰⁶, uno de los progenitores exige al otro el cumplimiento de la pensión de alimentos establecida a favor del hijo común se plantea tanto ante los tribunales civiles como en la esfera del proceso penal. Habitualmente nos hallamos ante supuestos en que el beneficiario de los alimentos será un descendiente menor de edad, lo que significará que el progenitor custodio podrá reclamar el abono de dichas cantidades.

Esta idea resulta predicable de los juicios civiles para exigir dichas sumas debidas⁹⁰⁷. Pero también en el proceso penal, dada la perseguibilidad prevista en el artículo 228 del Código Penal, el progenitor custodio –como representante legal del menor– o incluso el Ministerio Fiscal podrá presentar la correspondiente denuncia ante unos hechos aparentemente constitutivos de un delito de abandono económico de la familia.

Ahora bien, como consecuencia de ciertos fenómenos sociológicos experimentados en nuestro país en las últimas décadas (ampliación del periodo de formación de los jóvenes, dificultades para acceder al primer trabajo, carestía de la vivienda, etc.), cada vez resulta más frecuente que personas mayores de edad continúen bajo un mismo techo con sus progenitores. Lo anterior significará que, de haberse sustanciado un proceso civil de separación o divorcio, esa persona mayor de edad seguirá viviendo con uno de sus progenitores y, en su caso, continuará percibiendo la pensión de alimentos. En este sentido, resulta de suma importancia el artículo 322 del Código Civil, donde se establece que el «mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

De ahí que haya recibido numerosas críticas⁹⁰⁸ el número II del artículo 93 del Código Civil, añadido mediante la Ley 11/1990, que establece en el marco del proceso matrimonial

906 Ténganse, asimismo, presente las otras posibilidades incluidas en el artículo 227 del Código Penal.

907 Asimismo, dicha polémica podría aplicarse a otros supuestos como es el procedimiento para la modificación de medidas –imaginemos, por ejemplo, que se pretende variar la cuantía de la pensión alimenticia del descendiente mayor de edad dependiente económicamente que convive con uno de sus progenitores–. Sin embargo, a diferencia del artículo 93.II del Código Civil, el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece que no deja duda en torno a los sujetos que pueden acudir al mismo: «El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges (...)». En estos casos, la legitimación activa y pasiva recae exclusivamente en los (ex) cónyuges. En tal sentido, SAP Asturias n.º 507/2007 (Sección 7.ª), de 9 de noviembre (JUR 2008\102449) [FJ 1.º].

908 Como botón de muestra, véase LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, T. VI, 5.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 148, quien lo considera «un verdadero despropósito procesal». Entendemos sumamente ilustrativo el resumen de las diversas posiciones existentes que se efectúa en la SAP Valencia n.º 273/2004 (Sección 10.ª), de 5 de mayo (JUR 2005\2601) [FJ 4.º] y que se reproduce a continuación: «El párrafo 2.º del art. 93 Ccivil ha sido criticado doctrinalmente por su nula técnica legislativa al incardinar en su seno un

correspondiente lo siguiente: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código». Si tenemos en cuenta que los únicos legitimados en los procesos matrimoniales –dejando a salvo, para la acción de nulidad, la legitimación del Ministerio Fiscal y de otros interesados a tenor de los artículos 74 a 76 del Código Civil– son los propios cónyuges (*ex arts. 74, 81 y 86 Ccivil*), parece que la consecuencia a extraer es que los descendientes que reúnan las características mencionadas en el artículo 93.II del Código Civil carecerán de legitimación en dicho juicio matrimonial⁹⁰⁹.

La jurisprudencia, tomando como base lo establecido en dicho artículo 93.II, ha concedido legitimación al progenitor conviviente con el descendiente para reclamar las cantidades por pensión de alimentos incluso cuando el descendiente, siendo mayor de edad, sigue teniendo derecho a la misma dada su dependencia económica. En este sentido, resulta fundamental la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo número 411/2000 (Sala de lo Civil), de 24 de abril (RJ 2000\3378). Además, la argumentación ofrecida por el Ministerio Fiscal a la hora de interponer su recurso de casación en interés de ley cobra especial relevancia. Así, de la exposición realizada por el Ministerio Público para fundamentar su escrito, incluida en la propia resolución mencionada, debemos destacar las siguientes ideas: «el progenitor que «de facto» está asumiendo la carga familiar que representan los hijos mayores –en la situación determinada– tiene un derecho propio a exigir del otro la contribución que le corresponda en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el art. 93. Actúa de «iure proprio», si bien en interés de los hijos, y en esa calidad o condición recibirá la pensión que administra como mantenedora del hogar familiar en cuyo seno permanecen los hijos mayores. En este sentido, son equiparables los alimentos que se señalan para los menores que los que fijan para los mayores a cargo. Si la reclamación para los primeros no se hace separadamente en el proceso por alimentos sino como derecho a exigir del otro progenitor su aportación o contribución a una

precepto procesal dentro de uno sustantivo o material; en efecto, es obvio, desde un punto sustantivo, que los padres pueden ser condenados a pagar una pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios (...), sin embargo desde un punto de vista procesal plantea el problema de que la fijación de esa pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad pueda hacerse en el procedimiento matrimonial de separación, divorcio o nulidad de los progenitores. Esa técnica legislativa ha dado lugar a que se planteen doctrinal y jurisprudencialmente tesis absolutamente contradictorias respecto de quién ostenta la legitimación activa para reclamar los alimentos a que se refiere el párrafo segundo del art. 93 Ccivil que van desde la tesis del levantamiento de las cargas del matrimonio que otorga legitimación tanto procesal como material al cónyuge que permanece en el domicilio familiar en compañía de los hijos mayores de edad no independientes económicamente, a la tesis alimentista, completamente opuesta, que sólo otorga legitimación al hijo mayor de edad para reclamarlos, exigiendo su personación en el pleito matrimonial, pasando finalmente por la tesis intermedia que mantiene como único titular del derecho a alimentos al hijo mayor de edad mas salvando el obstáculo que comporta el no poder ser parte en el proceso matrimonial, posibilita el que el hijo pueda facultar a cualquiera de sus progenitores para el ejercicio del referido derecho en el pleito matrimonial, debiendo constar dicho consentimiento acreditado en autos de modo expreso e indubitado».

909 Sin embargo, ello no obsta a que teniendo en cuenta lo dispuesto para los hijos menores o incapacitados en los artículos 770.4.^a y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *a fortiori* y en todo caso, los descendientes mayores de edad deban ser oídos.

obligación directamente derivada de la patria potestad, la reclamación para los segundos debe seguir el mismo régimen procesal conforme a la razón finalística a que obedece el precepto. El progenitor a cargo ejercita una acción en interés propio, pero en beneficio de los hijos, no actúa como gestor de negocios ajenos, ni precisa autorización o apoderamiento, de hecho subyacente por la circunstancia de la permanencia voluntaria del hijo mayor en el hogar familiar. (...) La no intervención del hijo⁹¹⁰, por otra parte solamente posible en tanto asumiese la condición de parte actora, no vulneraría su derecho a la tutela judicial en cuanto que se parte de una situación voluntariamente aceptada, como es el de estar a cargo de su progenitor, que puede abandonar en todo momento, quedando entonces expedita la vía procesal del proceso por alimentos»⁹¹¹.

Además, el Tribunal Supremo, en la paradigmática resolución ya mencionada, señala que nos hallamos, en el marco de la tutela judicial efectiva a la que todas las personas tienen derecho (art. 24.1 Const.), ante un supuesto de interés legítimo. En esta línea, no nos resistimos a reproducir las palabras del Alto Tribunal: «Del art. 93.2 Ccivil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2.º Ccivil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran » [FJ 2.º]⁹¹².

A continuación, pretendemos analizar qué es lo sucede ante una situación semejante a la expuesta en el ámbito del proceso penal. En concreto, nos referimos al punto de inflexión que representa la edad de 18 años –dejamos de lado situaciones en que el sujeto pasivo del

910 Por otro lado, recientemente se ha señalado que el descendiente mayor de edad y carente de recursos propios que además convive con uno de los progenitores puede, dando por supuesto que tiene capacidad procesal, intervenir en el correspondiente juicio civil de forma adhesiva o coadyuvante. Véase, al respecto, la SAP Santa Cruz de Tenerife n.º 53/2008 (Sección 1.ª), de 4 de febrero (JUR 2008\183953) [FJ 2.º].

911 Fundamento Jurídico IV del escrito del Fiscal.

912 La doctrina sentada en la STS n.º 411/2000 (Sala de lo Civil), de 24 de abril (RJ 2000\3378), ha sido posteriormente utilizada en múltiples resoluciones judiciales. Como botón de muestra, pueden consultarse las siguientes: SAP Santa Cruz de Tenerife n.º 53/2008 (Sección 1.ª), de 4 de febrero (JUR 2008\183953) [FJ 2.º]; SAP Madrid n.º 755/2005 (Sección 22.ª), de 18 de noviembre (JUR 2006\35250) [FJ 5.º]; SAP Pontevedra n.º 448/2005 (Sección 1.ª), de 16 de septiembre (JUR 2006\21729) [FJ 3.º].

delito es incapaz o persona desvalida— con respecto a la perseguibilidad por un hecho con cabida en el artículo 227 del Código Penal. A tal efecto, recordemos que en los supuestos de abandono de familia el artículo 228 del texto penal exige la previa denuncia de la persona agraviada.

3.2. Soluciones jurisprudenciales contrapuestas en sede penal

Existen dos corrientes jurisprudenciales de signo contrario en relación con los casos en que uno de los progenitores presenta denuncia contra el otro por el incumplimiento de la pensión de alimentos a favor del hijo común. El supuesto repetido en la jurisprudencia menor es el siguiente: la reclamación de las cantidades, decretadas tras el correspondiente proceso matrimonial y que han resultado insatisfechas, afecta a varios beneficiarios.

Con frecuencia, lo anterior se produce concurriendo alguna de las siguientes situaciones. En primer lugar, ciertas cantidades resultarán exigibles como consecuencia del incumplimiento de la pensión compensatoria, cuyo beneficiario es el (ex) cónyuge, mientras que otras deudas derivarán de la falta de cumplimiento de la pensión de alimentos acordada a favor del descendiente común. Pero, en segundo término, también podría plantearse el caso en que existen varios hijos comunes con derecho al cobro de la pensión alimenticia.

En cualquiera de las dos situaciones contempladas —tanto por un impago de las cantidades correspondientes a la pensión compensatoria, como en lo referido a la pensión de alimentos—, el progenitor que convive con el descendiente presenta denuncia por incumplimiento de la resolución judicial que ha puesto fin al proceso civil matrimonial. Como claves que explican detalladamente el problema, pueden ser destacadas las siguientes:

- a. Entre las características repetidas en la jurisprudencia se halla la de que el beneficiario de la pensión de alimentos es ya mayor de edad en el momento de la incoación del proceso penal por un delito de impago de pensiones. En atención a dicha cuestión, cabe distinguir dos supuestos, pues, por un lado, el descendiente beneficiario de la pensión de alimentos podía ser menor de edad cuando se produjeron los impagos; pero, por otro, el descendiente con derecho a la pensión de alimentos podía tener, ya en el momento en que se dejaron de pagar las cantidades debidas en concepto de alimentos, los 18 años cumplidos.
- b. Además, el descendiente que vive con el ascendiente-denunciante carece de independencia económica, no por voluntad propia, sino que habitualmente ello vendrá motivado por sus estudios⁹¹³.
- c. La perseguibilidad prevista para los delitos de abandono de familia, dentro de los cuales se sitúa el impago de pensiones, queda establecida en el artículo 228 del Código Penal. Dicho precepto exige para los tipos previstos en el artículo 227 —y también en el artículo 226— de la norma penal la «previa denuncia de la persona agraviada o de su

913 Véase a modo de ejemplo la SAP Santa Cruz de Tenerife n.º 5/2003 (Sección 1.ª) de 13 de enero (JUR 2003\114269) [FJ 2.º], donde se señala que, dado el desinterés manifiesto de los descendientes mayores de edad de incorporarse al mercado laboral, no procede el mantenimiento de la citada pensión alimenticia.

representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

3.2.1. La tesis partidaria de la identidad de soluciones en el ámbito civil y en la esfera penal

Una vez expuestas las coordenadas concurrentes, procederemos a analizar la línea jurisprudencial que considera suficiente la denuncia del progenitor que convive con el descendiente al objeto de enervar el requisito procesal exigido en estos casos. Las razones alegadas a la hora de justificar la suficiencia de la denuncia presentada por el progenitor conviviente para reclamar el pago de pensiones de alimentos del descendiente, que en el momento de la presentación de la denuncia era mayor de edad, parten de entender a dicho progenitor como persona agraviada (art. 228 CP). Se produce de esta manera una interpretación amplia de tal término⁹¹⁴ y se señala que en el mismo queda incluida la figura del perjudicado, esto es, el progenitor-denunciante, por cuanto que el cobro de las pensiones de alimentos se produce en su cuenta bancaria y, además, las consecuencias derivadas del impago le afectarán⁹¹⁵.

Como se observa, la solución que postula este sector jurisprudencial resulta semejante a la que se alcanza en los procesos civiles de Derecho de familia. Y es que en dicho orden jurisdiccional el progenitor conviviente ostenta la legitimación exigida para reclamar del otro progenitor unas cantidades a favor de los hijos comunes mayores de edad⁹¹⁶. Téngase en cuenta, además, que la tendencia jurisprudencial de los tribunales civiles ya comentada se aplica a la acción civil *ex delicto*⁹¹⁷.

914 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 605, se muestra favorable al entendimiento amplio del término agraviado, para evitar «la impunidad del impago de pensiones debidas a mayores de dieciocho años, puesto que el progenitor que carga con los gastos que quedan al descubierto no tiene legitimación activa y quien la tiene —el hijo— difícilmente denunciará al padre que incumple».

915 Emplean esta línea argumentativa, entre otras, las SAP Barcelona n.º 515/2005 (Sección 8.ª), de 29 de abril (JUR 2005\171498) [FJ 2.º], donde se señala que «aunque el origen de la pensión se halle en la provisión de alimentos a los hijos comunes, la misma había de materializarse mediante su entrega e ingreso en cuenta propia de la madre. Ésta es pues la única persona que puede estimarse agraviada por el incumplimiento de tal obligación, al menos a los fines de realizar el requisito de procedibilidad y persecución del delito nacido de tal incumplimiento, por lo que constando la denuncia efectiva de dicha agraviada, habrá de tenerse por satisfecho el requisito formal invocado en el recurso, debiendo alcanzar la obligación civil declarada exigible también a los importes correspondientes al hijo del acusado, independientemente de que el mismo hubiere alcanzado la mayoría de edad, pues ello no libera a los padres de la obligación de alimentos sobre ellos, a menos que conste su autonomía de subsistencia, extremo éste que no le consta al proceso y que en todo caso habrá de cuestionar el padre obligado en el correspondiente proceso de familia, al que no consta haya acudido a sostener lo que ahora pretende introducir en este inadecuado orden jurisdiccional».

916 SAP Albacete n.º 48/2004 (Sección 1.ª), de 19 de mayo (ARP 2004\428) [FJ 2.º], donde se señala que «no es cierto que la acreedora de la pensión fuera la hija del matrimonio, y ello aun después de alcanzar la mayoría de edad».

917 A modo de ejemplo, véase la SAP Pontevedra n.º 58/2000 (Sección 3.ª), de 6 de noviembre (JUR 2001\60690) [FJ 2.º].

En otras resoluciones se señala que, a efectos de la perseguibilidad, la edad del descendiente a cuyo favor se ha establecido la pensión de alimentos, es la que tenía en el momento en que se produjo el impago de las cantidades fijadas en tal concepto, resultando por ello indiferente que en el proceso dicho sujeto sea ya mayor de edad⁹¹⁸.

3.2.2. La posición jurisprudencial mayoritaria: La diversidad de soluciones aplicables al ámbito del proceso civil matrimonial y al terreno penal

La línea jurisprudencial mayoritaria, en cambio, sostiene que a tal efecto el único agraviado o titular del bien jurídico atacado es el descendiente mayor de edad en el momento de la denuncia. Lo anterior se basa en que, si bien el progenitor que vive con el hijo mayor de edad sigue siendo receptor o administrador de la pensión de alimentos, el mismo no puede ser considerado como agraviado –ya que sólo cabe reputar como beneficiarios reales a los hijos– ni tiene la representación legal de dichos hijos mayores de edad (*ex art. 322 Ccivil*). Ello sucederá aunque dichos descendientes sigan en el mismo domicilio que su progenitor y resulten dependientes económicamente del mismo⁹¹⁹. La condición que ostenta dicho progenitor será, pues, la de perjudicado⁹²⁰, no la de titular del bien protegido por la norma penal.

Lo señalado en el párrafo anterior traerá la consecuencia siguiente: no cabe extrapolar al proceso penal la teoría de la jurisprudencia civil anteriormente apuntada con respecto a la facultad del progenitor conviviente para con la reclamación del pago de pensiones del descendiente mayor de edad o emancipado que carezca de ingresos propios y que conviva en el domicilio familiar. Y es que el artículo 228 del Código Penal es claro al exigir denuncia de la persona agraviada en los casos de víctima mayor de edad, capaz y no desvalida⁹²¹.

918 Así, la SAP Castellón n.º 52/2003 (Sección 3.ª), de 20 de febrero (ARP 2003\297) [FJ 2.º].

919 Entre las resoluciones que recogen dicha tesis, cabe destacar las siguientes: SAP Valencia n.º 616/2002 (Sección 2.ª), de 4 de diciembre (JUR 2003\43144) [FJ 2.º]; SAP Asturias n.º 265/2003 (Sección 2.ª), de 23 de octubre (JUR 2003\271815) [FJ 2.º]; SAP Alicante n.º 473/2003 (Sección 3.ª), de 25 de noviembre (JUR 2004\89266) [FJ 1.º]; SAP Valencia n.º 47/2004 (Sección 2.ª), de 9 febrero (JUR 2004\163998) [FJ 2.º]; SAP Barcelona n.º 949/2004 (Sección 10.ª), de 14 de octubre (JUR 2004\303356) [FJ 1.º]; SAP Castellón n.º 23/2005 (Sección 1.ª), de 27 de enero (JUR 2005\63127) [FJ 1.º y 2.º]; SAP Barcelona n.º 271/2005 (Sección 5.ª), de 8 de marzo (JUR 2005\125790) [FJ 7.º]; SAP Girona n.º 456/2005 (Sección 3.ª), de 2 de mayo (JUR 2005\183320) [FJ 1.º]; SAP Córdoba n.º 146/2005 (Sección 3.ª), de 11 de julio (JUR 2005\237960) [FJ 2.º]; SAP Lugo n.º 337/2006 (Sección 1.ª), de 8 de noviembre (JUR 2007\140118) [FJ 2.º].

920 Como botón de muestra, véase la SAP Lugo n.º 337/2006 (Sección 1.ª), de 8 de noviembre (JUR 2007\140118) [FJ 2.º].

921 Resultan de interés las reflexiones efectuadas en la SAP Córdoba n.º 146/2005 (Sección 3.ª), de 11 de julio (JUR 2005\237960) [FJ 2.º], que reproducimos a continuación: «no es de recibo (...) confundir toda la teoría jurisprudencial de la legitimación por sustitución arbitrada en torno al art. 93 del Ccivil –en virtud de la cual, cualquiera de los padres podrá pedir directamente frente al otro alimentos a favor del hijo mayor de edad que conviva con el reclamante, en una especie de lógica economía procesal– con ese ineludible requisito procesal de la denuncia, (...). Y es que los ámbitos en que se desenvuelven la petición civil de alimentos de la madre para la hija mayor conviviente y la denuncia a efectos de perseguibilidad (...) en el ámbito penal, son diametralmente diferentes, debiéndose afrontar este último desde las restricciones que imponen los principios más rigurosos del derecho penal como el de la *ultima ratio* y el de la intervención mínima, y especialmente, el de la interpretación restrictiva de la ley penal, en este caso del susodicho artículo 228, en el que el

En cuanto a la acción civil *ex delicto* por las prestaciones debidas como alimentos al descendiente mayor de edad en el momento de la denuncia, cuando no se haya producido la denuncia de éste ni se haya subsanado dicho requisito procesal, no podrán ser exigidas, pues el artículo 227.3 del Código Penal dispone que la «reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas». Y es que la mencionada reparación del daño queda referida, en todo caso, a las cantidades reclamadas en el correspondiente proceso penal, siempre que se haya respetado el resto de requisitos materiales y procesales previstos legalmente –y en esta última categoría habrán de ser incluidos los preceptos relativos a la perseguibilidad–⁹²².

3.2.3. Opinión personal

Entendemos que la doctrina jurisprudencial favorable a la validez de la denuncia del progenitor conviviente con el descendiente tiene un trasfondo loable, cual es la voluntad de impedir que esos hechos queden impunes. Ello sucede sobre todo en supuestos en que el incumplimiento de la resolución civil se extiende a varias pensiones, como puede ser la compensatoria –cuyo beneficiario es el (ex) cónyuge– y la de alimentos a favor del descendiente común; o también en casos en que existen varios hijos con derecho a una pensión de alimentos.

Además, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, cabe exigir en la vía penal el pago de las cuantías adeudadas. Consideramos que éste constituye el verdadero problema al que se enfrentan los órganos sentenciadores, seguramente más que la propia imposición de una pena. Y es que para computar las cantidades insatisfechas como responsabilidad civil *ex delicto* (al haber superado el impago el listón de dos meses consecutivos o cuatro interrumpidos) será necesario que tales importes sirvan de fundamento a la correspondiente acción penal.

Ahora bien, tras exponer algunas de las causas que pueden haber motivado un posicionamiento como el mantenido por la corriente jurisprudencial comentada en primer lugar, e incluso considerando que a dichos decisores les ha podido mover un ideal de Justicia, entendemos que no existen razones que justifiquen la acepción amplia del término «persona agraviada» para estos supuestos de infracciones semipúblicas, y no en cambio para el resto de casos en que tal expresión queda restringida exclusivamente a la víctima o titular del bien jurídico. Además, el hecho de que el mayor de edad conviva con uno de sus progenitores y dependa de éste económicamente no le hace merecedor de la categoría «persona desvalida».

Por otro lado, a efectos de la edad de la víctima, como parámetro que distingue los diversos regímenes existentes en materia de perseguibilidad en el marco de los artículos 226 y 227 del Código Penal, se ha de tener en cuenta el momento de la presentación de la denuncia y no el de la comisión de los hechos. En tal sentido, resultará indiferente que el

concepto de agraviado ha de ser predicable en este caso, sólo de la hija, beneficiaria a la postre de la pensión alimenticia, que no llegó a denunciar los hechos, y no de la madre, que formalmente puso la denuncia».

922 Véanse, como botón de muestra, las SAP Asturias n.º 265/2003 (Sección 2.ª), de 23 de octubre (JUR 2003\271815) [FJ 2.ª]; SAP Valencia n.º 616/2002 (Sección 2.ª), de 4 de diciembre (JUR 2003\43144) [FJ 2.ª].

beneficiario de la pensión de alimentos fuera menor o mayor de edad cuando se produjo el impago, pues el dato significativo en cualquiera de las dos situaciones será el de los años que tenía al incoarse el proceso penal mediante la remoción del escollo existente.

Cuestión distinta a la anterior será la que se plantea cuando a lo largo del proceso penal el beneficiario de la pensión de alimentos alcanza la mayoría de edad. El momento relevante para fijar el régimen aplicable es, insistimos, el de la denuncia. Por ello, en un caso en que concurren semejantes características se entenderá que la remoción de la condición prevista mediante denuncia de su progenitor como representante legal del menor habrá sido ajustada a lo dispuesto en el artículo 228 del Código Penal, sin que sea precisa ni convalidación ni presentación de nueva denuncia por parte del descendiente mayor de edad⁹²³.

Como conclusión, hemos de destacar que la denuncia del progenitor por incumplimiento de la pensión de alimentos cuyo beneficiario es el descendiente mayor de edad, que carece de medios económicos propios y que convive con el padre o madre denunciante, constituye un mecanismo insuficiente al objeto de remover el escollo exigido por el legislador penal en la esfera de la perseguibilidad.

A fin de evitar situaciones como las comentadas, cabría exigir del órgano competente para conocer de la fase de instrucción una especial diligencia y esmero a la hora de distinguir los diversos tipos de prestaciones insatisfechas y los sujetos víctima de las mismas, y no limitarse a la comprobación de que concurre el número mínimo de impagos necesarios para reputar dichos hechos constitutivos de un delito de abandono económico de familia (dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos), pues en caso de percibir tal defecto en los momentos iniciales cabría comunicárselo al denunciante para su posible subsanación.

4. Los delitos contra los derechos y deberes familiares, y la competencia del juez de violencia sobre la mujer

Las competencias penales del juez de violencia sobre la mujer quedan fijadas en el apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su letra b) señala lo siguiente: «De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior». En nuestro caso, dentro del rótulo «De los delitos contra los derechos y deberes familiares» (capítulo III del título XII del libro II) nos interesa la sección 2.ª, pues es ahí donde se recogen los dos preceptos (arts. 226 y 227 CP) que presentan peculiaridades en su perseguibilidad. En concreto, de los dos artículos citados, el debate se ha planteado, sobre todo, en relación con el delito de impago de pensiones, dado que esta infracción penal concita dos características.

En primer lugar, el artículo 227 del Código Penal incluye entre sus supuestos el de que la víctima sea una mujer con las características personales que exige la Ley Orgánica 1/2004 (lo cual se cumple, por ejemplo, en relación con la pensión compensatoria). La cuestión apuntada reviste especial singularidad, pues la competencia del juez de violencia sobre

923 Véase SAP Valladolid n.º 179/2002 (Sección 2.ª), de 14 de marzo (JUR 2002\139860) [FJ 3.º].

la mujer en aquellos casos en que la víctima entre en la categoría de menor de edad, incapaz o descendiente queda anudada a que «también se haya producido un acto de violencia de género», concepto éste que plantea dificultades interpretativas⁹²⁴. Sin embargo, cuando dicho acto se haya cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, quedará la fase de investigación por una infracción penal grave incardinada en el ámbito competencial del juez de violencia. Si, además, vinculamos lo anterior con el análisis de los supuestos previstos en el artículo 226 del Código Penal que tienen como víctima una persona que no es ni menor de edad ni incapaz y que quedan incluidos en la órbita de la competencia del juez de violencia sobre la mujer, el único caso encontrado es el de la esposa necesitada por requerir de la asistencia legalmente establecida para el sustento. Lo apuntado significará que también aquí el juez de violencia sobre la mujer podría conocer de esos hechos. Un sector doctrinal⁹²⁵ ha defendido que tales supuestos de víctima mujer necesitada quedarán incluidos en la categoría de «persona desvalida». Este encuadre resulta relevante en el ámbito de la perseguibilidad, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 228 del Código Penal, la denuncia del Ministerio Fiscal servirá para incoar el correspondiente proceso penal, lo que producirá la relajación de los requisitos —en este caso, subjetivos— exigidos⁹²⁶.

En segundo lugar, el artículo 227 del texto penal plantea sin ambages la cuestión relativa a si el maltrato económico constituye una vertiente, por sí misma, de la violencia de género. Y es que no está claro sobre quién recaerá la competencia para conocer de la investigación por un eventual delito de impago de pensiones al haberse manejado dos posibilidades. Así, se ha barajado atribuir el conocimiento de la investigación al órgano unipersonal creado mediante la Ley Orgánica 1/2004 o al juez de instrucción. Ello se debe, en gran medida, a la cláusula «cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior», pues no queda claro si dicha remisión lo es a los solos efectos de concretar el elemento subjetivo necesario a fin de que el juez de violencia sobre la mujer devenga competente («contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género»); o si, por el contrario, además de que la víctima reúna las características previstas en la letra a) del artículo 87ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta preceptivo que, junto con el delito del artículo 227 del Código Penal, se haya cometido un hecho delictivo de los previstos en dicha letra a), que tienen como

924 Destacamos algunas de estas dificultades hermenéuticas en nuestro trabajo «El elemento personal en la determinación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer: Especial consideración al menor como víctima incluida en la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género», cit., pp. 45-58.

925 GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., p. 24, quien entiende que en estos casos se debe permitir la intervención pública.

926 Para un análisis del binomio perseguibilidad y competencia del juez de violencia sobre la mujer, puede consultarse LIBANO BERISTAIN, «La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil», cit., pp. 283-286.

rasgo característico –y que los separa de los incluidos en la letra b) del mismo precepto– la violencia o intimidación⁹²⁷.

Somos partidarios de la primera de las opciones expuestas, interpretación más ajustada a la letra de la Ley⁹²⁸. Y es que, en nuestra opinión, un entendimiento como el apuntado en segundo lugar, que vincula la competencia del juez de violencia sobre la mujer en los casos previstos en la letra b) citada a la existencia de algún episodio violento, necesitaría de reforma legal.

VII. EL DELITO IMPRUDENTE DE DAÑOS

La perseguibilidad a instancia de parte adquiere especial relevancia en el tipo penal previsto en el artículo 267 del Código Penal. Ello se debe a que las características establecidas afectan no sólo al ámbito del inicio, sino también a la finalización del proceso penal a través del perdón. Nos hallamos, pues, según la terminología acuñada por un sector doctrinal, ante un delito semiprivado⁹²⁹.

1. Incoación del proceso: denuncia

En concreto, el artículo 267.II del Código Penal dispone lo siguiente: «Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida». De lo anterior se desprende la exigencia de denuncia en tres supuestos –sin que en tales casos podamos, *a fortiori*, olvidarnos del instrumento de la querella–. Los mismos se distinguen entre

927 Criterio mantenido en el Documento 73 *criterios adoptados por magistrados de audiencias provinciales con competencias exclusivas en violencia de género*, Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial para magistrados pertenecientes a secciones especializadas en violencia de género, Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, cuestión 4.ª del día 30 de noviembre; AAP Jaén n.º 21/2006 (Sección 3.ª), de 16 de febrero; PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en Revista «La Ley», n.º 6273, 13 de junio de 2005, ref.ª D-140, p. 1832; MARTÍNEZ GARCÍA, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 124, 125. Tal parece ser, asimismo, la posición mantenida por JIMENO BULNES, «Violencia de género: Aspectos orgánicos y competencias», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género* (dir. de Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 319.

928 CUBILLO LÓPEZ, «Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia», en *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 136, 137; LUACES GUTIÉRREZ, «Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género* (dir. de Hoyos Sancho), cit., p. 374; LIBANO BERISTAIN, «El elemento personal en la determinación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer: Especial consideración al menor como víctima incluida en la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género», cit., p. 52.

929 Al respecto, puede consultarse el capítulo III apartado I epígrafe 2.2.2.

sí según la condición que reúna la víctima del correspondiente proceso penal por daños imprudentes.

1.1. La denuncia de la persona agraviada

1.1.1. El concepto de «persona agraviada» en el delito de daños

En primer lugar, se ha de esclarecer quién reúne la condición de persona agraviada o sujeto pasivo del tipo previsto en el artículo 267.I del Código Penal. El análisis del bien jurídico protegido en las infracciones de daños –la propiedad– influirá en esta cuestión, puesto que únicamente quedará incluida en la categoría de víctima de un delito de tales características la persona propietaria de la cosa dañada⁹³⁰. En consecuencia, sólo podrá remover la exigencia prevista en el artículo 267.II del Código Penal el dueño del bien deteriorado.

Sin embargo, como indicábamos en el capítulo anterior⁹³¹, los daños constitutivos del delito recogido en el artículo 267.I de la norma penal, pueden, a su vez, haber causado, desde la óptica civil, ciertos daños y perjuicios que deberán ser reparados (*ex art. 109.1 CP*). Esta reparación a la que se tiene derecho se extiende a un conjunto de sujetos más amplio que al propietario de la cosa (dañada). Y es que el menoscabo que ha sufrido un bien tras la comisión de un hecho con cabida en el artículo 267 del Código Penal afecta, asimismo, al poseedor no propietario de aquél. Estos sujetos no titulares del bien jurídico protegido en el artículo 267 podrán constituirse como actores civiles en el oportuno proceso penal. Dicha acción comprenderá, según el artículo 110 del Código Penal, la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y, en su caso, la indemnización por los perjuicios materiales y morales sufridos. Lógicamente también podrá ejercitar, en su caso, la acción civil *ex delicto* –tras la remoción del correspondiente escollo existente en el ámbito de la perseguibilidad– el propietario del bien dañado.

En conclusión, no cabe afirmar que únicamente en el dueño de la cosa dañada confluyen el ejercicio de la acción penal por un delito de daños imprudentes y el de la acción civil derivada de delito, constituyéndose así en parte acusadora y en actor de la pretensión civil. Ello se debe a que el sistema procesal penal español permite mostrarse como acusación no sólo a la propia víctima, sino también al Ministerio Fiscal e, incluso, a un tercero. En cambio, el monopolio que ostenta el propietario del bien dañado cuando se trata de una persona mayor de edad, capaz y no desvalida es el de la decisión sobre la apertura –o no– de la instrucción, dada la existencia de la condición de perseguibilidad que venimos comentando⁹³².

930 Así, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), cit., pp. 919, 940.

931 Concretamente, en el capítulo II apartado VI.

932 Recordemos el contenido del artículo 267.II del Código Penal, cuando señala que las «infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada (...)».

1.1.2. La posición activa en los procesos penales de daños imprudentes

Lo anterior, sin embargo, precisa de alguna matización, dado que en los procesos penales perseguibles a instancia de parte la denuncia inicial de la persona facultada para ello y, eventualmente, su posterior acusación marcarán, en cierta medida, la senda que recorrerá el proceso y su pronunciamiento final. Además, en las infracciones perseguibles a instancia de parte que no entran en la categoría de privadas se subraya como en ninguna otra la diferencia existente en punto a la facultad para incoar el proceso penal y la adquisición de la cualidad de parte acusadora.

Asimismo, el ámbito de los daños presenta una singularidad con respecto a otras infracciones penales. Y es que en estos casos resulta habitual la existencia de una amalgama de partes procesales ejercitando la acción penal y la civil derivada de delito. En relación con lo anterior, debe traerse a colación la Disposición Adicional Tercera del Código Penal de 1995, que reproduce casi literalmente la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 3/1989⁹³³. La misma establece lo siguiente: «Cuando, mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen».

En primer lugar, situemos el ámbito al que afecta la mencionada disposición. Así, se ha de destacar que las dos infracciones a las que se refiere (arts. 267 y 621 CP) incluyen comportamientos en los que no existe conciencia y voluntad, es decir, dolo como elemento subjetivo del tipo pero concurre una infracción de la norma objetiva de cuidado. En definitiva, nos hallamos ante modalidades penales imprudentes. Además, en ambos casos se trata de infracciones, en principio, no perseguibles de oficio: el delito de daños imprudentes (art. 267 CP) y los distintos supuestos de faltas imprudentes contra las personas previstas en el artículo 621 del Código Penal. Y es que los dos artículos se refieren a la esfera de los daños (imprudentes): los corporales o personales, por un lado; y, los materiales o deterioros sufridos en las cosas, por otro.

El precepto mencionado del libro III del Código Penal en su apartado 6 establece que las «infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal», lo que plantea algunas cuestiones de interés cuando se aplica a la falta de homicidio por imprudencia leve (art. 621.2 CP). Ello se debe a que aquí resulta imposible que la víctima o persona agraviada pueda dar luz verde al proceso penal a través de denuncia o de cualquier otro instrumento. En consecuencia, en los casos de homicidio, los perjudicados por el hecho, esto es, los que sufren las consecuencias económicas derivadas de dicha muerte podrán presentar la correspondiente denuncia y, si se constituyen en parte acusadora, quedarán convertidos en acusación particular, sin

933 La única variación existente ha sido la sustitución de la coetilla final de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 3/1989 «aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio», por la expresión «cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen» empleada en la Disposición Adicional Tercera del Código Penal de 1995.

prestar fianza (art. 281.2.º LECr.). La categoría de la acusación particular queda en principio reservada para la víctima del hecho, pero en esta ocasión la misma queda modulada por las propias características del tipo de homicidio (consumado).

El anterior constituye uno de los motivos que explica la utilización del término perjudicado⁹³⁴ al comienzo de la Disposición Adicional Tercera^{935 936}; y es que recuérdese que hemos descartado que el perjudicado pueda remover el escollo inicial exigido en las infracciones perseguibles a instancia de parte. A su vez, también se explicaría así la utilización indistinta de los términos «denuncia o reclamación». Y es que, entre las diversas posibilidades de incoación del proceso penal no encontramos referencia alguna a la reclamación. Lo anterior se exacerba aún más, si cabe, en las infracciones perseguibles a instancia de parte, pues en éstas se produce una reducción en las categorías de los sujetos facultados para incoar el proceso.

Quizá la opción por el término «reclamación» que efectúa el texto venga motivada por tratarse de una referencia que afecta no al ámbito de la acción penal, sino a la acción civil derivada de delito. Sin embargo, como acabamos de apuntar, tal interpretación no es posible, pues únicamente puede poner válidamente en marcha el proceso penal por infracción penal no pública el titular del bien jurídico lesionado, con la excepción prevista en el ámbito de la falta de homicidio imprudente leve. En consecuencia, la reclamación civil de los daños y perjuicios no remueve el obstáculo procesal exigido en los artículos 267 y 621 del Código Penal. Otra justificación podría buscarse en considerar que el término «reclamación» se ha empleado a modo de sinónimo de denuncia, lo cual resultaba a todas luces innecesario y perturbador, ya que esta última institución procesal no precisa de aclaraciones tales. En conclusión, una explicación semejante debe ser descartada.

Los casos a los que se refiere la Disposición Adicional 3.ª del Código Penal aluden a supuestos (por ejemplo, accidentes de tráfico) en donde confluyen daños –corporales o/y materiales– imprudentes que afectan a varias personas. En relación con estos últimos, hemos de recordar que el Código Penal fija un umbral mínimo a la hora de incluir los daños imprudentes materiales en el tipo penal previsto en el artículo 267. Sin embargo, para conformar la viabilidad de la acción civil derivada de delito no se exige que los daños y perjuicios alcancen dicha cantidad de 80.000 euros. De ahí que la coletilla final de la mencionada disposición adicional señale «cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen», en alusión al ejercicio de la correspondiente acción civil.

934 «Cuando, mediando denuncia o reclamación del *perjudicado* (...)» [Cursiva añadida].

935 En relación con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 3/1989, la Instrucción 4/1989 de la Fiscalía General del Estado, de 12 de junio [Primero] perdió la oportunidad de explicar qué debía entenderse por perjudicado, al señalar con respecto a aquella únicamente lo siguiente: « (...) los señores Fiscales, en defensa de los derechos de los ciudadanos, deberán cuidar de que el derecho de comparecencia a «todos los implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados» (...) sea reconocido en el procedimiento, apoyando cualquier petición de comparecencia y adoptando en los eventuales recursos que puedan producirse una posición favorable al ejercicio de su derecho y a la petición de tutela judicial de quien se estime perjudicado por el hecho que dé origen al procedimiento penal –sea por delito sea por falta– en que la comparecencia se interese».

936 Asimismo, en este sentido, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), cit., p. 941.

La cuestión que se plantea en la Disposición Adicional Tercera del Código Penal es la de concretar quién podrá intervenir en el correspondiente procedimiento penal. Al hilo de lo anterior, entre las justificaciones que se han dado para explicar el sentido de la citada disposición, nos gustaría reproducir la siguiente⁹³⁷: «La razón de ser (...) parte de que los daños producidos como resultado de conductas constitutivas de imprudencias leves no alcanzan la categoría de infracción penal y por tanto sólo podrían ser reclamados ante la jurisdicción civil, por el contrario las imprudencias con resultados lesivos pueden encontrar su encaje en el tipo penal del art. 621 CP al que sí pueden acudir los lesionados con lo que se produce un distinto tratamiento para las lesiones y para los daños. Ello supondría que el perjudicado por meros daños materiales no pueda denunciar los hechos por la vía penal cuando tal vía está abierta para enjuiciar la misma conducta obligándolo a acudir a otro procedimiento, con lo que ello estaría afectando al principio de economía procesal; es precisamente por tal motivo por el que el legislador estableció dicha Disposición Adicional Tercera facultando al que sólo ha tenido daños materiales a incorporarse al procedimiento penal y ver satisfechas sus pretensiones resarcitorias».

No cabe duda de lo acertado de la tesis mantenida por la sentencia citada. Sin embargo, nos parece que el problema que subyace es de mayor calado y seguramente de más difícil solución. En este sentido, expondremos a continuación un caso de la jurisprudencia menor⁹³⁸, donde se plantea la cuestión que late en el fondo. Básicamente, el supuesto es el siguiente: tras un adelantamiento en el tráfico rodado de vehículos, se produce el vuelco y la salida de la calzada de los dos automóviles involucrados. Dicho accidente causa daños materiales y lesiones imprudentes. Los daños materiales no alcanzan la cantidad mínima necesaria para considerar el hecho constitutivo del delito previsto en el artículo 267 del Código Penal, por lo que el proceso gira en torno a las lesiones (imprudentes) ocasionadas constitutivas, en su caso, de una falta penal. En el supuesto comentado, sufren, en principio, lesiones tres personas. En la sentencia que resolvió la primera instancia quedaron probadas las lesiones alegadas por dos de ellas (una mujer y su hijo de corta edad que viajaban como acompañantes en uno de los vehículos colisionados –en adelante, coche A–). Sin embargo, en el tercer caso de daños personales planteado (la mujer que viajaba en el coche contrario –en adelante, coche B– y que tampoco conducía el mismo) no fue posible establecer una relación de causalidad entre el hecho del accidente de tráfico y las lesiones que padeció dicha señora por el tiempo transcurrido entre aquél y el informe médico presentado. En conclusión, la sentencia de primera instancia condena al conductor del automóvil A como autor de una falta de lesiones por imprudencia, con vehículo a motor y al pago de las responsabilidades civiles existentes. Sin embargo, se absuelve al conductor del vehículo B.

En lo que ahora nos interesa, presenta recurso de apelación el conductor del coche A y aduce que la sentencia de primera instancia infringe el artículo 621.3 del Código Penal, pues se le condena pese a que no se cumplen los requisitos de dicho precepto, esto es, pese a no haberse producido el resultado lesivo para las personas que dirigieron contra él acusación en el acto del juicio. Y es que, como señala el órgano que resolvió la impugnación, los letrados que pidieron la condena del conductor del coche A no defendían a ninguna perso-

937 Texto extraído de la SAP Murcia n.º 28/2002 (Sección 2.ª), de 19 de febrero (JUR 2002\115897) [FJ 2.º].

938 Se trata de la SAP Murcia n.º 8/2002 (Sección 1.ª), de 16 de enero (ARP 2002\187).

na que hubiese sufrido daños o lesiones suficientes para formular la denuncia inicial ni, por tanto, para plantear una acusación distinta a la de aquéllos. Concretamente, el conductor del vehículo B, no sufrió lesión alguna y los daños de su turismo fueron inferiores a la cantidad prevista en el artículo 267 de la norma penal. Respecto de la usuaria del coche B no se ha podido acreditar que las lesiones que padeció fueran consecuencia del siniestro y así se declaró en la sentencia impugnada, y la compañía de seguros del turismo B, en su calidad de responsable civil directo, ni siquiera sufrió perjuicio directo por el evento enjuiciado⁹³⁹.

Como señala la Audiencia Provincial de Murcia, «el problema surge porque en la clase de imprudencia objeto de las actuaciones el legislador exige, como condición de perseguibilidad, que la persona agraviada presente denuncia, sin embargo, paralelamente, posibilita que los terceros perjudicados que no reúnan aquella condición puedan personarse en la causa y reclamar los daños que la falta les haya ocasionado (disposición adicional tercera del Código Penal), es decir, distingue dos clases de acciones distintas, la penal del ofendido y la civil, de aquél y del resto de perjudicados que pueden mostrarse parte procesal merced a dicha autorización legal. El grado de vinculación de esta última con la primera determinará si los perjudicados no ofendidos pueden ejercitar la acción penal de forma independiente o, por el contrario, sus responsabilidades civiles se hallan subordinadas a los términos en que aquélla se haya configurado por las personas que se hallan legitimadas para hacerlo en su cualidad de denunciantes»⁹⁴⁰.

Se ha de concretar, pues, este punto, dado que la disposición adicional comentada no resulta indubitada. La misma establece que, una vez la víctima ha removido el impedimento existente para proceder, «todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen» «podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte». Lo anterior da pie a dos lecturas:

- a. En primer lugar, una interpretación posible es la que entiende que la cláusula no ha de ser interpretada en el sentido de que los perjudicados por el hecho aparentemente delictivo no puedan ejercitar la acción penal, sino que, por un lado, sólo el agraviado, víctima u ofendido podrá hacer desaparecer el impedimento para proceder; y, por el otro, tras la oportuna denuncia (o querella), las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido podrán ejercitar la correspondiente acción civil o, además, convertirse también en partes acusadoras.
- b. Sin embargo, cabe otro entendimiento de la cuestión. Se puede comprender así que la disposición permite la intervención de los perjudicados por el hecho delictivo. No obstante, se limita su participación a los hechos que incluía la denuncia inicial del agraviado y, en su caso, a lo sostenido en la posterior acusación particular de la víctima. En el supuesto planteado, el órgano que resuelve la apelación opta por esta segunda opción y limita por ello la intervención de los perjudicados. Se considera, además, que no se causa indefensión, dado que queda abierta la vía civil para la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

939 Se han reproducido, con alguna modificación, varios extractos de la SAP Murcia n.º 8/2002 (Sección 1.ª), de 16 de enero (ARP 2002\187) [FJ 1.º].

940 SAP Murcia n.º 8/2002 (Sección 1.ª), de 16 de enero (ARP 2002\187) [FJ 1.º].

1.1.3. El problema del cómputo del daño y la denuncia apta para abrir el proceso

El sistema de exigir una cuantía mínima⁹⁴¹ en el delito de daños imprudentes plantea problemas diversos. Uno de ellos ya ha sido abordado en el epígrafe anterior al referirnos a la cláusula «cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen» (Disposición Adicional Tercera *in fine* del Código Penal). Otra cuestión problemática es la relativa a que dicha pluralidad de partes en la posición activa se refiera a los titulares del bien jurídico protegido (la propiedad de las cosas dañadas). Esto significará que nos hallamos ante varios ofendidos, lo cual reviste cierto interés por la propia configuración del tipo y su condición de infracción perseguible a instancia de parte. Al hilo de lo anterior, se plantean, con más intensidad que en otros ilícitos penales, algunas cuestiones relacionadas con los sujetos que pueden intervenir en la posición activa.

Sin embargo, antes de entrar en ello, se ha de precisar que nos hallamos ante una única infracción penal del artículo 267 del Código Penal, que no debe ser fraccionada aun cuando los bienes dañados pertenezcan a una o a varias personas. En concreto, nos referimos al siguiente supuesto, hartó frecuente en la práctica: La cantidad mínima marcada por dicho precepto (80.000 euros) sólo se obtiene de la suma de los daños —en el concepto penal restrictivo expuesto⁹⁴²— sufridos por varios agraviados. Se plantea en tales casos la cuestión relativa a cuándo se ha de entender eliminado el escollo inicial previsto en materia de perseguibilidad en el artículo 267.II de la norma penal. Al respecto, cabe pensar en varias posibilidades: a) La denuncia de cualquiera de ellos eliminará dicha exigencia, aun cuando los daños no alcancen la cantidad de 80.000 euros; b) Se exigirá la denuncia de tantas personas agraviadas como resulte necesario para alcanzar la cifra mínima marcada en el tipo, resultando indiferente que el resto proceda a formular la oportuna denuncia; y, c) Es preciso que concurra denuncia de todos los ofendidos del tipo previsto en el artículo 267 del Código Penal, también cuando el umbral mínimo de los 80.000 euros se superara con la delación de sólo alguno de ellos.

En nuestra opinión la opción correcta es la segunda, por cuanto que reúne los dos requisitos del artículo 267 del texto penal. Y es que, por un lado, se cumple con la exigencia de la denuncia del facultado; y, por otro, se superan los 80.000 euros⁹⁴³. Las otras dos hipótesis han de ser descartadas. La primera porque no cumple con el requisito de la cantidad mínima que prevé el tipo. En la tercera, por el contrario, se estaría exigiendo más requisitos que los que se deducen de la letra del artículo 267 del Código Penal.

941 Justifica dicha fórmula QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 761, cuando señala que «la utilización de cuantías es habitual en el derecho positivo, en el entendimiento de que de alguna manera se tiene que plasmar el principio de intervención mínima cuando se está ante bienes de valor material económico, y eso no supone que por debajo de las cuantías mínimas exigidas se declare falto de antijuricidad el ataque, sino simplemente se declara fuera de la necesidad de intervención penal por razones político-criminales y no por carencia de «injusticia»» [Cursiva en el original].

942 Descartamos la opción de que dicha cantidad se obtenga de la suma de los importes siguientes, aun cuando el acreedor de ambas variables fuera el propietario de la cosa dañada: a) el deterioro experimentado en el bien; y, b) el resarcimiento económico por la reparación de los perjuicios sufridos.

943 Llega a la misma conclusión, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 655.

1.2. La denuncia del representante legal

En los casos en que la víctima no goce de plena capacidad procesal, podrá su representante legal remover el escollo existente, en el ámbito de la perseguibilidad, para los daños imprudentes constitutivos de delito.

1.3. La denuncia del Ministerio Fiscal

Según lo dispuesto en el artículo 267.II del Código Penal, «el Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida». Nos hallamos ante una previsión que se repite en casi todas las infracciones perseguibles a instancia de parte. La misma supone una limitación al monopolio que ostenta en sede de incoación del proceso la víctima o su representante legal cuando ésta es menor de edad, incapaz o se trata de una persona desvalida. Como consecuencia de dicha denuncia de la Fiscalía, se producirá la incoación del correspondiente proceso penal. Y es que de no ser así, la participación del Fiscal dejaría de resultar de interés a efectos de la incoación del proceso, pues la investigación criminal ya estaría abierta.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha de fijar si tal intervención resulta subordinada o no a la decisión del representante legal, o de la propia víctima que entra en la categoría de persona desvalida. En nuestra opinión, el Ministerio Fiscal debería actuar sólo tras conocer las razones por las que la víctima o su representante no ha removido el escollo procesal previsto, esto es, de manera «escalonada»⁹⁴⁴.

2. El perdón como causa de conclusión del proceso penal

El último párrafo del artículo 267 del Código Penal establece lo siguiente: «En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código». El delito de daños imprudentes del artículo 267 ve limitada su esfera aplicativa con respecto a la situación legislativa anterior⁹⁴⁵. Ello deriva de dos circunstan-

944 En opinión de GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 566, la aceptación de la denuncia del Ministerio Fiscal «(...) sólo deberá considerarse procedente cuando la inacción del representante legal se estime perjudicial para los intereses de la persona agraviada». Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5.ª ed., cit., p. 603, entiende que la actuación de la fiscalía será subsidiaria.

945 Como ya hemos apuntado anteriormente, este recorte experimentado en el ámbito de los daños imprudentes se inició con la Ley Orgánica 3/1989. En este sentido, resulta de interés lo establecido en la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, de 1 de enero (epígrafe VII): «Con una mezcla de razones doctrinales y pragmáticas, la LO 3/89 ha incidido en el tratamiento penal de la imprudencia por una triple vía: la despenalización de un amplio sector de esas conductas (todas las que produzcan un resultado que sería constitutivo de falta y los daños en cuantía inferior a la del seguro obligatorio); la descriminalización de otro

cias: por una parte, por razón de la cuantía exigida (del límite previsto para el seguro obligatorio⁹⁴⁶ en el Código Penal anterior, se ha pasado a 80.000 euros); y, por otra, como consecuencia de la perseguibilidad de estas modalidades delictivas, al haberse ampliado las peculiaridades en este ámbito –aproximando así dichos ilícitos a los denominados delitos privados– también en lo relativo a la finalización del proceso penal⁹⁴⁷.

El artículo 267.III del Código Penal alude al artículo 130.4.º.II de la norma penal. Sin embargo, dicha referencia ha de entenderse efectuada al artículo 130.5.º.II⁹⁴⁸. En concreto, según el mencionado artículo 130.5.º del Código Penal la responsabilidad criminal se extinguirá: «Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de

grupo, que pasa a convertirse en contravenciones (todos los daños que sean constitutivos del delito causados por imprudencia simple con infracción de reglamentos) y la privatización de la persecución penal, al convertir otro gran sector en ilícitos penales sólo perseguibles a instancia del perjudicado. (...) Con la reforma (...) es de esperar se recuperen los criterios de primacía de la legalidad y la prevención general, *sancionando* en sus propios términos *los comportamientos culposos de mayor gravedad* que, por ser además *perseguibles con carácter público*, deben merecer la especial atención de los señores Fiscales» [Cursiva añadida].

946 Sobre los problemas que planteaba dicha norma en blanco, véase la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado (epígrafe VII apartado C). La conclusión a la que se llega en la mencionada circular es que tal límite se ha de entender referido al fijado para los daños materiales en el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que en aquel momento estaba cifrado en 2.200.000 pesetas.

947 En concreto, la situación existente con anterioridad a 1995 se recogía en el artículo 563 en relación con el artículo 565 del Código Penal. Concretamente, el artículo 563 del texto penal derogado decía así: «Los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe exceda de 30.000 pesetas, serán castigados con la pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas.

Cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación el artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio. Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado y, en su defecto, de sus herederos o representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuese de todo punto desvalida» [Cursiva añadida]. Por su parte, el artículo 565 del Código Penal anterior establecía lo siguiente: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421.2.º, a consecuencia de impericia o de negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad.

Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo, no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61». Como se observa, el artículo 563 del Código Penal derogado configuraba una infracción perseguible a instancia de parte con peculiaridades sólo en el inicio procesal.

948 Téngase en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 el artículo 130 rezaba así: «La responsabilidad criminal se extingue: 4.º Por el indulto».

aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz».

De la lectura de ambos preceptos se observa que el artículo 267.III del Código Penal amplía el marco de operatividad del perdón establecido con carácter general en el artículo 130.5.º del texto penal⁹⁴⁹. Ello se debe a que en el delito imprudente de daños, a voluntad de la víctima o de su representante legal, se «extingue la pena o la acción penal». En cambio, según el artículo del libro I del Código Penal mencionado, dicho perdón ha de otorgarse con anterioridad al momento de dictar sentencia («antes de que se haya dictado sentencia», dice el art. 130.5.º.I CP). Más adelante⁹⁵⁰, aludiremos a la solución que debería darse a esta disonancia repetida a lo largo de la ley penal en diversas infracciones perseguibles a instancia de parte. Aun así, conviene ya poner de relieve que técnicas legislativas como la comentada –con remisiones (incorrectas, incluso) a otros preceptos– no merecen nuestro aplauso y deberían ser erradicadas, sobre todo, en un campo tan sensible como el de la extensión del perdón penal.

La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado el párrafo tercero del artículo 267 del Código Penal, y subsana así los dos errores apuntados –la referencia es al artículo 130.1.5.º y el perdón sólo extingue la acción penal–. A partir del 23 de diciembre de 2010, la redacción del mismo será la siguiente: «En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

3. La despenalización de la falta por daños imprudentes

Como adelantábamos⁹⁵¹, las infracciones de daños culposos han sufrido una importante transformación en el Código Penal de 1995. En concreto, el libro III del texto penal vigente únicamente ha dejado como infracción leve –perseguible, además, de oficio– la de daños dolosos en cuantía no superior a 400 euros (art. 625 CP). Ello significa que la norma penal actual ha continuado por la senda iniciada con la Ley Orgánica 3/1989⁹⁵² hacia la des-

949 De la misma opinión se muestra QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 761.

950 Concretamente, en el capítulo IV apartado IX epígrafe 3.

951 Así, en el capítulo II apartado VI epígrafe 1.

952 Reproducimos por su interés este extracto de la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal: «Los artículos 597 y 600 abordan el problema de las faltas de daños, que por sí solas integran en la actualidad el exponente más claro de infracción del principio de intervención mínima, posibilitando el recurso al Derecho Penal para resolver un elevadísimo número de cuestiones de escasa entidad económica. Los artículos citados deben concordar, a su vez, con los correspondientes a los delitos de daños, integrando en conjunto una única figura penal. Nuestro actual sistema legal ofrece, en suma, un espectro punitivo de los daños que va desde la falta culposa de daños en las cosas previsto en el art. 600 hasta las modalidades dolosas previstas en el capítulo IX del título XIII del libro II. La gradación de la gravedad de los ataques punibles en esta

penalización de los daños imprudentes y no ha recogido una falta similar a la contenida en el artículo 600 del Código Penal anterior⁹⁵³, donde se consideraba suficiente la mera existencia de imprudencia simple y el único requisito cuantitativo era que los daños superaran la cuantía del seguro obligatorio. Además, dicha tendencia quedaba aún más reforzada si cabe, como la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 reconocía, al convertir dicha infracción penal en perseguible a instancia de parte.

Por otro lado, no podemos ignorar que, seguramente, el ámbito que más preocupaba en materia de daños imprudentes era el de los procesos penales relativos a accidentes de tráfico sin lesiones personales⁹⁵⁴. Al respecto, se debe destacar que gran parte de los procesos penales por falta basados en el tipo previsto artículo 600 del texto penal anterior entraban en aquella categoría.

4. Reflexiones finales

El delito de daños imprudentes constituye un ejemplo de infracción –apreciación ésta también extensible a los tipos de abandono de familia– en donde se cuestiona con especial intensidad el carácter de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho penal. Sin embargo, la configuración del delito del artículo 267 del Código Penal con particularidades tanto al inicio

materia pone pues de manifiesto que la intervención del Derecho Penal comienza prácticamente a la vez que la culpa extracontractual, cuya reclamación puede fundarse en el art. 1902 del Código Civil, precepto que de hecho contempla, entre otras, las mismas situaciones que son submisibles en el Código Penal como faltas culposas de daños a tenor del art. 600 del mismo. Tal solapamiento muestra el exceso de presencia en esta materia del aparato punitivo, conviniendo añadir que por esa vía entran en el necesario conocimiento de los Tribunales penales un elevado número de asuntos carentes de razones político-criminales que aconsejen su sometimiento a la jurisdicción penal, por las ya apuntadas limitaciones que impone el principio de intervención mínima.

Por todo ello no resulta extraño que (...) se hayan mostrado partidarios de reducir la intervención penal o, lo que es lo mismo, despenalizar algunas conductas. Los criterios seguidos para cumplir ese propósito se contraen a excluir las formas más leves de ataques culposos contra la propiedad calificables como daños, preservando, por supuesto, la intervención penal para cuando se produzcan lesiones personales, y exigir el impulso particular para la persecución de estos hechos, pues la persecución de oficio que hasta ahora los dominaba en lo procesal contribuía a una innecesaria acumulación de causas penales».

953 El artículo 600 de la norma penal derogada decía así: «Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio.

Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses.

Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado». Compárese, además, la redacción del artículo 600 del Código Penal tras la Ley Orgánica 3/1989, con la existente antes de dicha reforma, que transcribimos a continuación: «Serán castigados con multa superior a 1.500 e inferior a 30.000 pesetas los que por imprudencia o negligencia simple, sin cometer infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituirían falta».

954 QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 761.

como al final del proceso permite contrarrestar el anterior argumento⁹⁵⁵. De ahí que la categoría de la perseguibilidad sea frecuentemente utilizada como un instrumento más de la Política Criminal. La perseguibilidad sirve, de esta manera, a modo de sustitutivo de la despenalización⁹⁵⁶, puesto que, sin necesidad de sacar de la esfera penal un comportamiento, se «relaja» su persecución y se deja la decisión sobre la incoación del proceso penal e incluso sobre su finalización⁹⁵⁷ en manos exclusivamente⁹⁵⁸ de la persona agraviada mayor de edad, capaz y no desvalida.

Ello determina que dichos procesos penales de daños imprudentes se aproximen enormemente a los juicios civiles dispositivos donde se ejercite la correspondiente acción para reclamar los daños y perjuicios sufridos. Este acercamiento al proceso (dispositivo) civil concurre tanto en lo relativo a los hechos ocurridos (causación de unos daños) como en lo que se refiere a las características existentes en el ámbito de la perseguibilidad. Y es que en este último campo coinciden las peculiaridades previstas en el inicio (restricción de sujetos) y en lo que se refiere a la conclusión del proceso (la propia «víctima» puede ponerle fin). Al mismo tiempo, y relacionado con el principio dispositivo, la facultad concedida al ofendido para concluir el proceso penal acerca estas infracciones a los denominados delitos privados. De lo anterior cabe, pues, entender que el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso final de despenalizar los daños imprudentes, dejando los procesos penales con base en el artículo 267 del Código Penal en una especie de *tertium genus* entre el procedimiento criminal y el juicio civil (dispositivo)⁹⁵⁹.

955 Véase al respecto la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado [VII], dado que si bien la misma se refería a la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, sigue resultando aplicable también al panorama legislativo actual: «En esta reforma –añadimos nosotros, la Ley Orgánica 3/1989– influyen, de un lado, las nuevas tendencias a acentuar el principio de intervención mínima del derecho penal, expresadas en las Recomendaciones del Consejo de Europa, especialmente la R (87) 18, sobre la adopción por los países miembros de medidas tendientes a procurar la aplicación del principio de oportunidad o, en su caso, a acentuar la concesión a los particulares de la facultad de renunciar a la iniciación de un juicio penal o de poner fin al ya iniciado (...)».

956 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.ª ed., cit., p. 316, considera, «en coherencia con el proceso de despenalización al que ha sometido en los últimos años a esta figura», la decisión del legislador de configurar el artículo 267 del Código Penal como semipúblico; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 7.ª ed., cit., p. 761, entiende que «la exclusión de la persecución de oficio (...) es una manera indirecta de reducir la intervención del Derecho penal, ahorrando un esfuerzo procesal público y automático, sin sentido en todas las frecuentes ocasiones en las que la reparación privada del perjuicio resolvía satisfactoriamente el conflicto»; según GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), cit., p. 939, «existiendo culpa o imprudencia, la diferencia entre el ilícito penal y el ilícito civil es puramente cuantitativa –por la gravedad y por la cuantía– sin que se aprecien diferencias esenciales entre uno y otro ilícito. De hecho, el texto del Código Penal en esta materia deja en manos de la persona agraviada la utilización de la vía penal al exigir la previa denuncia privada (...). Y aún más, permite el ejercicio del perdón como forma de extinción de la acción penal y de la pena (...). Esta configuración del delito como delito semiprivado es consecuente con el hecho de que los mismos daños perseguibles teóricamente en vía penal pueden ser reconducidos a la vía civil si la persona agraviada renuncia a denunciarlos».

957 Nota que diferencia al delito de daños imprudentes de lo señalado en el artículo 228 del Código Penal para las infracciones penales graves de abandono de familia previstas en los artículos 226 y 227 de ese mismo texto legal.

958 No entraremos ahora en los otros supuestos posibles en función de la víctima.

959 Fíjense en que la confusión afecta a la propia denominación del delito, que adopta así como *nomen* una de las categorías clásicas que integran la responsabilidad civil en cuanto derecho a la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

VIII. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

1. La perseguibilidad a instancia de parte como aspecto novedoso en este ámbito

Nos hallamos ante delitos perseguibles a instancia de parte, lo cual resulta ciertamente una novedad bien porque por primera vez han sido introducidos en el Código Penal de 1995, bien porque anteriormente constituían infracciones penales públicas⁹⁶⁰.

Sin embargo, desde la promulgación del actual texto penal, en esta esfera se han producido dos importantes reformas legislativas que han afectado a la perseguibilidad de algunos de los delitos con respecto a los cuales la Ley Orgánica 10/1995 exigía denuncia de la persona agraviada. Cabe distinguir, por ello, tres estadios en lo que al artículo 287 de la norma penal respecta desde la aprobación de la norma penal vigente.

Originariamente, el Código Penal de 1995 extendía la previsión del artículo 287 para los siguientes grupos de infracciones penales del capítulo XI del título dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: propiedad intelectual (sección 1.^a), propiedad industrial (sección 2.^a), y mercado y consumidores (sección 3.^a). De ahí que el artículo 287 del Código Penal, incluido en la sección 4.^a referida a las disposiciones comunes a las secciones anteriores, regulara el ámbito de la perseguibilidad de esos tres bloques previos. Dicho precepto, en su versión anterior, establecía lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

En la actualidad, en cambio, dicho artículo 287 reza así: «1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3.^a de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Por último, a partir del 23 de diciembre de 2010, dicho artículo 287 de la norma penal quedará redactado de la siguiente manera: «1. Para proceder por los delitos previstos en la

⁹⁶⁰ Incluso en el Proyecto de Código Penal de 1992 y en el Anteproyecto de Código Penal de 1994 se contenían, dentro del título XII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), en un mismo capítulo los delitos relativos a la propiedad industrial, y al mercado y a los consumidores [no se incluía la propiedad intelectual que quedaba integrada dentro de ese mismo título en el capítulo de las defraudaciones]. Todas las infracciones penales mencionadas —a excepción de los delitos contra la propiedad tal como se regulaban en el Anteproyecto de Código Penal de 1994, que exigía la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes *ex* artículo 251— entraban en la categoría de las perseguibles de oficio.

Sección 3.^a de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

2. Problemas detectados en la perseguibilidad a instancia de parte de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual hasta la modificación de 2003

Como hemos señalado más arriba, la redacción inicial conferida por el legislador de 1995 al artículo 287.1 del Código Penal incluía los delitos contra la propiedad intelectual e industrial⁹⁶¹. La reforma de 2003 convirtió en infracciones perseguibles de oficio a los dos grupos de delitos donde en mayor medida, junto con los que contemplan el secreto de empresa, se justificaba la exigencia de denuncia de la persona ofendida⁹⁶².

Cabe considerar paradójica la conversión en públicas de dichas infracciones penales, pues del análisis de la jurisprudencia menor se desprende que los tipos en relación con los cuales el artículo 287 del Código Penal resultaba de aplicación eran precisamente supuestos relativos a la propiedad industrial e intelectual. Sin embargo, dicho artículo 287 del texto penal, tanto en su número primero como en el segundo, planteaba serios problemas al entrar en contacto con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, dificultades que los órganos judiciales trataban de resolver con carácter *ad hoc*, en ocasiones con resoluciones incluso contradictorias. A tal efecto, consideramos significativa la siguiente reflexión extraída de una resolución judicial al hilo del artículo 287.1 del Código Penal que decía que «la dispersión, la confusión y la inseguridad en el tratamiento y solución del problema es de las mayores en todo nuestro derecho»⁹⁶³.

961 Véase, en relación con esta infracción penal, la crítica de SEGURA GARCÍA, «Los delitos contra la propiedad industrial», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (edit. del Rosal Blasco), Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 221-223.

962 Véanse, al respecto, QUINTANAR DÍEZ, *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESEJ, Madrid, 2006, p. 89; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2.^a ed., cit., p. 314. De otra opinión parece mostrarse FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid, 2000, p. 331, al señalar que «en los delitos relativos al secreto de empresa hemos venido defendiendo que el bien jurídico protegido tiene carácter colectivo, concretamente el correcto funcionamiento del mercado en un ámbito de competencia leal, aunque con clara base individual que se traduce en el interés particular del empresario titular del secreto de empresa a mantener la ventaja competitiva que este objeto le proporciona. Por tanto, en este tipo de supuestos consideramos que el delito no sólo es perseguible por mera denuncia por parte del agraviado, sino que puede y debería ser de oficio en tanto que sería inapropiado, dado el carácter colectivo de estos delitos socioeconómicos que esta decisión se dejara a la libre voluntad del titular del secreto de empresa».

963 SAP Valencia n.º 470/2006 (Sección 2.^a), de 4 de julio (JUR 2007\40741) [FJ 4.º].

Seguramente resulte un tanto exagerado, pero no exento de cierta verdad, afirmar que la utilidad que pudo tener la decisión del legislador plasmada en el artículo 287 del Código Penal ha quedado desdibujada y un tanto diluida. El escueto y ambiguo razonamiento del legislador de 2003 no explica satisfactoriamente la verdadera causa de dicha reforma. Así, resulta a todas luces insuficiente configurar como motores de la desaparición del requisito procesal existente hasta entonces la alusión a la realidad social y la repercusión de dichos delitos en la vida económica y social⁹⁶⁴.

Entre las cuestiones controvertidas –además de encontrar algún supuesto en el que la denuncia se produjo con anterioridad a la perpetración del delito⁹⁶⁵; casos en que las diligencias a prevención realizadas por la policía judicial dieron como resultado el atestado a partir del cual se procedió; ejemplos en que un perjudicado (y no el agraviado en sentido estricto) presenta la denuncia⁹⁶⁶– las dificultades más importantes giraron en torno a las denominadas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En nuestra opinión, las diferencias hermenéuticas existentes entre los órganos judiciales motivó la transformación legal de la perseguibilidad de los delitos contra la propiedad intelectual –y también industrial–, convirtiéndolos en públicos.

La cuestión relativa a si las entidades de gestión resultaban facultadas para incoar el proceso penal por un delito contra la propiedad intelectual constituye, sin atisbo de duda, uno de los temas más controvertidos suscitados al hilo del régimen de perseguibilidad previsto para los delitos relativos a la propiedad intelectual por el legislador de 1995. En relación con esa cuestión, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en su artículo 147 establece los requisitos de dichas entidades, mientras que la legitimación de las mismas se ha previsto en el artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual. Si bien el mencionado artículo 150 admite la intervención de las entidades de gestión «en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», los tribunales mostraron criterios dispares a la hora

964 Exposición de Motivos [III e)] de la Ley Orgánica 15/2003.

965 SAP Cantabria n.º 71/2007 (Sección 1.ª), de 27 de febrero (JUR 2007\244758), [FJ 3.º]; SAP Sevilla n.º 571/2006 (Sección 1.ª), de 19 de octubre (JUR 2007\128738), [FJ 1.º].

966 Ejemplos de lo anterior resultan el de la denuncia presentada por los dueños de una tienda de discos ante la supuesta actividad ilegal de venta que realizaba un sujeto en las proximidades a su local (SAP Asturias n.º 225/2005 (Sección 3.ª), de 24 de octubre (JUR 2005\272707), [FJ 1.º]), o el de la señora que compró unos vaqueros falsificados (AAP Barcelona (Sección 5.ª), de 17 de diciembre de 2001 (JUR 2002\67701), [FJ 1.º y 2.º]). Por su parte, SORIANO SORIANO, «Los delitos contra la propiedad industrial», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. Soriano Soriano), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 103, 104, consideraba en la esfera de los delitos contra la propiedad industrial que el término «persona agraviada», debía abarcar, «tanto al sujeto pasivo *stricto sensu*, cuanto al perjudicado civil, dada la naturaleza del delito. Sólo se precisaría el acreditamiento de un perjuicio directo. La posición adoptada, puede tener influencia, a efectos de convertir el delito de perseguible a instancia de parte, en público. Así, cuando a consecuencia de la utilización de una marca falsa, se introducen en el mercado, productos más baratos que los de la verdadera, y le ocasionan a esta última tantas pérdidas (por falta de venta del producto) que quiebra la empresa, quedando sin trabajo 400 operarios, es obvio, que el delito habrá afectado a múltiples perjudicados. Si por persona agraviada entendemos que es la sociedad anónima, perteneciente a tres hermanos, el delito sería perseguible a instancia de parte, al estimarse, que no ha afectado a una pluralidad de personas».

de decidir si resultaban facultadas para remover el escollo previsto en los delitos contra la propiedad intelectual *ex* artículo 287.1 del Código Penal.

Se ha de tener presente, asimismo, que con posterioridad a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 –postura mantenida también en la de 1996– se permitió la existencia de más de una entidad de gestión⁹⁶⁷. Este punto, sobre el que volveremos, tiene trascendencia a la hora de determinar la facultad de estas entidades para incoar un proceso penal por delito semipúblico.

Nos hallamos en un ámbito complejo donde se entremezclan temas pertenecientes a varias parcelas jurídicas. Así, las respuestas procedentes de los penalistas sobre el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo de los artículos 270-272 del Código Penal resultan básicas. Lo anterior se ha de relacionar con las diversas clases de derechos que confluyen en la propiedad intelectual. Así, la Ley de Propiedad Intelectual distingue los derechos morales y los patrimoniales o de explotación. En principio⁹⁶⁸, serán estos últimos los encomendados a las entidades de gestión. Además, se ha traído a colación el principio de *ultima ratio*⁹⁶⁹, a modo de pauta que servirá para concretar los casos en que entre en juego la vía penal, y que tendrá repercusión directa en la delimitación de las categorías de persona agraviada o representante legal⁹⁷⁰ de la misma. Los mercantilistas y civilistas han de interpretar el entramado jurídico establecido en la Ley de Propiedad Intelectual en relación, por ejemplo, con los derechos incluidos en la propiedad intelectual o la gestión realizada por las entidades dedicadas a tal menester. Variables todas ellas a manejar en nuestro tema de estudio. Por último, debe tenerse en cuenta la influencia que la doctrina legal, jurisprudencial y científica establecida al hilo de los procesos civiles sobre el particular haya podido tener.

Hemos intentado clasificar en las siguientes tres categorías las diversas posiciones existentes en la jurisprudencia menor en torno a la facultad de dichas entidades en relación con la remoción del obstáculo existente en el artículo 287.1 del Código Penal. Un primer bloque de resoluciones exigió únicamente los requisitos previstos en el artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual a la hora de considerar removido el escollo inicial, siendo así que resultaba suficiente con aportar al comienzo del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa⁹⁷¹. Sin embargo, existen también

967 Para un análisis de las mismas, véase MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Bercovitz Rodríguez), 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1803-1807. Además, desde una óptica procesal, puede consultarse ARMENGOT VILAPLANA, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 233 y ss.

968 Véase MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Bercovitz Rodríguez), cit., p. 1780 n. 10, quien señala que «la intervención de una entidad de gestión en defensa del derecho moral de uno de sus miembros exige de manera inexcusable la previa autorización de éste». Consideramos, sin embargo, que, a efectos de la remoción de la condición de perseguibilidad prevista hasta la Ley Orgánica 15/2003, dicha posibilidad podía resultar dudosa.

969 En relación con el particular, véase la SAP Madrid n.º 250/2003 (Sección 7.ª), de 19 de mayo (JUR 2003\232925) [FJ 1.º].

970 Téngase, además, en cuenta el artículo 771.1.ª.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [párrafo añadido por la disposición final 1.ª 2.º h) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal].

971 SAP Madrid n.º 256/2005 (Sección 1.ª), de 2 de junio (JUR 2005\245186) [FJ 1.º].

supuestos donde se consideró innecesaria la incorporación al proceso penal de los estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa, dada su publicación oficial⁹⁷². Otra corriente, de signo contrario, entendió preceptiva la aportación al proceso penal no sólo de los requisitos previstos en el artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, sino también de los concretos contratos de adhesión de los titulares de los derechos implicados en la propiedad intelectual⁹⁷³, requisito que de alguna manera se relaciona con la existencia de más de una entidad que pudiera encargarse de dicha gestión.

Al hilo de lo señalado, se constata en algunas resoluciones que ni tan siquiera se preocuparon de analizar quiénes eran los titulares de la propiedad intelectual de los CD's y DVD's falsificados que habían sido incautados como paso previo para constatar si dichos sujetos habían cedido sus derechos a la entidad de gestión denunciante⁹⁷⁴. Lo anterior, además, se ha de combinar con el concreto engarce con el que se realizaba dicha denuncia, dado que el artículo 287.1 del Código Penal exigía que ésta proviniera de la «persona agraviada o de sus representantes legales». Por ello, cabe encuadrar la denuncia de la entidad de gestión en alguna de estas categorías: a) como víctima de la lesión en los derechos de propiedad intelectual; b) como representante legal de la víctima; o, c) en virtud de lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como mandataria.

Las dos primeras opciones son descartadas por los tribunales, dado que se entiende que, por un lado, nos hallamos ante una gestión de los derechos patrimoniales incluidos en la propiedad intelectual; y, por otro, tampoco actúan como representantes legales de las personas ofendidas por el delito en los casos por ejemplo en que la víctima del derecho de propiedad intelectual es una persona jurídica (*vgr.* los productores o editores). Excluidas tales posibilidades, se explora la operatividad en este campo del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice así: «Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial». En este caso, pues, la entidad de gestión presentaría la correspondiente denuncia como mandataria, lo cual habitualmente sucederá mediante la figura del procurador⁹⁷⁵. El problema que se detecta es que para ello no basta con la posesión de un poder general para pleitos.

Por lo anterior, los juzgadores se encontraban con la dificultad que suponía tener que llegar a la conclusión de que no se cumplía con lo dispuesto en el artículo 287.1 del Código Penal, y así el óbice en materia de perseguibilidad no podía entenderse válidamente remo-

972 Dicho argumento es empleado por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, en un caso en que la audiencia provincial confirma la sentencia absolutoria dictada por el juzgado de lo penal, tal como recoge la SAP Cádiz n.º 185/2005 (Sección 3.ª), de 25 de noviembre (JUR 2006\173100), [FJ 1.º]. La parte apelada, en cambio, sostiene la tesis relativa a que la incorporación de los estatutos de la entidad de gestión y la certificación de autorización preceptiva constituyen requisitos indispensables y determinantes para entender cumplimentado debidamente el presupuesto de perseguibilidad del artículo 287.1 del Código Penal.

973 En este sentido, la SAP Cádiz n.º 185/2005 (Sección 3.ª), de 25 de noviembre (JUR 2006\173100), [FJ 3.º], aun cuando al final parece exigir únicamente la aportación al proceso de la copia de sus estatutos, lo cual no había acaecido; SAP Jaén n.º 20/2002 (Sección 1.ª), de 17 de abril (ARP 2002\331), [FJ 1.º].

974 SAP Toledo n.º 26/2007 (Sección 1.ª), de 8 de marzo (JUR 2007\109707), [FJ 1.º]; SAP Madrid n.º 715/2005 (Sección 17.ª), de 30 de junio (JUR 2005\244540), [FJ 4.º].

975 Véase, sobre todas estas cuestiones, la SAP Alicante n.º 9/2007 (Sección 7.ª), de 16 de enero (ARP 2008\415), [FJ 1.º].

vido. Para evitarlo, algunas resoluciones judiciales acuden a la vía de escape contenida en el artículo 287.2 del Código Penal, que convertía dichas infracciones penales en perseguibles de oficio. Lo anterior se conseguía dotando de contenido las indeterminadas fórmulas empleadas en tal precepto, esto es, que la comisión del delito afectara a «los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Entre las concreciones halladas en la jurisprudencia sobre lo que debe entenderse por «intereses generales»⁹⁷⁶, especialmente en lo que a la propiedad industrial respecta, destaca la siguiente, que pretende salvaguardar de contenido el artículo 287.1 del Código Penal. La misma dice así: «sólo forzosamente cabría entender que con ocasión de la falsificación enjuiciada se afectan intereses generales y si bien es cierto que con el fin industrial o comercial típico del art. 274 es ponderable, además del patrimonio del titular del derecho de exclusividad, el interés de los consumidores que adquieren productos inauténticos, no lo es menos que cuando el legislador sometió a aquel presupuesto de perseguibilidad los delitos que indica el art. 287 no podría estar previniendo la obviedad de que con la conducta típica relativa a la propiedad industrial que nos ocupa también se implican los intereses de los consumidores atraídos por la marca, pues si fuese así sobraría la exigencia de la denuncia del núm. 1 del artículo citado, por ser lo general la afectación de esos intereses supraindividuales atribuyendo «de facto» el carácter público al delito»⁹⁷⁷.

En lo relativo a la cláusula de que la comisión del delito contra la propiedad intelectual o industrial afecte a una «pluralidad de personas», encontramos ejemplos donde tres sujetos se consideran suficientes⁹⁷⁸; otros casos exigen mayor número de personas, conformándose con cinco⁹⁷⁹. En cambio, un sector jurisprudencial importante consideró que dicha fórmula debía ser entendida «en el sentido de afectación a un grupo cuyos componentes no puedan ser fácilmente individualizados, justificándose por ello la excepción al régimen de denuncia previa»⁹⁸⁰.

Como veremos en el siguiente epígrafe, y sin perjuicio de lo comentado al hilo del artículo 201.2 del Código Penal⁹⁸¹, nos hallamos ante una de las cuestiones que en este ámbito mayor debate doctrinal y jurisprudencial han generado, debido a la criticable inconcreción del legislador sobre el particular. Dicha situación, seguramente, influyó en la decisión to-

976 Téngase en cuenta, por otra parte, que dicha expresión se emplea, asimismo, en el artículo 1481.c) de la Ley de Propiedad Intelectual, donde, en relación con la autorización del Ministerio de Cultura exigida en el artículo 147 de dicha norma, se señala que ha de favorecer los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España.

977 SAP Asturias n.º 294/2000 (Sección 7.ª), de 24 de noviembre (ARP 2000\2816), [FJ 2.º]. En idéntico sentido, pueden consultarse las SAP Asturias n.º 436/1999 (Sección 3.ª), de 10 de noviembre (ARP 1999\4458), [FJ 1.º]; SAP Madrid n.º 566/2007 (Sección 16.ª), de 12 de julio (JUR 2007\307535), [FJ 1.º].

978 AAP Soria n.º 239/2001, de 12 de noviembre (LA LEY 202415/2001), [FJ 2.º]. Tal parece ser, asimismo, la opinión de CALDERÓN SUSÍN, «El abuso de información privilegiada en el mercado de valores», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. Soriano Soriano), cit., p. 254, cuando señala que «la ley habla de pluralidad de personas, no de multiplicidad, por lo que en puridad bastarán dos o tres afectados».

979 SAP Madrid n.º 13/2003 (Sección 16.ª), de 9 de enero (LA LEY 2336/2003) [FJ 2.º].

980 SAP Ciudad Real n.º 106/2000 (Sección 1.ª), de 11 de julio (JUR 2000\305845), [FJ 4.º].

981 Véase, al respecto, lo señalado para los delitos societarios en este capítulo III apartado IX epígrafe 2.

mada en 2003 consistente en agilizar el ámbito de la incoación de los procesos por delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

En el fondo, entendemos que el problema que se planteó en relación con las entidades de gestión fue el de si éstas podían ser consideradas como personas agraviadas o, por el contrario, como representantes de quienes ostentaban los derechos de propiedad intelectual⁹⁸². En este sentido, se ha de ser especialmente cauteloso, dada la posibilidad de reclamar en la vía civil la vulneración de los derechos ligados a la propiedad intelectual⁹⁸³.

3. Las infracciones penales perseguibles a instancia de parte a partir de la reforma de 2003: delitos relativos al mercado y a los consumidores

El artículo 287 del Código Penal sufrió una merma en su radio de acción a partir de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este sentido, su Exposición de Motivos [III e)] justificaba dicha modificación legislativa de la siguiente manera: «Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio».

En consecuencia, desde el 1 de octubre de 2004 (Disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003)⁹⁸⁴, fecha de entrada en vigor de la citada reforma, la dicción del artículo 287 del Código Penal ha pasado a ser la siguiente: «1. Para proceder por los delitos pre-

982 Véase la diversidad de pareceres apuntada en el contenido de las siguientes resoluciones judiciales: SAP Cantabria n.º 71/2007 (Sección 1.ª), de 27 de febrero (JUR 2007\244758), [FJ 4.º]; SAP Toledo n.º 26/2007 (Sección 1.ª), de 8 de marzo (JUR 2007\109707), [FJ 1.º]; SAP Sevilla n.º 571/2006 (Sección 1.ª), de 19 de octubre (ARP 2007\128738), [FJ 1]. Recordemos, además, la ya reproducida SAP Madrid n.º 250/2003 (Sección 7.ª), de 19 de mayo (JUR 2003\232925), [FJ 1.º].

983 Para un estudio monográfico del papel desempeñado por las entidades de gestión en el proceso civil –aun cuando referido a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881–, véase MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997. Téngase en cuenta, asimismo, la monografía de ARMENGOT VILAPLANA, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, cit. Por su parte, la referida autora, «La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial», en Revista «La Ley», n.º 5670, 5 de diciembre de 2002, ref.ª D-255, p. 1584, compara lo acaecido en el proceso civil y en el penal, si bien, en este último, se centra en la categoría de las partes acusadoras, pero con claras implicaciones, en lo que a nosotros más nos interesa, con respecto al escollo previsto en el artículo 287.1 del Código Penal.

984 Se muestra crítico con dicha *vacatio legis*, CABAÑAS GARCÍA, «Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual», en Revista «La Ley Penal», n.º 6, junio 2004, p. 88. En este sentido, el autor citado, *ibid.*, resalta cómo la aplicación de los juicios rápidos a la esfera de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal [ex art. 795.2.ª h)] debió postergarse durante tal lapso temporal. Se ha de recordar que el artículo 795.2.ª h) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resultó asimismo modificado por la Ley Orgánica 15/2003, pero

vistos en la sección 3.^a de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas». A día de hoy, el artículo 287 del Código Penal afecta exclusivamente a la sección 3.^a del capítulo en cuestión. Sin embargo, conserva su encuadre anterior a la reforma citada y sigue así insertado en la sección 4.^a relativa a las disposiciones comunes a las (tres) secciones anteriores.

Efectuaremos un análisis somero en este momento a completar con los comentarios realizados al hilo de la perseguibilidad de los delitos vinculados a la esfera societaria⁹⁸⁵, dado que la procedibilidad e incluso la concreta fórmula empleada en el artículo 287 del Código Penal aplicable a los delitos contra el mercado y los consumidores y la utilizada en el artículo 296 del texto penal coinciden⁹⁸⁶, salvo en un detalle. Al respecto, debe ponerse de relieve un aspecto, más de forma que de fondo, que diferencia la redacción del artículo 287 y la del artículo 296 del Código Penal, así como también la del resto de infracciones penales perseguibles a instancia de parte en donde se realiza una mención al representante legal. Y es que el artículo 287 de la norma penal emplea dicho término en plural («representantes legales»).

Entendemos que en la actualidad quizá la única característica común predicable de la totalidad de los tipos delictivos incluidos en la sección 3.^o (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores) del capítulo XI del título XIII del libro II sea precisamente la de su perseguibilidad. Tal argumento conforma el punto de unión existente entre los artículos 278-286 del Código Penal. Y es que, como ha destacado MESTRE DELGADO, «la rúbrica de esta Sección (...) no es elemento suficiente para dotar de unidad a unos preceptos que más bien parecen conformar el grupo residual de los delitos socioeconómicos, no encuadrados en ninguna otra regulación específica»⁹⁸⁷.

En concreto, el ámbito aplicable a los delitos relativos al mercado y a los consumidores contiene una aparente regla general, que realmente quedará convertida en la excepción. Y es que la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales difícilmente resultará aplicable a los tipos delictivos incluidos en los artículos 281 a 285 del Código Penal⁹⁸⁸, dado que la comisión del delito en cuestión habitualmente afectará a los intere-

entró en vigor el día siguiente al de la publicación de la Ley Orgánica 15/2003, esto es, el 27 de noviembre de 2003 (y no el 1 de octubre de 2004).

985 Concretamente, en el capítulo III apartado IX.

986 Asimismo, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 201.2 *in fine* del Código Penal.

987 MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.^a ed., cit., pp. 361, 362.

988 En este sentido, asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2.^a ed., cit., p. 314; MESTRE DELGADO, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Lamarca Pérez), 4.^a ed., cit., pp. 373 (en lo referente a los delitos contra los consumidores) y 379 (en relación con el art. 285 CP); DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., pp. 25, 30 y 31; BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1074, 1075; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.^a ed., cit., p. 524; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 547, quien considera que «la condición de procedibilidad del art. 287.1 CP presenta

ses generales⁹⁸⁹ o a una pluralidad de personas, lo que significará la aplicación del artículo 287.2 de la norma penal. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que habitualmente en el caso de que efectivamente se cause un resultado dañoso a un individuo concreto, dichos tipos incluidos en los artículos 281-285 del Código Penal entrarán en concurso con otros (perseguidos de oficio), como por ejemplo el delito de estafa.

Las dos fórmulas («cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas») empleadas en el artículo 287.2 del Código Penal –y en el artículo 296.2 del mismo texto⁹⁹⁰– no se hallan exentas de interpretaciones que pueden llegar a ser contradictorias, sobre todo en lo que se refiere al entendimiento de la cláusula de la pluralidad de personas, tal como analizaremos en las siguientes líneas y, más adelante, en la esfera de los delitos societarios⁹⁹¹.

Pero parece que, con independencia de la exégesis seguida, resulta cuestión pacífica la siguiente: los delitos relativos al mercado y a los consumidores constituyen un ámbito donde necesariamente se incide en los intereses generales o se afecta a una pluralidad de personas. De ahí que la perseguibilidad a instancia de parte quedará convertida en algo meramente simbólico, a salvo de los delitos contra los secretos de empresa (arts. 278-280) y del artículo 286 del Código Penal. Al hilo de lo anterior, se torna en cuestión de interés la relativa a la existencia en esta esfera de intereses difusos y la iniciativa que a tal efecto ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios⁹⁹².

Entre los autores que muestran su conformidad con respecto al régimen previsto en el artículo 287 del Código Penal⁹⁹³, destaca la posición de VALLE MUÑIZ⁹⁹⁴. Concretamente,

una limitada operatividad en este artículo, dada la naturaleza del delito que determinará que, por lo general, siempre se vean afectados intereses generales o una pluralidad de personas»; en relación con el artículo 282 del Código Penal, véase TERRADILLOS BASOCO, «El delito de publicidad engañosa», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores* (ed. Ruiz Rodríguez), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 89, 90; en lo que concierne al artículo 283 del Código Penal, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Facturación ilícita», en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* (dir. del Rosal Blasco), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 94; con respecto al artículo 284 del texto penal, puede consultarse SUÁREZ GONZÁLEZ, «Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado», en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* (dir. del Rosal Blasco), cit., p. 29; para el actual artículo 285 del Código Penal (si bien el texto es anterior a la reforma de 2003, con lo que se contienen referencias a los arts. 285 y 286 CP), CALDERÓN SUSÍN, «El abuso de información privilegiada en el mercado de valores», cit., pp. 253, 254.

989 Obsérvese que dicha fórmula se emplea además para agravar la pena prevista en el artículo 285.1 del Código Penal cuando «se cause grave daño a los intereses generales» (art. 285.2.3.º CP).

990 Y también en el artículo 201.2 del Código Penal.

991 Concretamente, en el capítulo III apartado IX epígrafe 2.

992 Así, puede consultarse en este capítulo III apartado VIII epígrafe 5; y, también, en el capítulo IV apartado VII.

993 Además, como veremos más adelante (cap. III apartado IX), dicha valoración positiva se extiende al ámbito del artículo 296 del Código Penal que establece el criterio persecutorio existente para la delincuencia societaria.

994 Por su parte, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Los «nuevos» delitos contra la Propiedad Intelectual: novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», en Revista «La Ley Penal», n.º 29, julio-agosto 2006, p. 53, se adhiere a la opinión de VALLE MUÑIZ. Considera, además,

dicho autor señalaba, con anterioridad a 2003, lo siguiente: «A mi juicio, la decisión es correcta. En primer lugar, porque con ella se restringe la intervención del derecho penal a supuestos en que el titular del bien jurídico tutelado no encuentra otros medios de resolución del conflicto ajenos al punitivo. Ello, me parece especialmente importante en el ámbito de los delitos económicos; donde, como se habrá observado, la incriminación penal suele partir de una previa configuración de ilicitudes civiles o administrativas. Y donde, además, los contornos precisos de la relevancia penal de las conductas no siempre aparecen lo deseablemente precisos. En segundo lugar, porque con ello se realiza un esfuerzo de adaptación de la normativa penal a la realidad en que debe ser aplicada, donde difícilmente prosperarán acciones penales no presididas por la directa participación de los perjudicados o agraviados. Y en tercer lugar, porque los peligros de una configuración excesivamente privatista de estos ilícitos desaparecen con la previsión de su persecución pública cuando afectaren a intereses generales o a una pluralidad de personas»⁹⁹⁵. No obstante, al ser dicha afirmación realizada con anterioridad a la reforma del año 2003, que eliminó la correspondiente cláusula en relación con los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, parte de los fundamentos en los que se basaba la argumentación de VALLE MUÑOZ decaen, pues resulta evidente que la valoración positiva que realizaba del artículo 287 del Código Penal estaba vinculada a su aplicación a la esfera de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Por ello, cabe concluir afirmando que la cláusula del artículo 287.1 del Código Penal ha quedado prácticamente vacía de contenido en relación con los delitos contra el mercado (art. 284 y 285) y contra los consumidores (art. 281 a 283 CP)⁹⁹⁶, pues éstos protegen intereses colectivos y presentan un sujeto pasivo de esa índole, por lo que con respecto a los mismos entrará en funcionamiento la cláusula del artículo 287.2 de la norma penal. Únicamente en el caso de los delitos relativos a los secretos de empresa (art. 278 a 280 CP) y a la extraña figura del artículo 286 del Código Penal, que inciden sobre bienes jurídicos individuales, ostentará incidencia el apartado primero del artículo 287 del texto penal.

4. Las infracciones penales perseguibles a instancia de parte a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010

La reciente modificación habida en el ámbito del artículo 287 del Código Penal, nos obliga a realizar las siguientes consideraciones. En este sentido, la gran novedad que presenta el modificado artículo 287.1 es la conversión en públicos de los delitos de alteración

que el artículo 287.1 del Código Penal se debería haber mantenido para los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

995 VALLE MUÑOZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., pp. 686, 687.

996 En este sentido, con respecto al delito publicitario, BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 672.

de precios (art. 284 CP) y de los de uso de información privilegiada en los mercados de valores (art. 285 CP), tal como ha quedado apuntado en el epígrafe anterior. En cambio, incomprensiblemente, el nuevo artículo 282 bis del Código Penal que castiga la publicidad engañosa en el ámbito económico-financiero, parece que formalmente –pues en tales casos entrará a buen seguro en juego el artículo 287.2 de la norma penal– deberá ser incluido en la categoría de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte.

Por último nos gustaría destacar que la mencionada reforma de 2010 no ha variado la referencia contenida en el artículo 287.1 a los «representantes legales», con lo que tales supuestos se mantienen como los únicos casos de infracciones penales perseguibles a instancia de parte donde tal expresión se emplea en plural.

5. La intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios

No plantea esta cuestión especial dificultad, dado que los tipos delictivos incluidos en los artículos 281-285 del Código Penal –a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, dicha referencia habrá de entenderse a los delitos previstos en los artículos 281, 282, 282 bis y 283– afectarán normalmente a los intereses generales y a una pluralidad de personas, con lo que quedarán convertidos en públicos^{997 998}.

Cuestión distinta será la incidencia de esta situación con respecto a la admisión de una asociación de consumidores y usuarios como acusación particular, pero ello no afecta a la facultad para, en los casos aislados donde no entre en juego el artículo 287.2 del texto penal, denunciar. Se ha de tener en cuenta que la presentación de una denuncia no supone esfuerzo considerable alguno, ni económico ni –en principio– de otra índole, para el que efectúa la misma. Sí puede despertar más interés el concreto engarce que se dé a la actuación de dichas asociaciones en el marco del proceso penal ya incoado, pues no es cuestión pacífica la relativa a si su intervención entra en todo caso en la categoría de la acusación popular o si se ha de considerar que actúan en calidad de acusador particular⁹⁹⁹.

997 Sobre el tema resulta de interés la reflexión de BAUCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1074, 1075, cuando señala lo siguiente: «no puede identificarse protección de intereses difusos o protección del orden socio-económico como sinónimo de interés general. Esta concepción haría inaplicable en estos casos la condición objetiva de perseguibilidad, pues en ellos ya vimos cómo la *ratio legis* del precepto era la protección del orden socio-económico y cómo en muchos de ellos se protegen intereses difusos o aspectos concretos del funcionamiento de este orden económico. En cualquier caso, respecto a los delitos de la Sección 3.ª, relativos al mercado y a los consumidores, en la medida en que se protegen intereses difusos de los consumidores (arts. 281 a 284) o el correcto funcionamiento del mercado (arts. 284 y 285) será frecuente que no sea necesaria la previa denuncia de algún agraviado, pues siempre habrá una pluralidad de personas afectadas».

998 Además, téngase en cuenta lo apuntado en relación con el artículo 281 del Código Penal por SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 541: «En la mayoría de estos casos «la comisión del delito» afectará a intereses generales o una pluralidad de personas, lo que, empero, será más difícil de apreciar cuando el estadio de ejecución no alcance la consumación».

999 Véase, en este sentido, las reflexiones que efectuamos en el capítulo IV apartado VII.

6. La competencia de la Audiencia Nacional y las atribuciones de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada respecto de estos delitos

La relevancia de determinar cuándo nos hallamos en el radio de aplicabilidad del artículo 287.2 del Código Penal viene justificada por una ulterior cuestión. Y es que el artículo 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de la de los Juzgados Centrales de lo Penal, para el enjuiciamiento de las causas por los siguientes delitos: «c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia».

Además, se ha de tener presente la especialización existente en el ámbito del Ministerio Público con la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (art. 19.Cuatro EOMF) —anteriormente denominada Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción¹⁰⁰⁰. Dicha Fiscalía intervendrá en los procesos penales relacionados con (l) delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores; y, (m) en los delitos societarios. Ello ocurrirá, siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, lo que deberá ser apreciado por el Fiscal General del Estado.

Tal como se señala al analizar el artículo 296.2 del Código Penal¹⁰⁰¹, nos mostramos partidarios de realizar una interpretación tendente a aproximar los dos apartados de la fórmula consistente en que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Además, las aludidas referencias a la «generalidad de personas» [art. 65.1.c) LOPJ] y «que se trate de supuestos de especial trascendencia» [art. 19.Cuatro EOMF] ofrecen una pauta interpretativa del sentido que deben adquirir los artículos 287.2 y 296.2 del Código Penal.

IX. LOS DELITOS SOCIETARIOS

1. Introducción

La configuración de los delitos societarios como perseguibles a instancia de parte ha despertado la crítica generalizada de la doctrina¹⁰⁰². Ello resulta extensible, como veíamos,

1000 Véase, al respecto, el artículo 18 ter del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal suprimido por el artículo único.13 y 15 de la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

1001 Concretamente, en este capítulo III apartado IX epígrafe 2.3.

1002 Así, como botón de muestra, véanse CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1127; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., pp. 532, 532; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 612;

asimismo, a los otros grupos de infracciones penales con peculiaridades en materia de perseguibilidad incluidas en la sección 3.^a del capítulo XI de ese mismo título XIII del libro II del Código Penal. A buen seguro, sean éstos los delitos donde la existencia de una perseguibilidad no de oficio y su frontera con respecto a los supuestos públicos en mayor medida ha quedado cuestionada.

El precepto donde queda delineada la perseguibilidad de los delitos societarios es el artículo 296 del Código Penal, que dice así: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Entendemos que los dos números del artículo 296 del Código Penal deberían haberse redactado inversamente. Como *de lege lata* lo anterior ya no es posible, la interpretación que nos parece preferible comprende la lectura del artículo 296.2 en primer lugar, para, con posterioridad, hacer lo propio con lo establecido en el número 1.

Además, estimamos acertada la apreciación realizada por FERNÁNDEZ TERUELO al considerar que en aquellas infracciones penales donde se han establecido fórmulas como la del artículo 296.2 de la norma penal concurrirá una doble naturaleza pública o semipública, en función de que la comisión del delito afecte o no a los intereses generales o a una pluralidad de personas¹⁰⁰³.

2. La regla general: los delitos societarios como infracciones públicas

De la dicción legal parece desprenderse que la norma en los delitos societarios es su consideración como infracciones perseguibles a instancia de parte. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues, un entendimiento tal, como veremos¹⁰⁰⁴, sólo procederá de forma excepcional¹⁰⁰⁵.

SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 119; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 576; GIMENO SENDRA, «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», cit., p. 32, señala que no se sabe a ciencia cierta por qué se han configurado como infracciones penales semipúblicas, dado que «su bien jurídico no encierra derecho personal o personalísimo alguno». Por el contrario, VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.^a ed., cit., p. 725, se muestra de acuerdo con la regulación actual.

1003 FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 144.

1004 Concretamente, en este capítulo III apartado IX epígrafe 3.

1005 En sentido similar, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 115; FARALDO CABANA, «El artículo 294 del Código Penal español de 1995: Incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órgano o entidades», en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (coords. Terradillos Basoco y Acale Sánchez), Trotta, Madrid, 2004, p. 156. En concreto, con respecto al artículo 291 del Código Penal, GÓMEZ BENÍTEZ, «Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?», cit., p. 1896 [o,

Intuitivamente, pues, cabría afirmar que en los delitos societarios resulta habitual la afección a intereses generales o a una pluralidad de personas. A ello se llega teniendo en cuenta su relación con el orden socioeconómico y dada la concurrencia, en el marco de protección de los mismos, de bienes jurídicos colectivos.

Sin embargo, si dejamos de lado la intuición e intentamos dotar de contenido a dichas cláusulas indeterminadas, afloran las dificultades. La cuestión, además, reviste mayor trascendencia de la que en un primer momento pudiera parecer, ya que, recordemos, ambas fórmulas («intereses generales» y «pluralidad de personas») se repiten al dibujar la perseguibilidad de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.2 CP), y contra el mercado y los consumidores (art. 287.2 CP).

Ante la falta de acuerdo y la existencia de pareceres contrapuestos en la doctrina sobre el particular, cabe deducir que la iniciativa quedará en cada caso en manos del Ministerio Público –veremos a continuación cómo existen diversos entendimientos en torno al modo de actuación a seguir en estos supuestos por la Fiscalía¹⁰⁰⁶– y la decisión sobre la concreta modalidad aplicable en el ámbito de la perseguibilidad recaerá en el órgano judicial¹⁰⁰⁷.

2.1. Los intereses generales

Como punto de partida consideramos que la referencia al interés general o a los intereses generales resulta indistinta, por lo que en las próximas líneas se utilizará de manera indiferenciada el singular o el plural. En relación con dicha expresión, se ha de recordar cómo el legislador de 1995 empleó esta misma fórmula en el rótulo de las infracciones penales leves contempladas en el título III del libro III del Código Penal (faltas contra los intereses generales)¹⁰⁰⁸.

La indefinición de la cláusula relativa a que la comisión del delito societario afecte a los intereses generales ha favorecido el surgimiento de diversas interpretaciones que pasamos a

en idéntico sentido, también en «Delitos societarios», cit., p. 600], señala que se desvanecen «de un plumazo las (...) pretensiones limitativas de la legitimación activa, ya que (...) muy excepcional tiene que ser el caso de un delito societario como el de imposición de acuerdos abusivos que no afecte a una pluralidad de personas». En cambio, mantienen como excepción la perseguibilidad de oficio, entre otros, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 179; GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios: aspectos procesales)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 345, 4 de junio de 1998, pp. 2 y 3, si bien apunta cómo «será moneda común que la acción típica afecte a una pluralidad de socios o accionistas, en cuyo caso ya no estará en manos de éstos, sino bajo el criterio del Ministerio Fiscal, la facultad de denunciar o no la comisión del presunto delito» [Cursiva añadida]; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 193; FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 143.

1006 Concretamente, en este capítulo III apartado IX epígrafe 2.3.

1007 En este sentido, SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 130; JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (con Escudero Moratalla, García Llamas, Frigola Vallina, Juan i Casadevall, Ganzenmüller Roig), Bosch, Barcelona, 1998, p. 200.

1008 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 191 n. 203.

exponer: Un sector de la doctrina ha vinculado la cláusula consistente en la afectación a los intereses generales con los bienes jurídicos de índole colectiva que, como veíamos¹⁰⁰⁹, concurren en la esfera de los delitos societarios. Una interpretación de tales características se basa en que la existencia de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual descarta, por su propia naturaleza, que la perseguibilidad pueda quedar condicionada a la voluntad de la víctima. Al hilo de lo anterior, se ha considerado que algunos tipos penales en materia societaria conlleven siempre la afectación a intereses generales, tal como sucede con el artículo 294¹⁰¹⁰, y, con menor consenso doctrinal, en lo que respecta a los artículos 290¹⁰¹¹ y 291¹⁰¹² del Código Penal.

No nos olvidemos que la consecuencia asociada a la concurrencia de bienes colectivos será la conversión «automática» de la infracción de que se trate en perseguible de oficio. La cuestión, pues, no se halla exenta de dificultad, dado que en el resto de casos en que pueda existir más duda sobre el carácter colectivo del bien jurídico inmediatamente protegido por la norma –así, significativamente en el artículo 295 del Código Penal– quedará en manos del órgano judicial competente la decisión en torno a cuándo se cumple dicha cláusula¹⁰¹³. En este sentido, FARALDO CABANA precisa que en el resto de delitos societarios «la afectación a los intereses generales dependerá no del bien jurídico protegido, que es en general el patrimonio individual, sino de otras consideraciones extra-dogmáticas cuya apreciación queda al arbitrio del Ministerio Fiscal»¹⁰¹⁴, y, en último término, cabe añadir, en manos del órgano jurisdiccional.

Por su parte, la teoría de GIMENO SENDRA relativa a los delitos semipúblicos con interés público¹⁰¹⁵ guarda evidentes notas comunes con lo señalado hasta ahora. Y es que en su opinión concurre el interés general que convierte en pública la persecución de las infracciones societarias previstas en los artículos 290-295 del Código Penal cuando el delito en cuestión, además del patrimonio del sujeto pasivo, haya atentado o puesto en peligro el orden socioeconómico¹⁰¹⁶.

La profesora GARCÍA ARÁN conecta, asimismo, la perseguibilidad de oficio prevista en materia societaria con la existencia de una dimensión supraindividual, dado que, en su opinión, confluyen en este ámbito derechos de corte individual –que justificarían la perse-

1009 Al respecto, véase el análisis de los tipos penales efectuado en el capítulo II apartado VIII.

1010 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 576; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2.ª ed., cit., p. 372; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 80, 81 [también en «El delito de falsedad en la información social del art. 290 CP de 1995», en *Empresa y Derecho Penal. I*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 92, aun cuando citaremos por la monografía mencionada]; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 119.

1011 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., pp. 372, 373; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 119.

1012 SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, p. 576.

1013 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 373.

1014 FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 119.

1015 Véase la misma en el capítulo III apartado I epígrafe 2.2.1.

1016 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 179.

guibilidad prevista en la primera parte del artículo 296 del Código Penal¹⁰¹⁷ – y colectivos. En concreto, tales intereses generales «no son sólo los propios de la sociedad mercantil en su conjunto o la suma de intereses individuales de los socios, sino que incluyen hechos de especial relevancia económica que, aun produciéndose sobre la sociedad, afectan inmediatamente a colectivos distintos del accionariado: desde los trabajadores, hasta el propio Erario Público si debe intervenir en la solución de una crisis bancaria ocasionada por una administración fraudulenta»¹⁰¹⁸.

Finalmente, GONZÁLEZ RUS basa su opinión en la dimensión socioeconómica presente en los delitos societarios, lo cual le lleva a mantener que, salvo casos muy particulares, los intereses generales quedarán afectados siempre¹⁰¹⁹.

Uno de los autores que ha intentado concretar en mayor medida la citada cláusula, distinguiendo tres condiciones necesarias para que la fórmula de los intereses generales pueda resultar de aplicación, ha sido QUERALT JIMÉNEZ¹⁰²⁰. En concreto, considera que la afectación a los intereses generales concurrirá: a) si estamos en presencia de un delito de resultado (y los de peligro concreto ostentan la naturaleza de delitos de resultado); b) que el subsistema socio-económico afectado (banca, transportes, materias primas, ...) no pueda sanar por sí mismo con los mecanismos de Derecho privado y público el daño producido por el delito; y, c) que la intervención administrativa debe acontecer *a fortiori*, a fin de evitar males mayores.

En esta línea, cabe entender también la definición de intereses generales que ofrece FERNÁNDEZ TERUELO, al considerar que «se trata de un interés superior que excede de los intereses propios de las personas que entran en relación con la sociedad»¹⁰²¹. En opinión de QUERALT, además, «lo único cierto» es que los intereses generales no se hallan vinculados a la pluralidad de afectados. Y añade que tales intereses generales no se afectan ante la crisis de un banco o de una gran industria¹⁰²².

La posición que mantiene ALONSO RIMO¹⁰²³ parte de la crítica a la cláusula comentada, con base en que toda infracción penal, por el hecho de serlo, ataca intereses públicos o generales. Un entendimiento literal como el anterior, continúa dicho autor, vacía de contenido la aludida fórmula, pues en todo caso nos hallaremos ante infracciones perseguibles de oficio. Para llegar a una conclusión tal, no habría hecho falta la combinación de peculiaridades en la esfera de la perseguibilidad con perseguibilidad de oficio, ante la inaplicabilidad

1017 Sin embargo, dicho argumento no justifica la diversidad de regímenes persecutorios existentes en el ámbito de los delitos societarios –cuando afecte a intereses individuales, exigencia de denuncia de la persona agraviada– y en los patrimoniales clásicos –perseguidos de oficio, pese a la innegable protección de la esfera individual–.

1018 GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *Economist&Jurist*, n.º 17, 1996, p. 106.

1019 GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 612.

1020 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 372.

1021 FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 149.

1022 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 372.

1023 Véase su exposición en ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 186-197.

de las primeras. Pero, además, ALONSO RIMO considera que de un planteamiento como el mencionado se trasluce la idea de que existe exclusivamente un interés privado a proteger en algunos de los tipos delictivos a los que se aplica dicha cláusula; mientras que en otros supuestos, junto con aquél, concurrirá un bien público que justificará la intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ambas conclusiones son evitadas por ALONSO RIMO, al considerar que la peculiaridad de las infracciones que él denomina cuasipúblicas¹⁰²⁴ reside en que tales supuestos tienen como característica la activación del proceso de manera potestativa por parte del Ministerio Fiscal. De esta manera, la locución «intereses generales» –lo cual resulta extensible a la segunda fórmula prevista en el artículo 296.2 del Código Penal (la «pluralidad de personas»)– tiene como nota definitoria la no activación automática del proceso penal, quedando la iniciativa en manos del Ministerio Público, quien deberá valorar la oportunidad de incoar el correspondiente proceso penal. Tal intervención «habrá de ceñirse a un reducido espacio de actuación que vendrá dictado por el fundamento de los mecanismos de perseguibilidad privada en cada hipótesis delictiva específica»¹⁰²⁵.

El concepto que se maneja en la jurisprudencia entiende el interés general como una referencia a la afectación de «intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general»¹⁰²⁶. En esta línea, cabría incardinar la siguiente aseveración extraída de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso «Banesto», mediante una interpretación *a sensu contrario*: «La necesidad de contemplar las múltiples variantes, está reconocida de manera indirecta, en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación, en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional»¹⁰²⁷. Parece, pues, que la resolución reproducida conecta en la esfera de los delitos societarios la perseguibilidad de oficio con la afección que los hechos delictivos pudieran tener para la economía nacional. Coincide así la definición que manejan los tribunales de la locución «intereses generales» con la acepción empleada

1024 Incluye en dicha categoría de infracciones penales cuasipúblicas supuestos en donde la intervención del Ministerio Fiscal es potestativa, distinguiendo a tal efecto dos bloques: a) en relación con menores, incapaces y personas desvalidas; y, b) asociada a diversos supuestos delictivos (art. 191.1, 201.2, 287.2 y 296.2 CP).

1025 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 196. Más adelante, *ibid.*, p. 198, explica el papel del Ministerio Fiscal en estos casos señalando que dicho órgano público «debe ajustar su actuación a unos criterios valorativos muy estrictos (presididos por la función legal que en cada modalidad delictiva le esté atribuida a dicha facultad decisoria del agraviado en relación con la persecución punitiva)». Entre tales criterios incluye el mencionado autor la protección de ciertos derechos fundamentales del ofendido y la reparación de la víctima.

1026 SAP Almería n.º 96/2003 (Sección 3.ª), de 5 de mayo (JUR 2003\166818) [FJ 1.º]; ATSJ Castilla La Mancha (Sala de lo Civil y Penal), de 15 de mayo de 2002 (JUR 2002\256739) [FJ 3.º].

1027 STS n.º 867/2002 (Sala de lo Penal), de 29 de julio (RJ 2002\6357), [III. Recursos de las Acusaciones particulares. A. Recurso del Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios. Noveno.13].

por DEL ROSAL BLASCO. En concreto, y con independencia de retomar más adelante su definición, el citado autor interpreta aquélla como una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general¹⁰²⁸.

2.2. La pluralidad de personas

Uno de los temas de debate más recurridos ha sido el del significado que ha de darse a la cláusula «pluralidad de personas». Tal como comentamos al analizar el ámbito de los delitos contra la intimidad¹⁰²⁹, existen –además de alguna otra que mencionaremos en este mismo epígrafe– dos posturas diametralmente opuestas entre los comentaristas de dicha fórmula –coincidentes asimismo, con las dos acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en la voz «pluralidad».

La existencia de una diversidad de posibilidades interpretativas en este ámbito resta fuerza a la acertada observación de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, quienes exigen que la opción elegida (pluralidad como multitud, pluralidad como más de uno, etc.) sea después mantenida independientemente de las circunstancias del caso concreto¹⁰³⁰. Sin embargo, el potencial garantista que se deriva de dicha «perseverancia o constancia interpretativa» queda, en cierta medida, contrarrestado ante las posiciones antagónicas existentes al respecto. De bien poco servirá que cada autor y, en especial, cada juzgador sea coherente en su posicionamiento si existen sectores que mantienen exactamente la tesis contraria.

Antes de adentrarnos en las acepciones otorgadas a la fórmula «pluralidad de personas», consideramos de interés llamar la atención sobre un aspecto que ha pasado un tanto desapercibido. Y es que si bien la doctrina se ha enzarzado en el debate consistente en el posicionamiento individual sobre el alcance (significado estricto, intermedio o amplio) del término pluralidad, se echa en falta un estudio detallado¹⁰³¹ al objeto de fijar si esa pluralidad de personas a la que afecta el delito societario ha de entrar en la categoría de víctimas (o personas agraviadas) del mismo o si, por el contrario, quedan, asimismo, incluidos en tal concepto los perjudicados por el hecho delictivo.

1028 DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 80, 81.

1029 Concretamente, en este capítulo III apartado IV epígrafe 1.2.2.

1030 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 137, señalan al respecto lo siguiente: «En cualquier caso el número parece que tiene que ser objetivo, esto es, será siempre el mismo independientemente de las circunstancias del caso concreto, y de la cuantía que puedan representar con respecto a un total, pues no parece que haya razón para sostener lo contrario. Si X personas forman una colectividad en un caso concreto no vemos por qué X mismas personas no representan también un colectivo en otro supuesto distinto. En cualquier caso tal colectividad debe tener en común ser agraviados por la conducta prohibida, lo que tampoco significa que todos sufran un mismo agravio, pudiendo éste variar tanto cuantitativa como cualitativamente».

1031 Nos sumamos, de esta manera, a la opinión vertida por ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 190, 191, cuando señala que «a salvo de las genéricas críticas (...), resulta bastante escaso el tratamiento doctrinal que ha merecido hasta la fecha tan importante cuestión exegética».

A. Pluralidad como multitud

La doctrina mayoritaria ha entendido dicha fórmula como sinónimo de grupo amplio o multitud de sujetos pasivos¹⁰³², o también se ha asociado a la generalidad de personas a que se refiere el artículo 65.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰³³. Además, dicha tesis ha encontrado acomodo en la jurisprudencia, que ha considerado la pluralidad «en el sentido de «multiplicidad», esto es, referido a muchas personas»¹⁰³⁴. Aun con todo, los problemas de concreción no resultan despreciables, máxime cuando se intenta fijar el punto de inflexión a partir del cual se considera que concurre la pluralidad de personas exigida en el artículo 296.2 del Código Penal¹⁰³⁵.

B. Las teorías intermedias

Por su parte, el profesor MUÑOZ CONDE ha contemplado un supuesto a medio camino entre las dos opiniones opuestas existentes en la actualidad. Se trata del caso en que la comisión del delito societario afecta a una persona jurídica, pero integrada por un número relevante de personas físicas¹⁰³⁶. Asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT aplica la fórmula de la pluralidad de personas cuando queda afectado «un número significativo de personas, o bien *un colectivo singularizado de entre todas ellas*»¹⁰³⁷. No olvidemos que de la aplicación o no de la cláusula analizada dependerá la perseguibilidad de la infracción penal societaria.

Existen autores que han asumido una posición a medio caballo entre los dos polos existentes. Así, este sector doctrinal parte de que las fórmulas que ha utilizado la jurisprudencia («generalidad de personas» o «múltiples perjudicados») no coinciden con las de los artículos 201.2, 287.2 ó 296.2 del Código Penal, lo que les lleva a afirmar que se «puede

1032 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 372; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 149.

1033 GÓMEZ BENÍTEZ, «Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?», cit., p. 1896 n. 4 [o, en idéntico sentido, también en «Delitos societarios», cit., pp. 599, 600 n. 45], acude a dicho precepto para descartar su aplicación «cuando el perjuicio ocasionado recae directamente sobre el patrimonio social administrado». En concreto, recordemos cómo el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece lo siguiente: «La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1. Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una *generalidad de personas* en el territorio de más de una Audiencia» [Cursiva añadida].

1034 SAP Almería n.º 96/2003 (Sección 3.ª), de 5 de mayo (JUR 2003\166818) [FJ 1.º]; ATSJ Castilla La Mancha (Sala de lo Civil y Penal), de 15 de mayo de 2002 (JUR 2002\256739) [FJ 3.º].

1035 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 194, 195: «¿Sería suficiente la concurrencia de 10 ó 20 agraviados, o, habría que exigir, en cambio, un diámetro de incidencia todavía mayor? ¿De 50 personas? ¿De más de 100?...».

1036 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 532.

1037 GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios: aspectos procesales)», cit., p. 3 [Cursiva añadida].

permitir una interpretación más amplia, exigiendo menor número de unidades para apreciar su concurrencia»¹⁰³⁸.

C. Pluralidad como cualidad de ser más de uno

Sin embargo, también encontramos un sector de la doctrina que ha entendido aplicable la cláusula «pluralidad de personas» cuando existe más de una persona afectada por el delito societario correspondiente. Como aspecto positivo de esta concepción cabe destacar que evita toda indefinición o imprecisión, dada su fácil comprobación, a costa de ampliar el ámbito de las infracciones societarias públicas. Con ello, se sortea una de las críticas más generalizadas realizadas a las cláusulas del artículo 296.2 del Código Penal. Además, de mantener una interpretación como la apuntada, la decisión sobre cuándo la comisión del delito afecta a una pluralidad de personas sale de la esfera de control del órgano judicial conocedor del caso. En suma, la acepción restringida del término pluralidad (más de uno¹⁰³⁹) conlleva la ampliación de la categoría de infracciones públicas en el ámbito de los delitos societarios previstos en los artículos 290-295 del Código Penal. Se ha justificado la preferencia por esta opción con el argumento de que así se consigue eliminar una condición de perseguibilidad¹⁰⁴⁰.

Sin embargo, con independencia de la opinión que merezca prescindir de las infracciones públicas en materia socioeconómica, no puede dejarse de lado el hecho evidente de que el legislador de 1995 quiso otorgar un espacio a la perseguibilidad a instancia de parte en este sector del Derecho penal. En nuestra opinión, la equiparación del término pluralidad con la última de las acepciones mencionadas deja prácticamente sin contenido la modalidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, como estudiaremos en el siguiente epígrafe. Consideramos, por ello, loables los intentos realizados por un sector de la doctrina a fin de reducir al máximo el condicionamiento privado en fase de incoación del proceso; sin embargo, lo anterior se consigue a costa de vaciar la cláusula, que, no olvidemos, es derecho vigente.

El desbarajuste legislativo actual sólo podrá ser arreglado mediante la reforma de los preceptos penales que contienen una fórmula como la comentada (arts. 201, 287 y 296 CP). La voluntad de evitar el empleo de cláusulas ambiguas como las actuales debería presidir

1038 MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, EDIJUS, Zaragoza, 1996, pp. 227, 348. En sentido parecido, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 657.

1039 Aun cuando acogen las tesis del Tribunal Supremo desarrolladas para concretar la expresión pluralidad de sujetos en materia de asociaciones ilícitas y entienden que bastaría con tres personas MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 373; y, también FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 120.

1040 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos societarios», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)* (dirs. Vives Antón y Manzanares Samaniego), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 508; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., pp. 119, 120. Crítico con una interpretación tal, se muestra ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 194 n. 209, quien señala que no acierta a entender las bases en las que dicho sector doctrinal apoya su fundamentación.

dicha modificación. Sin embargo, no parece ser éste el criterio del legislador y se ha dejado así pasar la ocasión brindada por la Ley Orgánica 5/2010. Y es que, aun cuando los dos primeros preceptos mencionados han sido retocados, nada se ha reformado en relación con los apartados que recogen las cláusulas analizadas.

2.3. Confluencia de ambas cláusulas y flexibilización de la teoría de los bienes jurídicos colectivos

Si bien hemos mostrado nuestro parecer en relación con algunas de las cuestiones que suscitan las fórmulas contenidas en el artículo 296.2 del Código Penal, trataremos en las siguientes líneas de exponer el entendimiento de conjunto que consideramos más acorde con la redacción actual de las dos cláusulas de aquel precepto.

En primer lugar, a través de la doble referencia a los intereses generales y a la pluralidad de personas parece que se intentara abarcar, respectivamente, el ámbito de los bienes jurídicos colectivos y el de los individuales (siempre que sean múltiples los sujetos afectados). Sin embargo, al objeto de evitar interpretaciones que pudieran resultar contradictorias entre sí (como ocurre al exigir en unos casos que la comisión del delito societario afecte a los intereses generales –con la amplitud conferida a dicha fórmula en algunas de las teorías expuestas anteriormente– y, en otros, considerar suficiente con que el mismo haya afectado a cuatro personas), debe tenderse hacia la confluencia de ambas fórmulas. En este sentido, la disyuntiva existente en el artículo 296.2 del Código Penal («cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»), con la consiguiente equiparación en los efectos de ambos supuestos (la conversión en infracciones perseguibles de oficio), propicia la tesis del acercamiento de las expresiones relativas a los «intereses generales» y a la «pluralidad de personas»¹⁰⁴¹.

No nos parece suficiente que la perseguibilidad a instancia de parte prevista en el artículo 296.1 del Código Penal, asociada con frecuencia a la existencia de bienes jurídicos individuales, quede desvirtuada por la mera existencia de dos o tres víctimas. Entendemos así, que el orden socioeconómico y los intereses generales¹⁰⁴² se verán especialmente afectados, con la consiguiente incidencia en sede de la perseguibilidad, ante la concurrencia de un número considerable de víctimas por un delito societario, lo que difícilmente ocurrirá cuando éstas sean simplemente más de dos, por grave que pudiera ser el hecho acaecido¹⁰⁴³.

1041 Por su parte, SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, cit., pp. 391, 392, señala que se autoriza la actuación de oficio «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas, o a ambas conjuntamente» [Cursiva añadida].

1042 Lo anterior, además, debe conectarse con la existencia de intereses de tipo económico, dada la naturaleza societaria del delito, tal como señala la STS n.º 620/2004 (Sala de lo Penal), de 4 de junio (RJ 2004\5046), [FJ 6.º].

1043 Así, suscribimos la tesis de DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 80, 81, cuando señala lo siguiente: «aunque el delito interese de forma inmediata a un bien o a un interés individual, puede afectar mediatamente, por las dimensiones cuantitativas del perjuicio a los intereses generales; en ese sentido, todos los delitos societarios pueden según los casos, afectar a los intereses generales. El concepto de interés general se debe interpretar, en mi opinión, como una referencia a los intereses económicos

De esta manera, se evitan los problemas derivados de asociar la perseguibilidad de oficio con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos, dado que en sentido estricto se ha señalado que el único tipo que protege un bien jurídico supraindividual es el del artículo 294 del Código Penal¹⁰⁴⁴.

Somos conscientes de que la tesis expuesta sigue pecando de cierta vaguedad e indefinición, y no evita que la concreta determinación sobre si concurren o no dichas cláusulas en un caso concreto siga recayendo en manos del órgano judicial que conozca del mismo. Seguramente, una tal mejora sólo se conseguirá con la (necesaria) reforma del artículo 296 del Código Penal, que la Ley Orgánica 5/2010 ha dejado pasar.

Al hilo de lo anterior, entendemos que entre los principios que han de informar el Derecho penal económico se halla el de la intervención penal económica mínima¹⁰⁴⁵, que parece haber sucumbido ante la concreta regulación que encontramos en el vigente Código Penal y ante la amplitud de algunos tipos¹⁰⁴⁶, con lo que cabría afirmar que aquél no ha servido de guía al legislador de 1995. Dada la excesiva falta de concreción de los tipos penales en la esfera de los delitos societarios, la condición de perseguibilidad puede suponer el otorgamiento de un excesivo protagonismo al particular agraviado, que, unilateralmente y en virtud de la decisión que adopte, podrá determinar el carácter de ilícito mercantil o penal de la conducta llevada a cabo. Lo anterior resulta manifiestamente incompatible con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. A tal fin, con una evidente extralimitación en cuanto al ámbito tradicional de aplicación de aquel principio –que excede así su esfera natural en el marco de la teoría del delito y se adentra en el terreno procesal–, cabe entender

de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general».

1044 DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 80, 81.

1045 La expresión ha sido empleada por MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 229 y ss.

1046 En este sentido, resulta de interés la reflexión siguiente de JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (con Escudero Moratalla, García Llamas, Frigola Vallina, Juan i Casadevall, Ganzenmüller Roig), cit., p. 201: «(...) el legislador, acaso consciente de introducir una regulación técnicamente deficiente, de los delitos societarios, por constituir una amalgama de tipos de naturaleza heterogénea, tanto desde la perspectiva del bien jurídico, como de su estructura de peligro o lesión, no se «atrevió» a regularlos como delitos absolutamente públicos, cual habría sido razonable de entender protegido como bien unitario o categorial el orden socio-económico, ni, tampoco, como delitos privados, acudiendo a la fórmula de los delitos semipúblicos que el precepto comentado acoge sin duda. Del mismo modo, pese a limitar la intervención del Ministerio Fiscal en el número dos del artículo comentado, ha reiterado la técnica de utilización de conceptos jurídicos indeterminados que, salvo un riguroso criterio jurisprudencial en la exégesis de los conceptos de afectación a los intereses generales o de pluralidad de afectados por el delito, llevarán al arbitrio del Ministerio Público en el impulso de causas penales por delitos societarios». Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 589, señalan como razón que justifica la perseguibilidad a instancia de parte en los delitos societarios la siguiente: «Probablemente el legislador es consciente de la amplitud de los tipos recogidos en el capítulo y de la necesidad de restringir su persecución». Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, [S.L.], 1998, p. 241, señala que «no se puede desconocer que la amplitud e indefinición con que están configurados los delitos societarios van a permitir que se utilicen por parte de socios minoritarios discrepantes (...) como arma de presión».

la huida hacia la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte. Es decir, la utilización de la perseguibilidad como instrumento limitador del Derecho penal¹⁰⁴⁷.

Por último, además de las cláusulas del artículo 296.2 del Código Penal ya mencionadas, se han detectado otros mecanismos para en la práctica convertir en públicas infracciones penales que, en principio, albergan peculiaridades en materia de su perseguibilidad. En concreto, nos referimos al criterio dado por la Fiscalía General del Estado en relación con la falsedad en documento mercantil, cuando «(...) dentro de las modalidades falsarias de los tres primeros apartados del art. 390, faltare alguno de los elementos del delito societario del art. 290 –tanto sustantivos como el requisito de perseguibilidad del art. 296–, pero se dieran todos los elementos típicos del delito de falsedad en documento mercantil del art. 392, será este último aplicable»¹⁰⁴⁸. Como se puede observar, las dudas que pudieran existir en materia de la perseguibilidad aplicable a la infracción contenida en el artículo 290 del Código Penal, dejan de tener trascendencia práctica¹⁰⁴⁹. Ello se debe a que, ante la inexistencia de la pertinente condición objetiva de perseguibilidad del artículo 296.1 de la

1047 En este sentido, véase la STS n.º 620/2004 (Sala de lo Penal), de 4 de junio (RJ 2004\5046), [FJ 6.º], que considera la denuncia como condición objetiva de perseguibilidad «una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias». Véase, asimismo, TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (coords. Terradillos Basoco y Acale Sánchez), cit., p. 233; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 473-488 (en relación con los delitos societarios, véase lo dispuesto en p. 475).

1048 Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del artículo 290 del Código Penal. Dicha referencia ha sido obtenida de SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 128.

1049 Especialmente crítica con un posicionamiento de semejantes características se muestra CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., pp. 1127, 1128, cuya argumentación reproducimos por su interés: «La instauración de una condición para la perseguibilidad de los presentes delitos ha sido criticada por parte de la doctrina –a la que me adhiero. Si lo que se pretendía era la protección de intereses colectivos, no casa con ese fin la privatización de la acción penal (con la excepción prevista en el apartado segundo), que no se prevé, sin embargo, para la persecución de delitos contra derechos o intereses estrictamente individuales, como, por ejemplo, el robo.

Ahora bien, una vez introducida esta condición de perseguibilidad, guste o no, debe ser respetada, lo que impide la persecución de cualquiera de los delitos por ella abarcados cuando el sujeto legitimado a instar la acción penal no lo haga. En atención a ello, considero inadmisibles que la pasividad del sujeto legitimado pueda obviarse o suplirse por la denuncia de otros sujetos que recurran a la calificación de los hechos conforme a otros delitos, consiguiendo con ello la *Wiederaufleben* o vuelta a la vida de lo que no podía ser perseguido por otra vía. Como podría suceder si el familiar perjudicado económicamente por la falsedad en cuentas sociales decide denunciar los hechos como falsedades documentales genéricas, ante la pasividad procesal del legitimado para interponer la acción penal en los delitos societarios. La calificación de los hechos conforme a unos tipos u otros no puede depender de criterios aleatorios o de conveniencia. Y, por lo tanto, si son aplicables los delitos societarios, ello debe asumirse con todas las consecuencias, abarcando la especial norma de perseguibilidad de estos delitos.

En mi opinión, las eventuales críticas a la injusticia que supone dejar impunes conductas que, de no existir la regulación especial de los delitos societarios serían perseguibles, no hacen sino confirmar la inconveniencia de la existencia de la condición de perseguibilidad en todo caso. Ahora bien la apertura de la acción penal a cualquiera en atención a la gravedad de las conductas constitutivas de delito societario, debería acompañarse de una reforma de los mismos para que efectivamente sólo quedaran las conductas más graves, relegando

norma penal, la consecuencia no será que dicho hecho (art. 290 CP) deje en todo caso de perseguirse, sino que, según la doctrina sentada por la Fiscalía General del Estado, se puede producir, cuando la conducta falsaria tenga encaje en alguno de los supuestos del artículo 390.1.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal, una especie de mutación típica en un delito de falsedad documental –recordemos, infracción penal pública– del artículo 392.

3. La excepción: la perseguibilidad a instancia de parte de los delitos societarios

Como ya hemos adelantado, y aun cuando del artículo 296 del Código Penal pudiera desprenderse lo contrario, la necesidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal constituirá un supuesto residual en el ámbito de los delitos societarios. No obstante, existe la posibilidad de considerar como víctima de un delito societario a un (concreto) individuo (por ejemplo, un socio), sin que queden afectados los intereses generales, ni quepa aplicar tampoco la fórmula relativa a la pluralidad de personas¹⁰⁵⁰. El tipo delictivo que mejor refleja lo anterior es el previsto en el artículo 293 del Código Penal, dado que se puede negar o impedir a un único socio el ejercicio de alguno de los derechos que le corresponden en su condición de tal¹⁰⁵¹.

La denuncia no contiene características especiales, si bien, vale la pena destacar, siguiendo a SALOM ESCRIVÁ, cómo en estos procesos por delitos societarios la modalidad de denuncia escrita resultará predominante con respecto a la presentación oral de la misma. Ello, si bien se debe a la complejidad derivada de la propia materia, justifica que en la mayoría de las causas se prefiera el inicio mediante querrela¹⁰⁵².

Por otro lado, resulta un tanto sorprendente¹⁰⁵³ que en el título XIII del libro II del Código Penal (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) las condiciones

el resto –como, por ejemplo, la imposición de acuerdos sociales abusivos– a la regulación mercantil, ésa sí, de carácter privado».

1050 Sobre la importancia de la concurrencia de la condición de socio en el momento de la comisión de un delito de administración fraudulenta por quien incoó el proceso penal en calidad de agraviado, negando aquella condición y, consecuentemente, considerando inidoneidad subjetiva para remover la condición de perseguibilidad prevista en el artículo 296 del Código Penal, véase el AAP Madrid n.º 365/2004 (Sección 2.ª), de 23 de septiembre (JUR 2004\273999), [F] 2.º].

1051 En este mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 372.

1052 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 121. Además, el autor citado, *ibid.*, continúa así en referencia a la iniciación del proceso mediante querrela: «(...) donde pueden exponerse con detalle los hechos imputados y documentos justificativos así como permiten al querellante constituirse en parte acusadora, solicitar la práctica de diligencias tendientes a la comprobación de los hechos relatados y contar con la asistencia de letrado desde el primer momento».

1053 Por el contrario, como ya adelantábamos, VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., cit., p. 725, se muestra de acuerdo con la decisión adoptada por tres razones: «En primer lugar, porque con ella se restringe la intervención del derecho penal

de procedibilidad básicamente se hayan insertado en infracciones que, como veíamos con anterioridad¹⁰⁵⁴, entran en la categoría de las socioeconómicas (mercado, consumidores y societarias). Y es que cabe traer a colación la reflexión –si bien referida al Proyecto de Código Penal de 1992, que exigía querella, pero de igual aplicación en la actualidad– efectuada por FARALDO CABANA destacando que en los delitos societarios «se ponían en peligro o lesionaban intereses patrimoniales individuales semejantes a los lesionados en la apropiación indebida o en la estafa, e intereses supraindividuales, como los afectados en las falsedades, delitos todos ellos que no establecían ninguna condición de procedibilidad»¹⁰⁵⁵. En este sentido, parecería más coherente que las limitaciones relativas a la incoación del proceso se hubieran establecido en aquellos delitos patrimoniales tradicionales donde el contenido individual o personal resulta más marcado (así, en un delito de hurto)¹⁰⁵⁶. Sin embargo, dentro de los delitos incluidos en el título XIII del libro II del Código Penal («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») entre las infracciones que protegen el patrimonio –y no tanto el orden socioeconómico–, únicamente se ha empleado la perseguibilidad a instancia de parte, recordemos, en el delito de daños imprudentes previsto en el artículo 267¹⁰⁵⁷.

3.1. La persona agraviada y el perjuicio

Una de las polémicas doctrinales más interesantes que se han suscitado en materia de los delitos societarios ha sido el alcance que ha de concedérsele al término «perjuicio», dado que éste no sólo se ha empleado como elemento típico (así, en los arts. 290, 292 y 295 CP), sino que tiene una indudable trascendencia en materia de perseguibilidad.

Siguiendo a GARCÍA ARÁN, la no exigencia de causación de un perjuicio a fin de que la conducta devenga penalmente relevante en algunos delitos societarios, con el consiguiente adelantamiento de la protección penal, se debe a que nos hallamos en un ámbito donde la relevancia de los intereses colectivos en juego impide esperar hasta la efectiva causación del perjuicio¹⁰⁵⁸.

a supuestos en que el titular del bien jurídico tutelado no encuentra otros medios de resolución del conflicto ajenos al punitivo. Lo que en el ámbito societario cobra un especial relieve, pues en muchos casos el ejercicio de acciones civiles podría resultar suficiente para la tutela de los derechos inherentes a la condición de socio. En segundo lugar, porque con ello se realiza un esfuerzo de adaptación de la normativa penal a la realidad en que debe ser aplicada, donde difícilmente prosperarán acciones penales no presididas por la directa participación de los perjudicados o agraviados. Y en tercer lugar, porque los peligros de una configuración estrictamente privatista de estos ilícitos desaparecen con la previsión de su persecución pública cuando afectaren a intereses generales o a una pluralidad de personas».

1054 Concretamente, véase lo señalado en el capítulo II apartado VIII epígrafe 1.

1055 FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 122.

1056 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1127; SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 119.

1057 Asimismo, en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos societarios», cit., p. 508; del mismo autor, *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 149, 150 n. 267.

1058 GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal», cit., p. 106.

En este sentido, se han de traer a colación los Proyectos de Código Penal de 1992¹⁰⁵⁹ y de 1994¹⁰⁶⁰ donde el sujeto que había de remover la condición de perseguibilidad era, en principio, el perjudicado (y no el agraviado). En concreto, el artículo 304 del Proyecto de Código Penal de 1992¹⁰⁶¹ establecía lo siguiente: «Los hechos descritos en los artículos precedentes del presente Capítulo, sólo serán perseguibles a querella de los perjudicados o del Ministerio Fiscal, que la interpondrá solamente cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales». Por su parte, el artículo 297 del Anteproyecto de Código Penal de 1994¹⁰⁶² decía así: «Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante querella de los perjudicados, o de sus representantes legales. En el caso de incapaces, menores y ausentes o cuando se aprecie peligro para los intereses generales, también podrá interponer querella el Ministerio Fiscal».

Las críticas que recibieron ambos preceptos se centraron básicamente en dos aspectos. Por un lado –y con excepción de los supuestos en que «se aprecie peligro para intereses de terceros o generales» (1992) o «cuando se aprecie peligro para los intereses generales» (1994)–, se incluían las infracciones penales societarias dentro de la categoría de las privadas, con la consiguiente exigencia de querella. Se ha de destacar que, de la redacción conferida a ambos preceptos, tampoco cabía entender que la posterior intervención del Ministerio Fiscal quedara excluida, ni que el perdón resultara operativo. Sin embargo, como analizaremos más adelante¹⁰⁶³, un sector importante las configuró como infracciones penales privadas. Además, recordemos que los supuestos en que resultaba precisa la querella de la persona agraviada para la puesta en marcha del proceso penal quedaban reservados para los delitos societarios menos relevantes que no pusieran en peligro intereses generales, como por ejemplo cuando se cometieran contra los socios de una pequeña sociedad. Tales casos exigían la intervención activa de dichos socios, que debían constituirse obligatoriamente en parte acusadora a fin de posibilitar la persecución de aquéllos¹⁰⁶⁴.

1059 Sobre el particular, véase el estudio de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 28, diciembre 1992, pp. 171-205.

1060 Se refiere a ambos proyectos (maneja el texto del Proyecto de Código Penal de 1994 y no el del Anteproyecto), TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

1061 Puede consultarse íntegramente dicho proyecto en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.

1062 Véase el texto del «Anteproyecto de Código Penal 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 40.

1063 Concretamente, en este capítulo III apartado IX epígrafe 3.4.

1064 TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 84. En cambio, SERRANO BUTRAGUEÑO, «Los delitos societarios en el Anteproyecto del nuevo Código Penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 48, 9 de abril de 1992, p. 2, quien, en relación con el Anteproyecto que precedió al Proyecto de Código Penal de 1992, entendía –tras dejar a salvo los casos en que existieran importantes intereses públicos en juego– adecuada la exigencia de querella especialmente para aquellos casos «relativos a problemas «internos» sobre el funcionamiento y administración de la compañía». Y añadía que «dicho requisito puede ser beneficioso para contrarrestar las presiones y denuncias contra los administradores, más o menos infundadas, realizadas por socios o terceros simplemente hostiles; así como para que sean los querellantes quienes aporten los primeros indicios racionales de criminalidad, evitando con ello un importante gasto de energía para los Juzgados de

Por otro, el término «perjudicado» mereció la reprobación de los comentaristas. Dicha opinión se fundamentaba en que una buena parte de los delitos societarios no requerían de la causación de un perjuicio para su consumación, por lo que en estos casos la condición de perseguibilidad consistente en la necesidad de querella devenía inaplicable ante la inexistencia de perjudicado¹⁰⁶⁵.

Si tomamos el texto finalmente aprobado de 1995 –y dejando al margen que ahora sólo se exige denuncia y no querella–, el término perjudicado no permitiría la remoción de la correspondiente condición objetiva de perseguibilidad prevista para los artículos 290.1¹⁰⁶⁶, 293¹⁰⁶⁷ ó 294¹⁰⁶⁸. Por ello, la cuestión realmente de interés que se plantea es la del deslinde entre los conceptos de víctima (ofendido o persona agraviada), por un lado, y perjudicado, por otro¹⁰⁶⁹. En tal sentido, debemos destacar el fenómeno específico detectado en esta esfera del Derecho penal, posición que desde luego no compartimos, mostrando una discrepancia entre lo que constituye doctrina sentada y exenta de discusión en otros grupos de delitos y la interpretación aquí mantenida. Concretamente, un sector doctrinal¹⁰⁷⁰ incluye dentro del concepto de agraviado no sólo al titular del bien jurídico protegido sino también, en los casos en que no coinciden en la misma persona, a quien ha sufrido daños y perjuicios como consecuencia del hecho eventualmente delictivo, esto es, al perjudicado (civil). Entre las razones empleadas para justificar la ampliación del concepto de agraviado destaca la de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien considera que de esta manera se reduce al máximo el ámbito de la perseguibilidad a instancia de parte al extenderse el ámbito de los sujetos que pueden remover el pertinente escollo previsto en el artículo 296.1 del Código Penal¹⁰⁷¹.

Instrucción –siempre muy sobrecargados sobre todo en diligencias tan complejas como las de exhibición y examen de libros y documentos contables».

1065 MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 5, 1995, p. 171.

1066 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 125.

1067 MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», cit., p. 171.

1068 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 125.

1069 VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., cit., pp. 725, 726, ya se refería a esta cuestión.

1070 Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, cit., pp. 134, 135; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 374; GÓMEZ BENÍTEZ, «Delitos societarios», cit., p. 600; MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pp. 226, 348. Entre los autores que mantienen la división tradicional entre agraviado y perjudicado, cabe destacar SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 125; VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., Aranzadi, 1999, p. 726; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., pp. 116, 117; MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», cit., p. 171; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, cit., p. 57; FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 148; GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios: aspectos procesales)», cit., pp. 2 y 3, quien justifica su posición en virtud del principio de intervención penal mínima.

1071 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 374. El autor citado, aun así, *ibid.*, explica que la respuesta que ofrece es unitaria para todos los delitos societarios, dado que dicha cuestión no se plantea en idénticos términos en las diversas infracciones societarias incluidas en el Código Penal, y además añade que a la hora de decidirse por una de las dos opciones posibles se fija especialmente en las conductas más graves (arts. 290 y 295 CP).

Por ello, cabe concluir que la perseguibilidad –ante la sustitución del término perjudicado por el de persona agraviada– no se verá modificada en función de que nos hallemos ante un tipo delictivo en el que no se exija la causación de un perjuicio económico ni tampoco cuando el perjuicio económico sufrido resulte cuantioso¹⁰⁷². El hecho de que el perjuicio económico no resulte necesario a fin de la existencia del delito societario en algunos tipos penales puede dificultar la presentación de denuncia por la persona agraviada, pues los sujetos pasivos o bien no son conscientes del peligro sufrido, o bien carecen de interés en la persecución de las conductas delictivas al no haberse producido un perjuicio para el patrimonio individual¹⁰⁷³.

Algunos de los tipos penales (por ejemplo, los arts. 290 y 292 CP) consideran como sujetos pasivos a la propia sociedad, lo que podría suscitar la cuestión relativa a si los socios de la misma entrarán en la categoría de agraviados. Sin embargo, como destaca FARALDO CABANA, lo anterior deviene intrascendente en la práctica, dado que en los casos en que la sociedad mercantil es considerada como persona agraviada, también se incluye la referencia expresa a los socios de la misma¹⁰⁷⁴.

Las dificultades no acaban ahí, ya que, además de precisar los conceptos de agraviado y de perjudicado, se ha de fijar el contenido del verbo «afectar» empleado en el artículo 296.2 del Código Penal [«(...) cuando la comisión del delito *afecte* a los intereses generales o a una pluralidad de personas»]¹⁰⁷⁵. En concreto, la afectación a una pluralidad de personas plantea la duda en torno a si el término «afectado» se ha de hacer equivalente al de agraviado o si, por el contrario incluye, asimismo, además del anterior, la figura del perjudicado civil. Entendemos que –consecuentemente con la posición favorable a la aplicación restrictiva del concepto de persona agraviada en el ámbito de los delitos societarios– la primera de las opciones expuestas es la que ha de prevalecer, para evitar la aplicación de criterios diversos en los números 1 y 2 del artículo 296 del Código Penal, con el consiguiente quebranto de la lógica interna –según nuestra interpretación– que se desprende del artículo 296.1 de dicho texto¹⁰⁷⁶.

1072 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 367.

1073 TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», cit., p. 233. En esta línea, asimismo, TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (edit. del Rosal Blasco), cit., p. 270.

1074 FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 117, quien señala lo siguiente: «cuando el sujeto pasivo del delito es una sociedad mercantil se plantea la cuestión de si los socios pueden ser también considerados «agraviados», puesto que económicamente son co-propietarios del patrimonio social. El tema es discutible, pero su trascendencia práctica se ve reducida porque los delitos societarios que contemplan a la sociedad mercantil como sujeto pasivo también hacen mención a los socios. Por tanto, la respuesta ha de ser afirmativa, pero no porque las actuaciones lesivas o peligrosas para el patrimonio social tengan una repercusión indirecta en los patrimonios de los socios al alterarse el valor de sus participaciones, lo que permitiría considerarlos agraviados, sino porque el legislador ha resuelto la cuestión mencionando tanto a la sociedad como a los socios entre los posibles sujetos pasivos». Por su parte, FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 148, toma partido en el asunto, al señalar que «si la agraviada es la sociedad, tanto los administradores como representantes de la misma, como los socios en cuanto titulares del capital social, pueden presentar la denuncia».

1075 Cursiva añadida.

1076 De otra opinión parece mostrarse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código Penal* (dir. Conde-Pumpido Tourón y coord. López Barja de Quiroga), T. III, Bosch, Barcelona, 2007, p. 2278, cuando interpreta la referencia a la pluralidad de personas contenida en el artículo 296.2 del Código Penal como «existencia

3.2. El representante legal

Si bien el Proyecto de Código Penal de 1992 no contenía referencia alguna al respecto¹⁰⁷⁷ y en el Anteproyecto de Código Penal de 1994 se preveía la persecución a través de querella de los representantes legales (en plural), finalmente el texto penal de 1995 alude en el artículo 296.1 del Código Penal a la denuncia del representante legal (en singular) de la persona agraviada.

La figura del representante legal¹⁰⁷⁸ cobra en esta sede una doble dimensión, que también ha sido destacada en relación con otras infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Ello se debe a que, en primer lugar, y como se ha señalado al analizar los tipos¹⁰⁷⁹, cabe que la propia sociedad sea el sujeto pasivo del hecho delictivo, lo que obligará a que el representante legal de la misma, en caso de querer perseguir el eventual delito societario, presente, como mínimo, la oportuna denuncia. Para fijar dicha representación social se deberá acudir a lo establecido por el Derecho mercantil o el civil¹⁰⁸⁰. Pero, en segundo término, la figura del representante legal también puede resultar de aplicación en aquellos casos en que la víctima del delito societario es una persona física menor, incapaz o desvalida. Sin duda, la primera de las dos situaciones destacadas es la que cobra una mayor trascendencia práctica, dado el ámbito financiero o económico en el que quedan insertados los delitos societarios.

3.3. Un supuesto dudoso: La denuncia del Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada sea menor, incapaz o desvalida

La excepcionalidad de la denuncia proveniente de representante legal cuando la víctima del delito societario es menor de edad, incapaz o una persona desvalida, ya apuntada, resulta predicable, asimismo, de la denuncia del Ministerio Fiscal en dicho supuesto. Ello no obstante, nos encontramos ante un tema común al conjunto de infracciones perseguibles a instancia de parte. En este sentido, conscientes de que el ámbito societario no es el que mejor se presta a este tipo de reflexiones, y con independencia de tratar la cuestión con

de una pluralidad indeterminada de personas afectadas y *ajenas al círculo de las directamente agraviadas*» [Cursiva añadida].

1077 Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos societarios», cit., p. 507, se trató de un olvido.

1078 Para un estudio sobre la institución de la representación, véase SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, cit., pp. 399-419. Téngase en cuenta, además, como apunta *ibid.* SEQUEROS, la importancia que en materia societaria puede ostentar la representación conferida de manera voluntaria por los socios mayores de edad, capaces y no desvalidos a otra tercera persona y su incidencia de cara a remover el escollo persecutorio existente.

1079 Concretamente, en el capítulo II apartado VIII.

1080 Se pueden plantear en este ámbito interesantes problemas sobre quién ostenta la representación legal de la sociedad. Al respecto, véase la SAP Barcelona (Sección 6.ª), de 8 de junio de 1999 (ARP 1999\2690), [FJ 1.ª].

más detenimiento en otro lugar¹⁰⁸¹, nos gustaría dejar planteadas ya algunas de las incógnitas que precisan ser despejadas.

En primer lugar, debe aclararse si estos supuestos en que la víctima es menor de edad, incapaz o persona desvalida, y denuncia el Ministerio Fiscal quedan convertidos en públicos. Si así fuera, estaríamos ante un caso más, junto con los dos consistentes en que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en que la infracción penal (societaria) pasaría a ser perseguible de oficio. En este sentido, SALOM ESCRIVÁ entiende que nos hallamos ante infracciones penales públicas con la pérdida de las peculiaridades procesales previstas en el propio artículo 296.1 del Código Penal. Como prueba de lo señalado cabe destacar que el mencionado autor llega, incluso, al extremo de admitir como válida en estos casos la denuncia anónima¹⁰⁸².

Otra interpretación podría ser la de considerar que nos hallamos ante un *tertium genus*, donde, además de la remoción del escollo por el representante de la propia víctima, únicamente quepa la denuncia del Ministerio Fiscal¹⁰⁸³. Así, nadie más resultaría facultado para incoar el correspondiente proceso penal. Sin embargo, un planteamiento como el mencionado desconoce que en la práctica la noticia criminal obtenida por cualquier vía (un tercero, de oficio por el propio juez) servirá al Ministerio Público como base de su posterior denuncia.

Al hilo de lo anterior, se ha de tomar partido sobre si la denuncia del Ministerio Fiscal, como manifestación de la función tuitiva de este órgano público, únicamente resulta predicable con respecto a aquellas situaciones en que la víctima no tiene representante legal, o abarca todo el paradigma de casos en que la persona agraviada sea menor, incapaz o desvalida. Si se opta por esta última solución, surgen otros problemas. Así, se deberá determinar si en estos casos la intervención de la Fiscalía resulta una opción dependiente o alternativa de la (no) denuncia del representante legal de la víctima (persona física, que no jurídica) del delito societario.

1081 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafes 3 y 4.

1082 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 122, quien señala al respecto cómo «en materia de delitos societarios entendemos que no es admisible la denuncia anónima para tener por cumplido el requisito procesal de perseguibilidad y ello por la sencilla razón de que al configurarse por el legislador estos delitos como semipúblicos la denuncia ha de proceder concretamente de una persona determinada tal como concreta el art. 296 CP que la hace derivar directamente del agraviado por el delito societario. (...) En todo caso, la denuncia anónima puede siempre servir de inicio al procedimiento por delitos societarios en los casos exceptuados de la misma por el art. 296 CP, esto es, *cuando haya menores, desvalidos o incapaces entre los agraviados* o cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» [Cursiva añadida]. Entendemos que el autor se refiere a la denuncia anónima en relación con el supuesto de la denuncia del Ministerio Fiscal, y no a la del representante legal del menor, incapaz o persona desvalida.

1083 Parece defender una posición semejante EIRANOVA ENCINAS, *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 60, cuando, tras comparar la situación actual con la prevista en el Proyecto de Código Penal de 1992 (art. 304), señala lo siguiente: «Ahora el Ministerio Fiscal sólo puede actuar cuando la persona agraviada sea menor, incapaz o desvalida, convirtiéndose, en los casos en los que se atente contra intereses generales o de terceras personas, en un puro delito público en el que el Juez de instancia puede actuar de oficio».

Por último, nos gustaría poner sobre la mesa el debate en torno a si la actuación de la Fiscalía es potestativa¹⁰⁸⁴, esto es, sobre si ha de ponderar la conveniencia de su intervención –a modo semejante a como sucede en los delitos contra la libertad sexual en que la víctima es una persona mayor de edad, capaz y no desvalida con la querella del Ministerio Fiscal que «actuará ponderando los legítimos intereses en presencia» (art. 191.1 CP)– o si, por el contrario, su actuación procede en todo caso¹⁰⁸⁵. Volveremos más adelante sobre estas cuestiones¹⁰⁸⁶.

3.4. La configuración jurisprudencial y doctrinal de estos tipos como delitos privados. La operatividad del perdón

Según una tendencia jurisprudencial, los delitos societarios, cuando concurren ciertas circunstancias, entran en la categoría de las infracciones penales privadas¹⁰⁸⁷, o, a tenor de otras

1084 En este sentido, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 182-184; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, cit., p. 426, quien considera que «es la que mejor puede proteger los intereses propios del menor. El Fiscal, en definitiva, estudiará si el ejercicio de la acción penal es o no conveniente para el menor, incapaz o desvalido y obrará en consecuencia».

1085 Por su parte, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., 2000, p. 118, se decanta por esta última opción al señalar que «cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, no es que el Ministerio Fiscal «pueda» pedir la iniciación del proceso penal, sino que debe hacerlo siempre que concurren los presupuestos que la ley establece para ello»; TORRES ROSELL, «Aspectos procesales del perdón», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 46, 1992, pp. 198, 199, quien entiende que quedará convertida en una infracción penal perseguible de oficio.

1086 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafes 2 y 3.

1087 La SAP Madrid n.º 323/2001 (Sección 2.ª), de 3 de septiembre (JUR 2001\325737), revocó la sentencia de condena dictada en primera instancia. En el recurso de apelación la acusación particular se adhirió a las pretensiones del condenado, en contra del criterio del Ministerio Fiscal. Véanse, al respecto, los argumentos esgrimidos en el Fundamento Jurídico 1.º: «(...) los delitos societarios, que no afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas son delitos privados cuya persecución se reserva a los perjudicados o representantes legales. En consecuencia, si estas mismas personas estiman que una vez iniciado el procedimiento se dan circunstancias que aconsejan la no persecución bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios o bien porque consideren los querellantes más conveniente la paralización del procedimiento, pueden otorgar una especie de perdón que no sería tal en términos conceptuales, tratándose más bien de una especie de desistimiento que puede producir los mismos efectos por la vía de apartarse o desistir de la querella» [Cursiva añadida]; SAP Almería n.º 96/2003 (Sección 3.ª), de 5 de mayo (JUR 2003\166818), [FJ 1.º]: «(...) por lo que se trata de un delito en el que la intervención del Ministerio Fiscal está limitada a los supuestos de perjuicio con peligro para los intereses generales o afección a pluralidad de personas o en supuestos que los perjudicados sean incapaces, menores o desvalidos ante la inactividad de sus representantes legales. En consecuencia los delitos societarios que no afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas son delitos privados cuya persecución se reserva a los perjudicados o representantes legales (...).

En definitiva, si estas mismas personas, únicas legitimadas para perseguir el delito, estiman que una vez iniciado el procedimiento se dan circunstancias que aconsejan la no persecución bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios o bien porque como es el caso considera que las supuestas irregularidades cometidas por los administradores de la sociedad en esclarecimiento de las cuales interpuso la querella que dio origen a la presente causa han quedado definitivamente aclaradas de forma

resoluciones, tienen efectos equivalentes a aquéllas¹⁰⁸⁸. En concreto, en opinión del mencionado sector jurisprudencial, lo anterior conlleva la operatividad de una especie de desestimiento o perdón en la esfera de la delincuencia societaria. Se trata de casos en donde no entra en juego ninguna de las dos locuciones contenidas en el artículo 296.2 del Código Penal.

Dicha tesis intenta evitar ciertas situaciones «incómodas» como las que se derivan del acuerdo conseguido bien en el orden jurisdiccional civil, bien extrajudicialmente. Se entiende que en tales casos ha desaparecido el interés que en algún momento pudo existir en la persecución penal de los hechos, lo que se ha considerado por algunos juzgadores como un reconocimiento implícito de la eficacia del perdón¹⁰⁸⁹.

A la hora de fundamentar tal posición, la jurisprudencia ha acudido al principio de intervención mínima del Derecho penal¹⁰⁹⁰. Y es que se ha argumentado que la ausencia de interés en la continuación del proceso por quien resultó víctima de un hipotético delito societario –con el desentendimiento en el ejercicio de las pertinentes acciones penales o civiles– priva a partir de entonces de legitimación al Ministerio Fiscal, hasta entonces parte, para continuar con la persecución de los hechos.

En el intento de hallar una explicación convincente a la corriente jurisprudencial expuesta, se nos ocurren los dos siguientes argumentos. Así, en primer lugar, quizá la exigen-

satisfactoria para el mismo, tal y como expresó el querellante (...) en coherencia con el acuerdo alcanzado por todos los socios en Junta General Universal (...) para desistir de todos los procesos en curso renunciando a cuantas acciones de cualquier tipo pudieran corresponderles entre sí o en sus relaciones con la sociedad pueden apartarse o desistir de la querella, lo que tiene como consecuencia el archivo de las diligencias al carecer el Ministerio Fiscal de legitimación para perseguir el delito enjuiciado (...)

Por consiguiente, la pretensión acusatoria en que la parte apelante [añadimos, a modo aclaratorio, que se trataba de la Fiscalía] sustenta el primero de los motivos del recurso adolece del requisito de perseguibilidad exigido por el art. 296 CP, lo que inexorablemente acarrea el rechazo del mismo al carecer de legitimación para sostener la acción penal como única parte acusadora en un *delito privado como el societario tipificado en el art. 295*» [Cursiva añadida]. Además, parece ser ésta asimismo la opinión de MARTÍN PALLÍN, «Los delitos societarios», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. Soriano Soriano), cit., p. 309.

1088 SAP Vizcaya n.º 451/2006 (Sección 1.ª), de 7 de agosto (JUR 2007\100422), [FJ 1.º]: «La única posible perjudicada renunció al ejercicio de la acción penal y solicitó el archivo del procedimiento. Entiende la Sala que una interpretación lógica del art. 296 CP y teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal lleva a la conclusión de que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para continuar con el ejercicio de la acción penal cuando la posible única perjudicada ha renunciado a ejercitar cualquier tipo de acciones civiles o penales. *Estaríamos ante una especie de desistimiento respecto de la denuncia inicial, que si bien (...) no está previsto legalmente dicho supuesto, razones prácticas y de coherencia lógica del precepto penal nos llevan a la conclusión de que desde el momento en que el único perjudicado se retira del procedimiento no puede continuar con el mismo el Ministerio Fiscal puesto que ya no hay intereses generales que defender*» [Cursiva añadida].

1089 CUGAT MAURI, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), Tomo I, cit., p. 1129.

1090 SAP Málaga, Melilla, n.º 47/2002 (Sección 7.ª), de 22 de julio (ARP 2002\676) [FJ 2.º]: «teniendo presente asimismo el denominado principio de intervención mínima del derecho penal, ha de concluirse que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para ejercitar ningún tipo de acción penal por un supuesto delito societario, pues nos encontramos ante una mera cuestión privada, a dilucidar entre partes, como así lo ha sido; por lo que no cabe apreciar ningún tipo de responsabilidad penal en el acusado, procediendo su libre absolución»; asimismo, véase el texto reproducido de la SAP Vizcaya n.º 451/2006 (Sección 1.ª), de 7 de agosto (JUR 2007\100422), [FJ 1.º].

cia de querrela en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 no ha ayudado a la hora de discernir el encaje en el ámbito de la perseguibilidad de este tipo de supuestos, pues se entendió que el régimen que instauraban, dada la exigencia de querrela, tenía cabida en la categoría de las infracciones penales privadas¹⁰⁹¹. Sin embargo, tal explicación choca con las cláusulas existentes en dichos textos, similares al actual artículo 130 del Código Penal, donde el perdón necesita de previsión expresa¹⁰⁹². Nos hallaríamos, por tanto, ante una categoría de infracciones privadas *sui generis*, dado que, aun cuando se exigía la querrela del agraviado, no se contemplaban efectos legales para la institución del perdón. Ahora bien, quizá la configuración como delitos privados se debía a que todavía se hallaban bajo la influencia del artículo 25 del Código Penal anterior que instauraba justamente un régimen contrario al actual¹⁰⁹³, dando por hecho que en estos casos el perdón extinguía la acción penal sin necesidad de previsión expresa.

Además, el hecho de que el perdón se admita en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (*ex art. 201.3 CP*), existiendo un paralelismo innegable entre las fórmulas empleadas en dicho ámbito y las propias establecidas en el capítulo XIII del título XIII del libro II del Código Penal, ha podido propiciar un traslado mimético por parte de una corriente jurisprudencial de tal característica que pone fin al proceso penal en sede de las infracciones penales societarias. Asimismo, recuérdese que otro ejemplo de perseguibilidad a instancia de parte que se detecta en el ámbito del mencionado título XIII del libro II del Código Penal, el delito de daños imprudentes, también prevé la extinción de «la pena o la acción penal» a través de la institución del perdón (*art. 267.III CP*)¹⁰⁹⁴. Dicho párrafo tercero del artículo 267 de la norma penal, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, únicamente se referirá a que el perdón «extingue la acción penal».

La doctrina¹⁰⁹⁵ se ha mostrado especialmente crítica con dicha tesis jurisprudencial. Y es que se ha considerado, por un lado, que un entendimiento de tales características preci-

1091 Se entendió que quedaban configuradas como –o equiparadas a las– infracciones penales privadas, entre otros, por FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., p. 114; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», cit., p. 201; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, cit., p. 395.

1092 A tal fin, véanse el artículo 136 del Proyecto de Código Penal de 1992: «La responsabilidad criminal se extingue: 4. Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos sólo perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado, y la Ley lo permita expresamente. (...)», y el artículo 130 del Anteproyecto de Código Penal de 1994: «La responsabilidad criminal se extingue: 4. Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos sólo perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado, y la Ley lo permita expresamente. (...)».

1093 Concretamente, el artículo 25.I del Código Penal derogado rezaba así: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley». En comparación con dicho precepto, véase el sentido del actual artículo 130 del Código Penal –que a partir del 23 de diciembre de 2010 pasará a ser el artículo 130.1–: «La responsabilidad criminal se extingue: 5.º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea (...)».

1094 En cambio, no se contiene referencia alguna al perdón en los delitos relativos al mercado y a los consumidores (*art. 287 CP*), que, recordemos, también quedan éstos incluidos en el título XIII del libro II del Código Penal.

1095 Entre otros, destacan los siguientes: DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., p. 79; SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., pp. 134-137; FARALDO CABANA,

sería de previsión legal expresa tendente a la admisión de la operatividad del perdón¹⁰⁹⁶. Y por otro, se ha destacado que la concesión de efectos remisorios al perdón en la esfera de los delitos societarios abriría aún más la brecha existente con respecto a las infracciones penales patrimoniales tradicionales¹⁰⁹⁷.

X. LAS FALTAS PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

1. Semejanzas y diferencias entre la regulación actual y la precedente

El artículo 639 del Código Penal instaura la persecución a instancia de parte en relación con las infracciones penales leves previstas en los artículos 620, 621 y 624.1. Concretamente, el mismo dice así: «En las faltas perseguibles a instancias¹⁰⁹⁸ de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130».

Dicho precepto coincide en gran medida con su precedente, el artículo 602 del Código Penal anterior, que establecía lo siguiente: «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal.

El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida.

Los delitos societarios, cit., 2000, p. 115; y, especialmente, de esta última autora, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 292-294. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., pp. 374, 375, si bien parece mostrarse contrario a la operatividad del perdón en este ámbito, abre la vía a una posible interpretación tendente a admitir, aun con ciertos reparos, su operatividad. Sin embargo, el propio MARTÍNEZ-BUJÁN, *ibid.*, p. 375, acaba por descartar la misma, dado que «no se adecua al criterio rector aquí propugnado para interpretar el requisito de procedibilidad, que (...) persigue recortar lo máximo posible el obstáculo procesal para perseguir los delitos societarios». Tal cuestión también fue objeto de debate en la segunda sesión del Observatorio de Derecho Penal económico del año 2010 en el marco de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «Los delitos societarios», en Revista «La Ley», n.º 7405, Sección Dictamen, 19 de mayo de 2010 (La Ley 819\2010), tal como se desprende del contenido del epígrafe VII titulado «El perdón del ofendido como causa de *lege ferenda* de exclusión de la responsabilidad penal».

1096 Así, por ejemplo, SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 137.

1097 FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit., 1996, pp. 292, 293; SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., pp. 134, 135.

1098 Curiosamente, se emplea el término en plural.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención».

Entre las diferencias más destacables existentes en el contenido de ambos artículos, podemos destacar, por un lado, la alusión contenida en el artículo 602 del Código Penal derogado a la denuncia no sólo del ofendido, sino también del perjudicado. Ello resulta coherente con el empleo del término perjudicado en algunas de las faltas perseguibles a instancia (aparece así la expresión «denuncia del perjudicado» en los arts. 589, 590, 594 y 600 CP anterior), lo que sigue sucediendo en la actualidad con el Código Penal de 1995 (*ex art. 624.1*).

La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, de 1 de enero¹⁰⁹⁹, justificaba así el empleo de ambos términos: «(...) tampoco parecen existir diferencias en orden a la facultad de denunciar entre el ofendido o el perjudicado, sino que lo que parece es que se ha querido distinguir, en el uso del término adecuado para designar al afectado por el delito, entre faltas y delitos económicos, en los que la ofensa lleva consigo un perjudicado patrimonial y los que atentan a bien personales, en los que los perjuicios, de existir, son predominantemente de orden moral, siendo más patente en cambio la lesión o «agravio» del bien jurídico individual».

Hasta aquí podríamos estar de acuerdo con los argumentos de la Fiscalía General del Estado. Sin embargo, lo que no compartimos es la siguiente idea: «En suma, los Fiscales entenderán que, en cualquier caso, está facultado para denunciar en los delitos o faltas sometidos al régimen (...) semipúblico, tanto el sujeto pasivo de la infracción como el perjudicado por ella, aunque puedan ser personas distintas».

Consideramos que la coletilla final únicamente crea desconcierto y, de alguna manera, difumina los caracteres predicables de las infracciones penales perseguibles mediante denuncia de la víctima. Y es que si bien la utilización del vocablo «perjudicado» en la delincuencia patrimonial para aludir al sujeto pasivo del hecho delictivo admite la interpretación de que normalmente será quien, además, haya sufrido un perjuicio patrimonial o, dicho con otras palabras, padezca las consecuencias económicas derivadas de aquel hecho, lo que no se puede mantener es que la denuncia en estos casos pueda ser presentada por quien no entra en la categoría de víctima, y sí en la de perjudicado *stricto sensu*. No obstante lo anterior, esta última persona tendrá en sus manos la posibilidad –siempre y cuando la víctima haya denunciado y removido así el obstáculo existente– de ejercitar la correspondiente acción civil derivada de delito.

Y, por otro lado, como segunda nota distintiva entre la regulación contenida en el artículo 602 del Código Penal anterior y el actual artículo 639 de la norma penal, cabe destacar la referencia a los herederos en el texto penal derogado. Dicha mención, si bien podía justificarse en relación con la falta de imprudencia con resultado de muerte perseguible previa denuncia de la víctima (*ex art. 586 bis CP anterior*), no consideramos que la acción penal resultara transmisible en el resto de supuestos. En cambio, dicha transmisión sucederá en el ámbito de la acción civil. Aun con todo, debemos insistir en la idea relativa a que el deslinde entre el ofendido y el perjudicado no estaba claro en el mencionado artículo

¹⁰⁹⁹ Apartado IX.A).

602 del Código Penal anterior [«En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado (...)»].

Además, téngase en cuenta que en el artículo 602.II del Código Penal derogado la expresión «persona desvalida» parecería englobar al menor de edad y al incapaz en su seno, cuando señalaba que el «Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida». Volvemos más adelante sobre esta cuestión¹¹⁰⁰.

Por último, como punto común existente en ambos preceptos relativos a la perseguibilidad a instancia de parte en los casos de faltas penales y, sorprendentemente, no recogido en ninguno de los delitos que requieren de la presentación de la denuncia del ofendido –ni en la reforma producida en 1989, ni tampoco en 1995–, cabe destacar la mención a las diligencias a prevención en el ámbito de las infracciones penales leves («La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención»). Trataremos, asimismo, este tema más adelante¹¹⁰¹.

2. La aparente diversidad de regímenes existente en las concretas faltas penales con persecución privada y en el artículo 639 del Código Penal

De la lectura de los artículos 620, 621 y 624 del Código Penal¹¹⁰² y de la disposición común a las faltas contenida en el artículo 639 del mismo texto pueden extraerse conclusiones dispares. Y es que, por una parte, en ninguno de los tres preceptos aludidos en primer lugar se encuentra referencia alguna a la operatividad del perdón, lo cual entra en evidente contradicción con lo previsto en el artículo 639 del Código Penal. Pero, por otra, nada establece el último artículo del Código Penal –ni tampoco el artículo 624.1 de la norma penal– con respecto a la posibilidad de que el representante legal de la víctima presente la correspondiente denuncia a fin de erradicar el escollo existente¹¹⁰³, a diferencia de lo que

1100 Así, en el capítulo IV apartado V epígrafe 3.

1101 Concretamente, en el capítulo IV apartado II epígrafe 3.7.3.

1102 A tal efecto, debemos destacar los siguientes fragmentos: artículo 620 del Código Penal (dejando de lado en este momento su último párrafo): «sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal»; artículo 621.6 del Código Penal: «sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal»; artículo 624.1 de la norma penal: «siempre que medie denuncia del perjudicado».

1103 Se nos ocurre que quizá la razón de dicha omisión sea la de que al descartarse del ámbito del artículo 639 del Código Penal de 1995 la opción de que la incoación del procedimiento resultara en estos casos instada por los herederos, se dejó también fuera, por descuido, la referencia al representante legal que venía a continuación en el artículo 602 del Código Penal anterior. En este sentido, AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 71, considera que, más que por una razón de fondo, ello se debe al olvido del legislador. Además, entiende dicho autor que a pesar de la omisión, «esta posibilidad está comprendida en el espíritu y finalidad del precepto, la cual se deduce de una interpretación sistemática del mismo en relación con los arts. 620, 621 y 639 CP».

establecen los artículos 620 y 621 del Código Penal. Sorprendentemente, dicha referencia al representante legal aparece en el artículo 639.III en la esfera del perdón («del ofendido o su representante legal») y no –recordemos que no se contiene alusión alguna al perdón en los artículos 620, 621 ó 624 del Código Penal, por lo que *a fortiori* debe descartarse la opción de que se prevea el perdón del representante legal de la víctima– en las concretas infracciones penales leves perseguibles a instancia de parte.

Las disonancias detectadas vienen, a buen seguro, motivadas por la circunstancia de que el Código Penal de 1995 tomó a modo de plantilla el anterior artículo 602 de la norma penal y, a partir de ahí, se realizaron las correspondientes variaciones.

Además, se ha de tener presente que en el artículo 25 del Código Penal anterior¹¹⁰⁴ el perdón, salvo que se estableciera lo contrario, operaba en el ámbito de los delitos en los casos en que resultaba necesaria la denuncia de la persona agraviada. Si tal previsión era, en principio, aplicable a los tipos previstos en el libro II, parece que, con más razón, podría entenderse extensible dicho término a las conductas del último libro del Código Penal derogado. Tal fue la interpretación propugnada por la Fiscalía General del Estado¹¹⁰⁵.

De ser ésta la exégesis seguida, la referencia al perdón no resultaba imprescindible, pues de lo establecido en el artículo 25 del Código Penal anterior se daba ya en este ámbito por válido, sin necesidad de (ulterior) mención en el artículo 602 del texto penal derogado. Sin embargo, aun cuando fuera ésta la interpretación correcta, no cabe desconocer que el antiguo artículo 586.1.º del Código Penal incluía una referencia expresa al perdón, que parecía referirse exclusivamente al otorgado en fase de ejecución («cuyo perdón extinguirá la pena»). Ello pudo deberse a que dicho precepto era la única falta perseguible a instancia existente con anterioridad a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 3/1989, y el legislador de entonces (1989) pudo no percatarse al respecto. Ello explicaría que el resto de infracciones penales leves que integraban la categoría de las semipúblicas a partir del mencionado cambio legislativo de 1989 no contuvieran referencia alguna al perdón, y que tampoco el artículo 602 del Código Penal estableciera nada sobre el particular.

Por último, consideramos que las dificultades planteadas se habrían evitado mediante la exclusiva previsión de todas las excepciones habidas a la perseguibilidad de oficio en el ámbito de las disposiciones comunes a las faltas, pues nos hallamos ante infracciones penales leves pertenecientes a títulos diversos. Y es que dicha técnica ya fue empleada por el legislador de 1995, por ejemplo, en el caso de la delincuencia sexual perseguible a instancia de parte (arts. 178-184 CP), en lo que respecta al artículo 191 del Código Penal¹¹⁰⁶.

1104 Dicho artículo 25.I del Código Penal derogado decía así: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los *delitos* que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley» [Cursiva añadida].

1105 Véanse los argumentos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1990, de 1 de enero [letra B) del apartado IX. Las cuestiones procesales]. Asimismo, ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», cit., pp. 276, 277.

1106 Otro tanto podría decirse del artículo 287 del Código Penal de 1995 con anterioridad a la reforma experimentada mediante la Ley Orgánica 15/2003. Y es que en la actualidad dicho precepto tendría mejor cabida en la propia sección 3.ª (y no en la 4.ª) del capítulo XI del título XIII del libro II del Código Penal, al quedar sólo referido a los delitos contra el mercado y los consumidores. Además, tras la entrada en vigor de la Ley

3. La denuncia

En este punto nos gustaría exclusivamente aludir a algunos aspectos específicos de las faltas perseguibles a instancia de parte, sin repetir aquellas cuestiones coincidentes con lo previsto para los delitos que integran tal categoría.

3.1. La entidad pública como posible persona agraviada de la falta de alteración de términos o lindes

Tal como expone MAGALDI PATERNOSTRO¹¹⁰⁷, quien resulta facultado para promover la persecución de la falta prevista en el artículo 624.1 del Código Penal «será el sujeto, público o privado, que ostente la titularidad dominical de las propiedades o demarcaciones de heredades o de predios contiguos, así como, en el caso de que la alteración lo sea de términos o lindes de un pueblo, la correspondiente Corporación municipal, único sujeto que puede verse afectado patrimonialmente por la realización de tal conducta». En nuestra opinión, resulta criticable el mantenimiento de la persecución a instancia de parte para los casos en que el sujeto pasivo de la alteración de los términos o lindes resulta una institución pública.

3.2. Las dudas en torno a la existencia de faltas privadas

De lo comentado hasta ahora parecería que en la actualidad no existen faltas de las denominadas privadas en nuestro sistema¹¹⁰⁸. Sin embargo, la regulación penal expuesta

Orgánica 5/2010, el artículo 287 mencionado –que pasa a incluirse en la sección 5.ª– sólo se referirá a algunos de los delitos incluidos en la sección 3.ª.

1107 MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), T. II, cit., p. 2760.

1108 Con respecto al artículo 586.1.º del Código Penal anterior, AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., cit., distingue dos supuestos. Así, en primer lugar, incluye la falta de injurias livianas por escrito y con publicidad entre los preceptos que exigen denuncia y lo relaciona con el artículo 4 de la Ley 62/1978 (p. 36); mientras que, en segundo lugar, considera que la falta de injurias livianas sin escrito y sin publicidad entre particulares requiere de la interposición de querrela, por lo que se trataba ésta de la única falta privada existente (pp. 38, 180). Sin embargo, entendemos que el artículo 4 de la Ley 62/1978 no influía en lo relativo a la exigencia de denuncia en los supuestos del artículo 586.1.º. Ello se debe a que el artículo 4.3 de la Ley 62/1978, que extendía lo dicho con respecto a los delitos a la esfera de la falta del artículo 586.1.º del Código Penal, únicamente efectuaba la remisión al número 2 del mismo precepto, donde se abordaba la institución del perdón, y no la denuncia (tratada en el número 1 del art. 586 CP derogado). En cambio, llegaba a solución contraria a la expuesta, la SAP Córdoba (Sección 2.ª), de 25 de mayo 1996 (ARP 1996\349), [F] 2.º], donde se consideraba que «aquella remisión debe entenderse que se refiere también a los requisitos de procedibilidad –bastando la mera denuncia–, pues si se equiparan los relativos a la posibilidad de extinción, idéntica razón ha de llevarnos a los de su inicio». Por tanto, la cuestión que se debe aclarar es la relativa al sentido que adquiere la cláusula «si reclamare el ofendido» del artículo 586.1.º del Código Penal anterior, aplicable tanto a los supuestos en que la injuria liviana se había producido por escrito y con publicidad como a aquellos casos en que no concurrían dichas características. En conclusión, debe decidirse en torno a si

se ha de combinar con las previsiones que recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal para estos casos en su artículo 969.2. Dicho precepto establece lo siguiente: «El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena»¹¹⁰⁹.

Quizá por dicha razón, ARMENTEROS LEÓN distingue en materia de faltas las públicas y las privadas¹¹¹⁰. Y es que, en cierta manera, dejando a salvo la exigencia de denuncia (como mínimo) y los casos en que la Fiscalía General del Estado considere pertinente intervenir, nos hallamos en los artículos 620, 621 y 624.1 del Código Penal, en relación con el artículo 969.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ante faltas que reúnen los caracteres para ser consideradas como infracciones penales privadas, al quedar el procedimiento íntegramente en manos del denunciante-acusador.

la reclamación del ofendido debía considerarse como sinónimo de querella, o si, por el contrario, debía entenderse que la mera presentación de denuncia resultaba a tal efecto suficiente. En orden a justificar la necesidad de querella (entre los partidarios de la querella, véase la Instrucción 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, de 8 de marzo), se alegaban los artículos 104.II y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (así, AYO FERNÁNDEZ, *ibid.*, pp. 179, 180, aun reconociendo que la práctica forense admitió para la persecución de tales faltas la simple denuncia), lo que nos parece insuficiente para resolver el entuerto. Y es que en la actualidad los casos de injurias leves tienen previsto, en todo caso, el requisito de la denuncia, siendo así que la redacción legal del artículo 104.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al respecto resulta invariada, y esa misma redacción servía anteriormente para justificar la exigencia de querella. En la escasa jurisprudencia menor hallada sobre el artículo 586.1.º del Código Penal derogado, encontramos ejemplos en ambos sentidos (a favor de la exigencia de querella, pueden consultarse la SAP Córdoba (Sección 2.ª), de 25 de mayo 1996 (ARP 1996\349), [FJ 2.º], o la SAP Granada (Sección 2.ª), de 26 de diciembre 1996 (ARP 1996\1297), [FJ 1.º], donde se considera una falta privada; mientras que la SAP Granada n.º 126/1995 (Sección 2.ª), de 20 de marzo (ARP 1995\1158), [FJ 2.º] reputaba suficiente con la presentación de denuncia). Por último —y sin olvidar el argumento relativo a la falta de mención al respecto en los preceptos destinados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal al juicio de faltas—, nos gustaría destacar que la tesis favorable a la querella choca con el hecho de que el legislador de 1989, al convertir en semipública la falta contenida en el artículo 586.2.º del Código Penal vigente entonces, empleara la misma fórmula («si reclamare el ofendido») sólo en dicho precepto. Aun con todo, somos conscientes de la dificultad ínsita en la cuestión planteada, especialmente a medida que en el Código Penal anterior se sucedían las reformas y éstas desdibujaban el espíritu que inicialmente pudo existir sobre tal cuestión.

1109 Precepto modificado por el artículo 3 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre. La anterior redacción, proveniente de la Ley 10/1992, de 30 de abril (art. 6.25), justificaba en la Exposición de Motivos [2] dicha reforma con base en lo siguiente: «se establece la posibilidad de que los juicios por faltas cuya persecución la ley condiciona a la denuncia del ofendido se celebren sin la presencia del Fiscal, con el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos de esta institución, mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia. (...)». Sobre la reforma operada en 1992, resulta ilustrativo el siguiente comentario de IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 185: «Si analizamos las palabras del legislador en la Exposición de Motivos sobre esta «posibilidad», nos encontramos que se introduce esta modificación para que los Fiscales se dediquen a infracciones penales de mayor relevancia. Creemos que si son necesarios más Fiscales se habrán de dotar nuevas plazas y no «desnudar a un fraile para vestir a otro»».

1110 ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 48-50.

4. El perdón

Existe consenso doctrinal en lo relativo a la operatividad del perdón en las faltas previstas en los artículos 620, 621 y 624.1 del Código Penal¹¹¹¹, dado lo dispuesto en el artículo 639.III de la misma norma. Ello no obstante, entendemos conveniente, como ya se ha apuntado con anterioridad¹¹¹², la reforma del texto penal, aglutinando así en las disposiciones comunes a las faltas la totalidad de las peculiaridades existentes en la esfera del libro III del Código Penal y suprimiendo las referencias contenidas en los primeros tres preceptos citados.

Sin embargo, no ha sido éste el criterio seguido por el legislador de 2010. En concreto, la Ley Orgánica 5/2010 no ha modificado ninguno de los cuatro preceptos aludidos. Lo anterior significa, pues, que ni formalmente se ha adecuado la referencia que el artículo 639.III efectúa al artículo 130.4.º.II del Código Penal, y que debería, a partir del 23 de diciembre de 2010 en que entrará en vigor la citada ley orgánica, ser al artículo 130.1.5.º.II, ni tampoco se ha procedido a suprimir la mención consistente en que el perdón «extinguirá (...) la pena impuesta». Todo ello resulta incomprensible, máxime cuando se observan las reformas que la Ley Orgánica 5/2010 ha acometido en relación con los delitos en donde el perdón resulta operativo (arts. 201.3, 215.3 ó 267.III CP).

1111 Así, entre otros, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 657; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., Colex, cit., p. 180.

1112 Concretamente, en este capítulo III apartado X epígrafe 2.

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMAS PROCESALES COMUNES A LAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

I. ALGUNAS ACLARACIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

1. La categoría de la perseguibilidad

Una vez analizado cada uno de los grupos de tipos del Código Penal de 1995 que integran la categoría de las infracciones no perseguibles de oficio, en las siguientes páginas se realizará un estudio más general que aborde de manera conjunta aquellos problemas procesales comunes que plantean estos ilícitos, tanto desde la perspectiva estática como dinámica. Ahora bien, como objetivo del presente capítulo, no pretendemos analizar de manera exhaustiva cada una de las grandes instituciones a las que la perseguibilidad a instancia afecta, ya que el grueso del Derecho procesal penal se vería, en mayor o menor medida, implicado, sino que nos detendremos en aquellas peculiaridades existentes en cada caso por razón de la perseguibilidad a instancia de parte. Conviene recordar que la clasificación de las infracciones penales en función de su perseguibilidad es, en realidad, una taxonomía de tipos penales efectuada con contenido procesal¹¹¹³.

Según FENECH NAVARRO, la categoría de la procedibilidad alude al «conjunto de circunstancias jurídicas o facticias, subjetivas u objetivas, estáticas o dinámicas, que han de concurrir en un caso concreto para que pueda iniciarse, desenvolverse y lograr su fin inmediato la actividad jurisdiccional del Estado (...)»¹¹¹⁴.

Dicha procedibilidad normalmente resulta equiparada a la categoría de la perseguibilidad. Sin embargo, entendemos que esta última goza de un cierto matiz que incide más en el ámbito de la puesta en marcha y al mantenimiento del proceso penal; de ahí que la esfera de la finalización del proceso penal devenga en la perseguibilidad un tanto secunda-

1113 Por su parte, ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., pp. 310, 311, entiende que nos hallamos ante una «clasificación, sin duda, sustantivista, que permite diferenciar los delitos «perseguibles de oficio» de los «delitos perseguibles a instancia de parte»».

1114 FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 3.ª ed., Agesa, Madrid, 1978, p. 282.

ria, lo que coincide con el panorama existente en nuestro derecho. Como consecuencia de lo señalado, la institución de la perseguibilidad resulta de especial utilidad para aglutinar dos estadios, que se justifican por la propia idiosincrasia del proceso penal: por un lado, la incoación procesal; y, por otro, la adquisición de la cualidad de parte acusadora. No obstante lo apuntado, ambos momentos procesales pueden coincidir en el tiempo, como sucede con la querella que pone en marcha el proceso y que, además, aun cuando el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo señale expresamente¹¹¹⁵, incorpora la voluntad del querellante para que se le tenga como parte acusadora. Lo anterior, sin embargo, no resulta predicable del instrumento de la denuncia. Ello nos lleva a considerar preferible el estudio dividido de ambas fases, aun a sabiendas de que en algunos casos podrán darse simultáneamente. Además, se ha de tener presente que las dos etapas aludidas concurrirán en todo proceso penal; en cambio, las peculiaridades a la hora de poner fin a la maquinaria penal sólo se hallan previstas en algunas de las infracciones analizadas en el capítulo anterior¹¹¹⁶.

Incluso cabe precisar aún más, pues las peculiaridades ínsitas al entender que una infracción penal resulta perseguible a instancia de parte –como expresión antónima de la perseguibilidad de oficio– pueden ser agrupadas en dos grandes bloques. Y es que la mayoría de los ilícitos penales que quedan fuera de la perseguibilidad de oficio incorporan, sobre todo, notas distintivas en cuanto a la incoación del proceso¹¹¹⁷, independientemente de que la *notitia criminis* se adquiera mediante denuncia o querella; sólo en los delitos privados se extienden, necesariamente, estas peculiaridades de manera muy acentuada a la adquisición de la cualidad de parte acusadora. Además, en estos últimos casos ambos estadios coincidirán en el tiempo, pues al no intervenir, como norma general, el Ministerio Fiscal en los procesos por infracciones penales privadas se torna imprescindible la interposición de querella.

2. Diversas posturas sobre el ejercicio de la acción penal

En el epígrafe anterior hemos evitado la utilización del término «acción», institución ligada al estudio de las partes procesales¹¹¹⁸, que, dado su arraigo, podría plantearnos ciertos

1115 En este sentido, NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 43.

1116 La independencia de ambos ámbitos fue ya destacada por GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, cit., pp. 551, 552, quien al respecto señalaba lo siguiente: «Existe indudablemente una correlación entre la institución de la instancia privada y el perdón del ofendido. Pero no es una correlación necesaria –y en todo caso, opera en planos distintos. Un ordenamiento jurídico dado puede desconocer la institución del perdón y dejar la persecución del delito condicionado a un acto de disposición del particular– regulando o no la querella privada. Y, de hecho, así sucede. Inversamente, cabría perfectamente, en principio, conceder al sujeto pasivo la facultad de perdonar, sin dejarle influir, ni positiva, ni negativamente, en la promoción y el sostenimiento de la acción penal –por el Ministerio Fiscal, o por otro particular–».

1117 Analizaremos en este capítulo IV apartado VI la polémica existente en torno a la admisibilidad de la acusación popular en las infracciones semipúblicas.

1118 Se trata de uno de los pilares del sistema, junto con la jurisdicción y el proceso. Véase SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», en *Justicia* 87, p. 289; del mismo autor, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios*

problemas. Ello se debe, por un lado, a la existencia de diversas acepciones en torno a dicho término. Así, en ocasiones, se viene empleando en un sentido amplio, como equivalente de petición efectuada por cualquiera de las partes¹¹¹⁹. En cambio, desde un punto de vista más restringido, hemos de referirnos a lo que se ha denominado «ejercicio de la acción»¹¹²⁰. Y, por otro lado, debe ser destacado cómo tradicionalmente las diversas teorías doctrinales han tomado como punto de partida el proceso civil y, en consecuencia, extrapolado los caracteres predicados de la acción civil a la penal. Las disonancias ínsitas en la asunción por el Derecho procesal penal de instituciones previstas para el procedimiento civil, sin ulterior depuración, no son despreciables. Y es que olvidan algunas de las peculiaridades del proceso penal, como por ejemplo el hecho de que en el juicio criminal la institución de la incoación del proceso no lleva (necesariamente) consigo la existencia de partes procesales desde ese preciso instante, a diferencia de lo que sucede en el resto de órdenes jurisdiccionales. Las características propias del *ius puniendi*, con su consiguiente reflejo en la esfera procesal, hacen que el estudio de la acción penal deba realizarse de forma monográfica y, en cierta medida, autónoma.

Como ya hemos apuntado, el término acción incorpora al análisis un elemento de gran enjundia y tradición, pero esa misma cualidad puede resultar contraproducente al existir tantas posiciones, matices y precisiones, como autores han escrito sobre el tema. Por ello, sin ánimo de exhaustividad y a los solos efectos de lograr una clasificación que nos resulte útil para el tratamiento procesal de las infracciones perseguibles a instancia de parte, agruparemos en dos bloques las tesis relativas al momento del ejercicio de la acción:

2.1. La teoría minoritaria: El ejercicio de la acción en el momento de la denuncia

La posición defendida por el profesor FAIRÉN GUILLÉN y secundada, asimismo, por GIMENO SENDRA resulta minoritaria en la doctrina. Según estos autores, el derecho de acción penal se ejercita a través de la puesta en conocimiento de una *notitia criminis* a un órgano judicial. Ello se debe a que esa comunicación obliga al tribunal en cuestión a dictar una resolución motivada sobre su no admisión o sobre el fin del proceso penal¹¹²¹.

Sin embargo, ese ejercicio de la acción penal como consecuencia de la primera comunicación realizada al órgano judicial sobre la comisión de unos hechos con apariencia de

de derecho procesal, Ariel, Barcelona, 1969, p. 157, donde señala que «los actos de las partes comprenderían la acción; la resolución del juez, la jurisdicción. Acción y jurisdicción encuadrarían así todo el proceso».

1119 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 6.ª ed., cit., p. 93, al señalar que «cuando se litiga, se dice que «se acciona». La acción no es más que petición de derecho en definitiva».

1120 Téngase en cuenta la diferenciación apuntada por MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, p. 118, entre la acción penal como derecho y la acción penal como ejercicio de este derecho.

1121 FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 113, 114. GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 45 n. 81; del mismo autor, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 167, 169.

delito, conduce a los autores que mantienen esta posición a distinguir una ulterior categoría: la pretensión¹¹²². Para dicho sector doctrinal por pretensión (penal) se ha de entender «la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita del Juzgado o Tribunal de lo Penal una Sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquél de un hecho punible»¹¹²³.

De lo anterior se desprende que para los defensores de esta tesis la presentación de una denuncia ante un órgano jurisdiccional –no, por tanto, ante otras instituciones que también pueden recibir la misma– supondrá ya ejercicio de la acción penal. Asimismo, la incoación de oficio o la querella implican el ejercicio de la acción penal¹¹²⁴. Por tanto, la incoación del proceso mediante denuncia que reúna las características comentadas significará para este sector doctrinal ejercicio de la acción penal. La nota distintiva existente entre la presentación de una denuncia y una querella se halla en que el querellante solicita del juez (competente) la adquisición de la cualidad de parte acusadora, lo cual no ocurre con la mera comunicación de la *notitia criminis*. Este último aspecto, consecuentemente, resulta coincidente con lo mantenido por la literatura mayoritaria.

Como desarrollo de la idea expuesta, tal como se analizó¹¹²⁵, GIMENO SENDRA acomete la tarea de efectuar una clasificación en materia de la acción. Sin embargo, la misma sólo alcanza una explicación satisfactoria si se tiene presente que ya con la denuncia del ofendido en un delito semipúblico se produce ejercicio de la correspondiente acción penal¹¹²⁶. Aun con los recelos que nos suscita dicha tesis, no podemos ocultar que resulta especialmente sugestiva para abordar el estudio de la perseguibilidad a instancia de parte, dado que disecciona con absoluta nitidez los dos grandes hitos de la misma: la incoación del proceso y la adquisición de la condición de parte acusadora. Sin embargo, como apuntábamos, nos cuesta trabajo afirmar que con la denuncia se produce ejercicio de la acción. Por ello, no adoptaremos como eje de nuestro trabajo una tesis como la expuesta, si bien, su asunción simplificaría la exposición que realizaremos, dado que la misma deberá ser articulada en torno a los conceptos de incoación del proceso y adquisición de la condición de parte. Dichas dificultades, a buen seguro, habrían disminuido de haber asumido la clasificación de GIMENO SENDRA en la esfera de la acción.

1122 FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», cit., pp. 75 y ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 599. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hijonosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., cit., p. 176, apunta que, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la noción de pretensión no aparece en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1123 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 226.

1124 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 599.

1125 Concretamente, en el capítulo III apartado I epígrafe 2.2.1.

1126 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., quien denomina «acción penal privada exclusiva o absoluta la que surge de la comisión de un delito privado y que se caracteriza por la relevante circunstancia de que el ofendido goza del monopolio, no sólo de la acción penal, sino también de la pretensión punitiva» (p. 176); mientras que en la acción penal privada relativa o no exclusiva «el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal (...), no goza el ofendido de la disponibilidad de la pretensión penal, toda vez que el Ministerio Fiscal está legitimado para sostenerla» (p. 177).

2.2. La tesis mayoritaria: Inexistencia de ejercicio de la acción penal en la denuncia

La mayor parte de la doctrina especializada coincide en la consideración de que la denuncia no supone ejercicio de la acción penal. A partir de ahí, sin embargo, surgen opiniones dispares, pues mientras que unos consideran que se ejercita la acción penal ya en la fase de instrucción¹¹²⁷ del proceso penal —cuando se adquiere la condición de parte acusadora¹¹²⁸—, otros autores estiman que en ese momento todavía no se ha producido aquel ejercicio¹¹²⁹.

Bajo nuestro punto de vista, existe ya ejercicio de la acción penal con la voluntad —expresa o implícita— de convertirse en parte (acusadora), sin que haya que esperar a momentos posteriores (vg. al escrito de acusación). En cambio, la respuesta diverge en lo atinente al ejercicio en el seno del propio procedimiento penal de la acción civil *ex delicto*. Y es que en este caso sí que resultan determinantes la acusación o los escritos de calificación. Siguiendo a FONT SERRA, debe señalarse que «el ejercicio de la acción civil se halla siempre supeditado a la acusación. Sólo cuando alguien acuse a un sujeto como autor de hechos considerados delictivos, cabrá ejercitar contra el mismo, y contra terceros responsables, la acción civil que se fundamente en aquellos hechos»¹¹³⁰. Sin embargo, ello no empece a la posible adopción de medidas cautelares civiles con anterioridad a lo largo de la fase de instrucción¹¹³¹.

Las consideraciones apuntadas devienen de gran importancia para nuestro estudio, dada la relevancia que adquiere la diferenciación entre la facultad para remover el esco-

1127 Sobre las dos acepciones del término instrucción en el ámbito procesal, puede consultarse SERRA DOMÍNGUEZ, «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 716. En concreto, el profesor SERRA distingue la instrucción «como equivalente a «formación», y desde este aspecto instruir equivale a todo acto de formación del proceso, y al mismo tiempo puede emplearse como sinónimo de dar a conocer, de tomar conocimiento de los actos ya verificados en el proceso a los efectos de preparar o realizar en éste una función determinada».

1128 Entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 19-30; GONZÁLEZ MONTES, F., «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, p. 89; GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Notas de torno a la acción penal y su ejercicio», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 6-7, 1985, p. 273.

1129 Por destacar algunos, véanse, SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., pp. 767, 771-772; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 120, quien considera que «tradicionalmente se ha dado excesiva importancia a la querella como vehículo de expresión de la acción penal. (...) Lo que verdaderamente importa para el juicio penal es poder formular la acusación. Ello tampoco se realiza mediante la querella, sino en el escrito de acusación o calificación provisional. Hay que superar, por lo tanto, el lastre de pensar que las partes acusadoras ejercitan la acción penal desde el mismo inicio del juicio penal»; NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, cit., p. 43.

1130 FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, p. 91.

1131 En este sentido, véase FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, cit., p. 89, quien señalaba al respecto lo siguiente: «Durante el sumario, la actividad procesal sobre el objeto civil del proceso penal ha versado en torno al aseguramiento cautelar, con o sin la intervención del perjudicado. Al finalizar la fase de instrucción, es cuando propiamente comienza el proceso civil conexas al proceso penal, que se adecua al procedimiento previsto para el proceso penal».

llo inicial existente en el ámbito de la perseguibilidad –normalmente será suficiente una denuncia– y la cuestión atinente a quién puede impulsar, una vez producida aquélla, el proceso penal de forma activa desde la posición de parte. Todo lo anterior adquiere, pues, especial incidencia a la hora de distinguir las infracciones penales semipúblicas de los denominados delitos privados.

3. El difícil deslinde entre la categoría del consentimiento y las condiciones de procedibilidad

Una vez descartada la incoación de oficio como modalidad válida a efectos de dar comienzo al correspondiente proceso penal, hemos de dejar siquiera apuntado un tema de singular importancia. Sin embargo, se trata de un ámbito que normalmente pasa desapercibido, quizá por su carácter a medio camino entre lo sustantivo y lo procesal. Nos referimos a la delimitación existente, en la esfera de los bienes jurídicos personales, entre lo que constituye la categoría del consentimiento –que convierte el hecho en atípico, en algunos casos; otras veces, constituye una causa de justificación; mientras que, en otros supuestos, integra una simple atenuación¹¹³²– y la ausencia de la pertinente condición de procedibilidad –que impide la persecución del hecho con apariencia delictiva–.

La pregunta que se plantea es la relativa al lugar donde se halla la frontera entre, por ejemplo, la atipicidad, por concurrencia del consentimiento de la hipotética víctima, y la imposibilidad de poner en marcha el proceso penal ante la existencia de un escollo¹¹³³. Se trata de una cuestión en la que, en principio, será necesario indagar en la voluntad de la, en su caso, víctima. No se llega a otra solución, dado que como norma general el consentimiento en nuestro ordenamiento no constará por escrito. La excepción a lo anterior la encontramos en el consentimiento informado que se otorga en el ámbito sanitario, donde se exige que aquél aparezca por escrito precisamente para evitar que riesgos ínsitos a la propia *praxis* médica, y que, como tal, no dan lugar a responsabilidad de los facultativos, sean utilizados por los pacientes para obtener indemnizaciones a su favor.

1132 De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el consentimiento constituirá causa de atipicidad en aquellos supuestos en los que aparece como un requisito expreso o tácito que la acción o la omisión se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. El consentimiento excluye también la tipicidad de la acción o de la omisión cuando se trate de tipos delictivos en los que se protege, junto a un bien jurídico, la libertad de disposición del mismo (así, en el hurto). Por el contrario, funcionará como causa de justificación en aquellos tipos penales en los que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible (así, en el delito de injurias). Finalmente, el consentimiento puede actuar, igualmente, como causa de atenuación (véase en los delitos de lesiones). En relación con el particular, puede consultarse CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte General*, II, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 326 y ss.

1133 Al respecto, cabe traer a colación las palabras de ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 405 n. 206, quien en relación con las infracciones penales perseguibles a instancia de parte señala lo siguiente: «Es muy importante dejar claro que dicha disponibilidad no se refiere a la lesión típica inicial –que ya está consumada, y respecto de la cual no es posible hablar, por tanto, de disponibilidad del bien jurídico (sea el mismo o no) ya lesionado (...)–, sino a la lesión que puede derivarse para la víctima como consecuencia de la actuación penal estatal».

II. LA INCOACIÓN DEL PROCESO PENAL EN LAS INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

1. Introducción

Sin lugar a duda la característica más sobresaliente de las infracciones no perseguibles de oficio es la referida a las particularidades existentes en el momento inicial del proceso. Y es que si reparamos sobre dicha cuestión, se observa que en el comienzo procesal de cualquiera de aquéllas concurre siempre algún tipo de divergencia en el ámbito de la perseguibilidad con respecto al régimen ordinario¹¹³⁴.

A continuación, analizaremos las modalidades de incoación existentes en los procesos penales por infracciones perseguibles a instancia de parte, dado que la forma de dar comienzo al proceso, junto con la categoría de los sujetos facultados para efectuar válidamente dicho paso, constituyen los dos aspectos que mayor grado de especialidad revisten en los delitos y faltas objeto de nuestro estudio¹¹³⁵. Tal como hemos observado en el capítulo tercero, en la mayoría de los casos –salvo en los delitos privados y en algún otro supuesto que abordaremos más adelante¹¹³⁶ como el previsto en el artículo 191.1 del Código Penal con respecto al Ministerio Fiscal– la manera de dar luz verde al correspondiente procedimiento criminal por infracción perseguible a instancia de parte es a través de una denuncia. Lo anterior significará que, con independencia de que pueda también ser empleada la opción más compleja de la querella, normalmente bastará¹¹³⁷ con aquélla.

En suma, resulta insuficiente con señalar que la característica de los procesos penales por infracciones no públicas es su elemento subjetivo, esto es, la necesaria concurrencia de un acto de la persona ofendida. Y es que en los delitos privados la forma concreta de querella se torna necesaria y la denuncia, en consecuencia, deviene inidónea¹¹³⁸.

1134 De ahí que entendamos que no cabe aplicar la institución del perdón en aquellos casos en que la infracción penal no requiere de la necesaria presentación de la denuncia por persona facultada para ello (así, por ejemplo, en el art. 201.2 CP), pues bajo nuestro punto de vista estos supuestos quedan integrados en la categoría de delitos públicos.

1135 En este sentido, asimismo, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 66, 68.

1136 Concretamente, en este capítulo IV apartado V epígrafe 5.

1137 Verbo con gran tradición histórica en el ámbito del delito de violación [cláusula también prevista para los delitos de agresiones sexuales, estupro y rapto, según el artículo 443 del Código Penal derogado y también en el artículo 463.II del Código Penal de 1870 con relación a la violación y al rapto ejecutado con miras deshonestas], ya que se estableció, como contraposición a la exigencia de querella, que «basta» la denuncia. Sin embargo, el término generó el rechazo de un sector doctrinal, al entender que, más que como un escalón inferior con respecto a la querella, debía subrayarse que constituía un elemento necesario en la esfera de la perseguibilidad a instancia de parte. En este sentido, reproduce la crítica apuntada TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 389, quien puntualiza que «para proceder por estos delitos no «basta», sino que «es necesaria», al menos, la denuncia (...)».

1138 En esta línea, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 80 n. 201.

2. La exclusión de la incoación de oficio y las dudas generadas por el delito de acusación o denuncia falsa

De lo anterior se deduce que la modalidad de iniciación procesal que queda cercenada en las infracciones perseguibles a instancia de parte (en la acepción amplia ya conocida) es la incoación *ex officio*. Sin embargo, se ha de prestar especial cuidado en este ámbito a la terminología empleada, dado que, como acertadamente ha apuntado NIEVA FENOLL, se prestan a confusión las categorías de la «perseguibilidad de oficio» y la «incoación de oficio»¹¹³⁹. En este sentido, y siguiendo al mencionado autor, podemos definir esta última como «el acto jurisdiccional de inicio de la instrucción en el cual el Juez, al propio tiempo manifiesta su conocimiento personal sobre unos hechos presuntamente delictivos, y expresa su voluntad de investigarlos»¹¹⁴⁰.

La mencionada imposibilidad de acudir a la modalidad de la incoación de oficio en las infracciones penales con perseguibilidad a instancia de parte puede plantear algunas dudas en el ámbito del delito de acusación o denuncia falsa. Concretamente, el artículo 456.2 del Código Penal dispone lo siguiente: «No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Éstos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido».

En nuestra opinión, y contrariamente a lo que pudiera desprenderse de la lectura del anterior precepto, nos hallamos ante un delito público¹¹⁴¹ donde se emplea una atípica fórmula a la hora de aludir a su perseguibilidad, dado que parece sugerirse que algunas modalidades de incoación del proceso quedan excluidas en tales casos (así, la proveniente del Ministerio Fiscal o también la de un tercero ajeno al hecho). De ahí que en el capítulo segundo del trabajo no se haya incluido el delito de acusación y denuncia falsas entre las infracciones penales cuya persecución queda condicionada, ni hayamos realizado referencia alguna a la mencionada cláusula del artículo 456.2 del Código Penal.

1139 NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, cit., pp. 33, 34.

1140 NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, cit., pp. 48, 49.

1141 En este sentido, asimismo, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., p. 178, donde después de señalar que se trata de un delito público, «no obstante la tortuosa redacción del art. 456.2», apunta que la especialidad de dicho precepto consiste en «instaurar un nuevo presupuesto, cual es la excitación judicial que impide al Ministerio Fiscal ejercitar la acción, si no denuncia el ofendido». En cambio, parece mantener la tesis contraria la SAP Pontevedra n.º 170/2005 (Sección 2.ª), de 19 de diciembre (JUR 2006\238269), [FJ 2.º]. Por su parte, en la doctrina, PÉREZ GIL, *La acusación popular*, cit., p. 434 n. 5; y, FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, cit., pp. 272, 273 n. 961, sitúan los delitos de acusación o denuncia falsas entre los semipúblicos. Sobre los problemas que planteaba el delito de acusación y denuncia falsa previsto en el artículo 325 del Código Penal anterior, puede consultarse MARTÍNEZ PÉREZ, «Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código Penal español», en *Estudios penales en memoria del Profesor Fernández-Albor*, cit., pp. 482-485.

3. La denuncia en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte

3.1. Breve reflexión sobre la adecuación del término «denuncia»

La existencia de dos tipos de denuncia en función de la perseguibilidad de la infracción penal ha generado la crítica de un sector doctrinal, que ha considerado que la diversidad existente en ambos casos es tal que resulta perturbador el empleo de un mismo término. En este sentido, se ha propugnado la utilización de denominaciones alternativas como petición, requerimiento, solicitud o instancia de quien posee dicha facultad¹¹⁴².

No obstante lo anterior, encontramos, asimismo, autores que han defendido la opción de la denuncia, frente a otras empleadas incluso en el propio texto penal. Efectivamente, recordemos que la Disposición Adicional 4.ª de la Ley Orgánica 3/1989 aludía a la reclamación o denuncia (lo que ha sido mantenido en el Código Penal de 1995 en su Disposición Adicional Tercera)¹¹⁴³.

Al respecto, consideramos que el arraigo y tradición del término «denuncia», también en la esfera de las infracciones semipúblicas, juega un peso importante a favor del mantenimiento de la denominación actual. Además, el problema se extiende al ámbito de la querrela, con lo que la dificultad de encontrar un nuevo término para este supuesto se repite —e incluso aumenta—. Entendemos que, no obstante lo apuntado, resulta innegable que bajo el mismo paraguas se cobijan dos instituciones con puntos discrepantes, pero también con caracteres comunes.

Tal como hemos analizado especialmente en el capítulo anterior, las infracciones penales no perseguibles de oficio en las que resulta suficiente la denuncia (de persona facultada para ello) son las siguientes: reproducción asistida no consentida; agresión, abuso y acoso

1142 Especialmente crítico se mostraba al respecto IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, pp. 138, 139, quien señalaba lo siguiente: «(...) lo que desenfoca su esencia, pues denunciar es exponer, comunicar o informar, pero siempre encerrando una manifestación de conocimiento que se transmite, mientras que al mencionar la ley esta segunda denuncia para los delitos semipúblicos indica una manifestación de voluntad que contiene permiso o autorización, interponente de un requisito necesario de procedibilidad que puede ir acompañado de denuncia verdadera, es decir, de información de hechos delictivos, y así suele ocurrir, pero que no precisa de este acompañamiento, por no obstar nada a que los hechos constitutivos del delito sean conocidos e incluso hayan quedado plasmados y aclarados suficientemente con anterioridad en la instrucción, que puede haberse iniciado para la obtención del conocimiento de otros hechos. (...) a pesar de la unidad terminológica empleada por la ley, la denuncia permisiva no es denuncia y no debe confundirse con ella, ni menos dar por supuesto que sea una subespecie, por lo que sería más acertado prescindir del empleo de este vocablo en su segundo sentido, y cuando se impongan requisitos de este tipo, debiera indicarse que los delitos concretos no podrán provocar la instrucción y después el proceso o no podrán ser perseguidos sino a petición, requerimiento, solicitud o instancia de la persona que posea dicha facultad».

1143 Lógicamente, dicha crítica iba de la mano del entendimiento que se le diera al término reclamación, esto es, variaba la opinión al respecto en función de si se entendía referida al ámbito penal o al civil. Contrario a su utilización se mostró GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, «Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes», en *Poder Judicial*, n.º Especial XII, p. 242 n. 33, quien la consideró «impropia y nada añade a la denuncia que es empleada previamente».

sexual; descubrimiento y revelación de secretos; abandono de familia; daños imprudentes; los relativos al mercado y a los consumidores; societarios; y las faltas previstas en los artículos 620, 621 y 624.1 del Código Penal.

La denuncia en estos casos se ha calificado como permisiva¹¹⁴⁴, privada¹¹⁴⁵, condicionante¹¹⁴⁶, necesaria¹¹⁴⁷ o denuncia como derecho¹¹⁴⁸, al objeto de diferenciarla de la denuncia común, ordinaria o denuncia como obligación, esto es, la que se presentaría ante unos hechos eventualmente constitutivos de una infracción penal pública. Al margen de lo anterior, consideramos que cualquiera de las cinco expresiones reproducidas refleja alguno de los aspectos característicos de la perseguibilidad en las infracciones que venimos estudiando a lo largo del trabajo. Así, la expresión denuncia privada pone de relieve que no cualquier ciudadano puede ser denunciante en estos supuestos; o también puede ser entendida como la denuncia a presentar ante hechos constitutivos de infracciones no públicas. Por su parte, el término condicionante y la expresión denuncia permisiva inciden en la idea de que la incoación del correspondiente proceso dependerá de dicho acto de comunicación de la *notitia criminis*. En tercer lugar, la denuncia necesaria subraya que, como mínimo, ha de concurrir la misma a efectos de la incoación del proceso penal. Y, por último, nos hallamos ante una facultad a ejercitar, en su caso, por las personas concretas que prevé el Código Penal.

Ahora bien, pese a lo señalado, quizá resulte conveniente evitar en la medida de lo posible el adjetivo «privada» al referirnos a la denuncia, ya que puede generar cierta confusión con respecto a las infracciones (también) denominadas privadas¹¹⁴⁹. Como sabemos, en los procesos por estos últimos delitos no se admite la denuncia del ofendido, sino que se exigirá querrela del mismo como instrumento que activa el procedimiento penal¹¹⁵⁰.

1144 IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 139.

1145 FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1945, p. 63; SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV vol. II, Santillana, Madrid, 1968, p. 608; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 115, 116; GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal y su Jurisprudencia*, 6.ª ed., cit., p. 124; ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hijonosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., cit., p. 325.

1146 ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Rubí, Madrid, 1981, p. 242; GONZÁLEZ VICENTE, «La denuncia condicionante y sus efectos en el orden material y procesal», en Poder Judicial, n.º Especial XII, p. 268; VÉLEZ MARICONDE, «Acción penal dependiente de instancia privada», en Revista de Derecho Procesal (Publicación Iberoamericana y Filipina), 1964, p. 769, si bien referida al ordenamiento jurídico argentino; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 113, 114.

1147 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 360.

1148 ASENCIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 114; MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 180.

1149 En este mismo sentido, SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV vol. II, cit., p. 609. De otra opinión se muestra IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 116, quien considera preferible la expresión denuncia privada, por un lado, para evitar que se relacione la misma con las condiciones de procedibilidad y no con los presupuestos procesales de perseguibilidad; y, por otro, al objeto de emplear la misma terminología que en la querrela (por delito privado).

1150 Por otro lado, un sector de la doctrina contrapone la denuncia de delitos públicos a la denuncia de delitos privados. En este sentido, véase FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», cit., p. 114.

3.2. Problemas de aplicación normativa referidos a la naturaleza jurídica de la denuncia

Uno de los temas clásicos al abordar el estudio de la denuncia como figura de la perseguibilidad a instancia de parte ha sido el de fijar si nos hallamos ante una categoría procesal (condición de procedibilidad, presupuesto procesal¹¹⁵¹, presupuesto de procedibilidad¹¹⁵², requisito de procedibilidad, etc.) o penal (condición de punibilidad o condición objetiva de punibilidad)¹¹⁵³. Entendemos, sin embargo, que nos hallamos ante un debate superado, ya que en la actualidad resulta pacíficamente admitido su carácter procesal¹¹⁵⁴, sea cual sea la concreta denominación y configuración que se le otorgue. Los elementos del delito concurrirán (o no) con independencia de la presentación de la denuncia por persona facultada para ello.

Sin embargo, constituyen una tercera categoría los supuestos previstos en los artículos 305.4¹¹⁵⁵, 307.3¹¹⁵⁶ y 308.4¹¹⁵⁷ del Código Penal con respecto a la denuncia –o querella– prove-

1151 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1993, p. 132.

1152 RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 136. Por su parte, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 116, la considera un presupuesto procesal de perseguibilidad.

1153 Da cuenta de la polémica TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 366-377. Véase, además, GÓMEZ ORBANEJA, «Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad», en *Colección de estudios en homenaje al Profesor Camilo Barcía Trelles (en sus bodas de plata de catedrático de Derecho internacional)*, Universidad Compostelana, Santiago, 1945, pp. 81-93.

1154 Quizá a día de hoy resulte un tema de mayor importancia y dificultad la delimitación entre el consentimiento y las condiciones de procedibilidad, tal como hemos dejado apuntado en este capítulo IV apartado I epígrafe 3.

1155 En concreto, el artículo 305.4 del Código Penal establece lo siguiente: «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. (...)».

1156 El artículo 307.3 del Código Penal dice así: «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida. (...)».

1157 El artículo 308.4 del texto penal establece lo siguiente: «Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querella o denuncia contra aquél dirigida. (...)».

niente del Ministerio Público. En relación con los mismos, GIMENO SENDRA considera que tal denuncia entra en la esfera de las condiciones de punibilidad. Y es que, según el mencionado autor, «existiendo una conducta típica y culpable, ello no obstante, por razones de política criminal, el cumplimiento de la penalidad queda legalmente condicionado a que el Ministerio Fiscal ejercite la acción penal, en cuyo caso queda integrada la totalidad de la conducta con todos sus elementos»¹¹⁵⁸. Sin embargo, si se reputa la punibilidad como la última gran categoría de la teoría del delito, parece que la denuncia del Fiscal en los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 del Código Penal no puede tener dicha naturaleza, pues, de ser así, nos veríamos obligados a afirmar que hasta entonces no hay, en teoría, un delito. Aquí concurre un comportamiento que reúne los caracteres de delito, pero se produce lo que ha venido a denominarse en la ciencia del Derecho penal una «causa de anulación o levantamiento de la pena»¹¹⁵⁹. Además, se ha de tener en cuenta que se trata de un supuesto en el que se deja en manos del autor de los hechos, a través de la regularización de su situación tributaria, ante la Seguridad Social o en materia de subvenciones, el quedar «exento de responsabilidad penal». Ello difiere, en gran medida, de lo que sucede en el ámbito de las condiciones de procedibilidad¹¹⁶⁰.

La consideración del carácter sustantivo o procesal de la denuncia será un elemento relevante para establecer qué ocurre con las modificaciones en la perseguibilidad de un tipo penal, cuando dicha reforma afecta a un proceso ya en marcha. Ello deviene de interés cuando la mutación en el ámbito de la perseguibilidad va referida a aquellos casos en que una infracción penal pública se transforma en no perseguible de oficio¹¹⁶¹. Pero, incluso, cabría también extenderla a los supuestos en que la conversión se produce de una infracción penal semipública a una privada¹¹⁶². Esto es, nos referimos a cualquier modalidad donde se «incrementa» la perseguibilidad a instancia de parte (de público a semipúblico o de semipúblico a privado).

Como ejemplo de la primera de las posibilidades aludidas, encontramos la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 3/1989, de Actualización del Código Penal. Recordemos que dicha norma afectó especialmente a la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte en el ámbito de las faltas. En concreto, la disposición transitoria mencionada generó cierta confusión en el ámbito de la naturaleza jurídica de la denuncia necesaria, al señalar lo siguiente: «La tramitación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa continuará hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifes-

1158 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 190, 191.

1159 Así las considera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal. Parte especial* (con Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu y González Cussac), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 655 y ss., 664 y ss., y 675 y ss.

1160 En cambio, ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», cit., p. 130, considera que los «delitos contra la Hacienda Pública (305.4)» y «los delitos contra la Seguridad Social (art. 307)» forman parte de las infracciones penales semipúblicas.

1161 Así, además de lo que comentaremos a continuación en relación con la Ley Orgánica 3/1989, cabe citar cómo el Código Penal de 1995 convirtió en semipúblico el delito de impago de pensiones, hasta entonces perseguible de oficio.

1162 Así, en materia de los delitos contra el honor, tras la derogación expresa de la Ley 62/1978 mediante la Ley 38/2002.

tare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto bueno del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

De la lectura de la disposición anterior se desprende el carácter sustantivo otorgado a la «denuncia previa» en la reforma de 1989. Ello afectó, sobre todo, al conjunto de faltas que tras la mencionada reforma del texto penal quedaron convertidas en perseguibles a instancia de parte¹¹⁶³. Según el contenido de la referida disposición más que ante una cuestión a analizar según la legislación vigente al incoar el proceso penal correspondiente, pareciera que nos hallamos ante un aspecto que influye en el momento de declaración de la existencia o inexistencia del *ius puniendi*¹¹⁶⁴.

La Instrucción 4/1989, de 12 de julio, de la Fiscalía General del Estado interpretó el contenido que debía otorgarse a las disposiciones adicionales 4.^a y 5.^a y a la disposición transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 3/1989. Concretamente, el apartado Tercero, dedicado a esta última, aun cuando distinguía tres supuestos¹¹⁶⁵, no contenía referencia alguna con respecto a aquellos procesos penales todavía en marcha en los que incidía la modificación experimentada. Por ello, resulta de especial interés reproducir el contenido de la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado¹¹⁶⁶, que no tiene desperdicio, pues, en lo que res-

1163 Sobre las concretas infracciones penales afectadas en materia de perseguibilidad por la Ley Orgánica 3/1989, véase lo señalado en el capítulo II apartado IX epígrafe 2.

1164 En este sentido, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 377. De otra opinión parece mostrarse MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», cit., pp. 104, 105, al señalar lo siguiente: «Quizá lo más sencillo hubiera sido disponer lo contrario, es decir, los archivos salvo petición a favor de la perseguibilidad o pronunciamiento civil, haciendo los oportunos ofrecimientos a los interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal». Se mostraba, asimismo, crítico con dicha previsión ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», cit., p. 279.

1165 Los tres grupos distinguidos eran los siguientes: «a) Supuestos en los que el autor no sea conocido en los que el Fiscal interesará el sobreseimiento provisional, del n.º 2.º del art. 641 LECr., o el archivo, también provisional, del juicio de faltas, en tanto no pueda determinarse el eventual autor de los hechos. b) Supuestos en que los hechos no puedan ser tipificados como delito o falta, en cuyo caso proceda igualmente interesar el sobreseimiento libre del n.º 2.º del art. 637 o el provisional del n.º 1.º del art. 641, así como, en su caso, el archivo del juicio de faltas. c) Supuestos en que los hechos, teniendo autor conocido o determinable fueren inicialmente calificados como constitutivos de un delito o de falta, que hayan dejado de ser tal, por lo que proceda solicitar el sobreseimiento libre o retirar la acusación ya formulada. En tal caso, los señores fiscales junto con la petición correspondiente al aspecto penal del procedimiento, interesarán expresamente la continuación del proceso hasta su terminación por Sentencia a los solos efectos del pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, salvo que éstas hayan sido renunciadas o el perjudicado se haya reservado su ejercicio en la vía civil correspondiente.

Cuando la iniciativa del sobreseimiento o archivo parta del Juez, el Fiscal, antes de poner el «Visto» correspondiente, comprobará no hallarse ante un supuesto en que, en los términos de la Disposición transitoria citada, procede continuar el proceso hasta su normal terminación, a efectos de pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, en cuyo caso, desistirá de la resolución judicial, interponiendo el correspondiente recurso». Como se observa, no se contiene ninguna mención específica para aquellos procesos penales, ya iniciados, a los que hubiera afectado el cambio persecutorio previsto en la disposición transitoria comentada.

1166 Concretamente, su apartado IX. C).

pecta a esta cuestión, la cúpula del Ministerio Público, pese a mostrar un tímido conato de crítica, intentó a toda costa limar asperezas y quitar hierro al asunto: «(...) a pesar de que en la Instrucción 4/1989 de esta Fiscalía General del Estado, se sentaron criterios para la aplicación de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 3/1989, se reciben en aquella noticias de aplicación contradictoria de esa Disposición en las distintas Fiscalías, en especial en orden a la continuación o no como juicio de faltas de las sometidas por dicha Ley al régimen de denuncia previa, entendiéndose en algunos casos que procede seguir con el procedimiento hasta dictarse sentencia condenatoria en el orden penal, llegando incluso algunos Fiscales a recurrir las resoluciones judiciales que aplican el criterio contrario y procediendo, en otros, a solicitarse la continuación del juicio sólo a efectos de la responsabilidad civil. Por ello, se hace preciso insistir en el criterio que de modo uniforme deben seguir todos los Fiscales al respecto.

Cualquiera que sea la opinión que a la luz de los principios de igualdad y legalidad, y aún de la propia técnica penal y procesal, pueda merecer el criterio del legislador de aplicar con efecto retroactivo lo que en definitiva es una norma procesal —el régimen de denuncia previa— sin permitir, incluso, subsanar tal requisito de perseguibilidad, que no exigía en la legislación anterior, para perseguir un hecho que era ilícito penal y que continúa siéndolo, es lo cierto que en la Disposición Transitoria 2.^a la Ley parifica en su tratamiento los hechos que han dejado de ser ilícitos y los que, aun continuando siéndolo, exigen ahora para su persecución previa denuncia, entendiéndose que cuando se hubieren iniciado los procedimientos como delito o falta pública —e independientemente de que la «notitia criminis» hubiere llegado al Juez a través de denuncia o por otro medio, o incluso de que el perjudicado se hubiere personado ejercitando la acción penal— no puede considerarse adecuadamente perseguido el hecho al faltar la condición de perseguibilidad impuesta ahora y, por ende, debe dejarse sin sanción en una aplicación analógica del art. 24 CP, aplicación que tal vez se haya hecho más por razones extensivas del principio «pro reo» y pragmáticas de eliminación de procesos, que por las puramente técnicas aplicables al caso, de las que tácitamente prescinde el legislador.

Ciertamente la Instrucción 4/1989 era parca en este punto, tal vez por entender que la dicción de la Ley era comprensible y no precisaba mayor aclaración. No se nos oculta que, por las razones arriba apuntadas, ciertos Fiscales se resistan a aplicar dicha transitoria en supuestos en que el perjudicado denunció en su día o si no lo hizo fue por ser innecesaria esa denuncia al haberse iniciado ya el proceso correspondiente, con lo que, de dejarse éste sin efecto en el orden penal, se crea una situación de desigualdad frente a otros ofendidos por idéntico delito o falta que, al haber sido cometidos tras la vigencia de la Ley, pueden promover su castigo. El que no se haya previsto esa posibilidad para los que, pese a haber sido víctima de un ilícito penal de la misma naturaleza, y en su día perseguido, ven hoy que tal ilícito queda impune simplemente por el cambio del régimen procesal del procedimiento iniciado, crea una desigualdad de trato y provoca frustraciones en los afectados por la norma.

Pese a ello, estando sometido el Ministerio Fiscal al principio de legalidad; siendo la LO 3/1989 una Ley postconstitucional y no estando declarada la contradicción de la Disposición Transitoria 2.^a de aquella con la Constitución, obligado es acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar

su persecución en la vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el párrafo 2 de aquella.

Ahora bien, ese criterio debe ser restrictivo y sólo en el ámbito en que la Ley expresamente lo dispone, esto es, en los procesos en tramitación y pendientes de fallo, que deben continuar hasta que éste se produzca en el ámbito civil, pero no a los ya terminados por sentencia firme y ejecutoria, toda vez no hay razón para que respecto a un hecho que fue sancionado porque era ilícito penal y continúa siéndolo, quede sin efecto la sentencia ejecutoria sobre él recaída, por aplicación retroactiva de una norma procesal que no regía cuando se siguió el proceso ya fenecido. Quiere eso decir que respecto a las ejecutorias de las sentencias dictadas por hechos constitutivos de delito o falta, en los que sólo ha variado el régimen de su persecución, no hay razón para dejarlas sin efecto y anular el castigo firme ya impuesto, toda vez que lo que no se puede es convertir la Disposición Transitoria citada en un indulto general encubierto, que entre otras cosas vulneraría la Constitución. Esto sin perjuicio, de un lado, de revisar las penas que hayan podido sufrir modificación favorable al reo, y, de otro, de permitir la aplicación del perdón con efectos retroactivos en los términos que en otro lugar de esta Circular han quedado expuestos».

Se venía a aplicar, pues, el artículo 24 del Código Penal anterior [«Las Leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta (...)»] a una norma procesal (la conversión de infracción penal pública en semipública) donde la máxima que rige, por el contrario, es *tempus regit actum*, a analizar, en consecuencia, en el momento de la incoación del proceso. Y es que además la Fiscalía General del Estado, como indicaba en la propia Circular 2/1990, desautorizó las soluciones provenientes de algunas Fiscalías en el intento de resolver de la mejor manera posible el desaguisado creado por la aludida disposición transitoria segunda. Así, consideraban que debía continuarse con la tramitación del correspondiente proceso penal y algunos Fiscales llegaron incluso, como expone la circular citada, a recurrir las resoluciones judiciales contrarias a un entendimiento tal.

De lo señalado se deduce lo siguiente: la exigencia de denuncia a fin de proceder confiere un «plus» con respecto a la presentada para incoar un proceso penal por infracción pública. Tal parece ser la conclusión a extraer, dado que el legislador de 1989 ninguna excepción previó con respecto a la posibilidad de que el inicio del proceso penal hubiera sido motivado por la denuncia que presentó la víctima de unos hechos aparentemente delictivos y, en el momento de la incoación, perseguibles de oficio. Aún menos comprensible resultaba explicar a quien decía haber padecido unos hechos con apariencia delictiva y había presentado la oportuna denuncia o querrela, consecuencia de la cual se había producido la puesta en marcha del procedimiento penal, que, pese a lo anterior, dichos hechos quedarían impunes por el cambio procesal efectuado a lo largo de la correspondiente tramitación, consistente en la exigencia de «otra» clase de denuncia.

Por todo ello, cabe concluir que para el legislador de 1989 se trataba de dos instituciones claramente diferenciadas, estableciéndose así dos regímenes en cierta medida «ficticios», porque, a buen seguro, el ciudadano no tiene conciencia de la distinción ínsita en ambas modalidades de comunicación de la *notitia criminis*. Y es que ningún órgano público tiene obligación de comunicar a la víctima de un hecho constitutivo, en su caso, de una infracción penal semipública que sólo su voluntaria denuncia servirá para poner en marcha el proceso penal.

3.3. Contenido de la denuncia necesaria

Aparentemente, ambas categorías de denuncia (la común y la necesaria) resultan similares por cuanto que consustancial a la idea misma de denuncia, sea del tipo que sea, será la comunicación que realiza un sujeto (el denunciante) de un hecho aparentemente delictivo. La esencia, por tanto, resulta coincidente¹¹⁶⁷.

Sin embargo, la denuncia en el ámbito de las infracciones no perseguibles de oficio presenta ciertas limitaciones con respecto a la denuncia-deber, consustanciales a la propia perseguibilidad a instancia de parte, como son (a) la ausencia de obligatoriedad¹¹⁶⁸ y (b) la reducción del círculo de sujetos facultados. En el ordenamiento español no concurre una tercera nota distintiva, que quedaría conformada por la expresa constatación de que la víctima –u otro facultado para ello– era del todo consciente de la existencia de dicho escollo. Esa característica requeriría el conocimiento por parte de la víctima de que su denuncia –o querrela–, en los casos de infracciones no perseguibles de oficio, constituye la única vía a fin de remover el obstáculo existente. Entendemos que dicha situación sería altamente deseable, pues dotaría al instrumento de la perseguibilidad a instancia de parte de la voluntariedad que subyace en su esencia.

El análisis de lo dispuesto en la norma procesal penal, concretamente en el título I del libro II (arts. 259-269 LECr.) dedicado a la denuncia, lleva a la siguiente conclusión. Y es que la única mención realizada a las características que rodean las denuncias condicionantes ha sido, *a sensu contrario*, para excluir en estos casos la obligación de denuncia. A tal efecto, basta con analizar los tres supuestos legales en los cuales la comunicación de la noticia criminal resulta obligatoria: a) para todo aquél que presencie la comisión de cualquier delito público (art. 259 LECr.)¹¹⁶⁹; b) para los que por razón de su cargo tengan noticia de algún hecho constitutivo de delito público (art. 262 LECr.)¹¹⁷⁰; y, c) para el que «por cual-

1167 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 382, 383; FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 364.

1168 Se muestran partidarios de considerar que la víctima de un delito público tampoco está obligada a denunciar GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1996, p. 280; ARAGONESES MARTÍNEZ, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.º 2, p. 427. Ambos autores acuden a la tutela judicial efectiva para justificar su posición. Asimismo, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 126. De mantener una posición como la del sector doctrinal mencionado, la diferencia entre ambos tipos de denuncia sería la limitación subjetiva existente en la denuncia necesaria con respecto a la ordinaria.

1169 El artículo 259 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala lo siguiente: «(...) bajo multa de 25 a 250 pesetas». Las cuantías de dicho precepto fueron modificadas mediante el artículo 1 de la Ley 105/1955, de 14 de abril. Para una visión sobre la situación existente con anterioridad a dicha fecha, véase FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., pp. 68, 69.

1170 El artículo 262 de la norma procesal penal dice así: «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

quier medio diferente de los mencionados» tenga conocimiento de un delito perseguible de oficio (art. 264 LECr.)¹¹⁷¹.

Los preceptos mencionados aluden a los «delitos» (públicos o perseguibles de oficio), término que ha de concretarse. En relación con el mismo, entendemos que la interpretación correcta es la que lo concibe en un sentido amplio, como sinónimo de infracciones graves y leves¹¹⁷². El fundamento para ello se halla en que los artículos del título I del libro II son la única referencia general existente a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la institución de la denuncia, con lo que, en caso contrario, la comunicación realizada con motivo de unos hechos con encaje en una falta penal carecería de toda regulación legal. En definitiva, salvo especificación en contrario, lo que digamos sobre la denuncia (ordinaria o necesaria) habrá de entenderse extensible a la denuncia presentada por unos hechos (perseguibles de oficio o a instancia de parte) con cabida en el libro III del Código Penal.

Por ello, el elemento determinante para considerar que nos hallamos ante una denuncia de las denominadas condicionantes será la concreta redacción contenida en el tipo penal del libro II o III del Código Penal donde, en apariencia, quedan insertados los hechos transmitidos. Dichos tipos contendrán una restricción en la esfera de los sujetos facultados para denunciar que será lo que revele que nos hallamos ante una infracción penal perseguible a instancia de parte¹¹⁷³.

Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes».

1171 A diferencia de los anteriores supuestos (véanse las dos anteriores notas a pie), en este caso no se establece consecuencia negativa alguna para el que no cumplierse con lo preceptuado por el artículo. Siguiendo a TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 47, en tales supuestos «el legislador considera que la conminación legal es suficiente para que el particular realice la conducta pretendida (...), no se sanciona el incumplimiento, quizás por el alejamiento temporal o espacial entre el momento de comisión del hecho y el de adquisición del conocimiento».

1172 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 115.

1173 Así, las diversas opciones empleadas en el Código Penal de 1995 son las siguientes: «Para proceder (...) será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (art. 161.2 CP); «Para proceder (...) será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal» (art. 191.1 CP); «Para proceder (...) será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (art. 201.1 CP); «(...) sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (art. 228 CP); «(...) sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida» (art. 267.II CP); «Para proceder (...) será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (art. 287.1 CP); «(...) sólo serán perseguibles mediante denuncia de

De las consideraciones anteriores cabe efectuar la siguiente reflexión. Y es que podría reprocharse que dicha categorización, llevada al extremo, resulta un tanto «ficticia» por dos razones. Por un lado, la existencia de la variante de la denuncia necesaria puede dar la impresión de que el ciudadano-denunciante resulta plenamente consciente del *status* que en materia de perseguibilidad reviste su noticia criminal; y, por otro, que ya desde ese momento procesal inicial se tiene siempre claro el tipo penal en el que encajan los hechos comunicados. En línea con lo anterior, nos parece razonable la cautela mostrada por IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS cuando apunta que «surge entonces la duda de cómo la persona que observa un determinado comportamiento puede clasificarlo primero si es o no un hecho delictivo, luego si es delito o falta y por último, si es público o privado»¹¹⁷⁴.

Aun cuando tales observaciones se hallan justificadas, estimamos que las bondades que se desprenden de la distinción manejada, máxime a efectos expositivos, superan la doble crítica comentada. Consideramos al respecto que no cabe exigir del denunciante, obligado en principio a la transmisión de la *notitia criminis*, que además distinga si se trata de una infracción penal grave o leve, y, como colofón, que tenga en mente las diversas modalidades que, en la órbita de la perseguibilidad, existen en nuestro sistema procesal penal. En suma, de los artículos reproducidos podemos extraer que el legislador se ha mostrado ciertamente parco a la hora de precisar las características de esta modalidad de denuncia condicionante. Ello nos ha de remitir, en la medida de lo posible, a la teoría general de la denuncia elaborada para las infracciones penales perseguibles de oficio.

3.4. El objeto de la denuncia

3.4.1. El hecho denunciado

Como ya hemos adelantado anteriormente, el hecho objeto de la denuncia constituye la espina dorsal de ambas modalidades de denuncia. Sin embargo, no se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referencias que ayuden a aprehender el significado que haya de otorgarse a dicho objeto de la *notitia criminis*, esto es, al hecho (punible) denunciado¹¹⁷⁵. Tal omisión puede considerarse significativa, sobre todo, si se tiene en

la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (art. 296.1 CP); «En (...) perseguibles a instancias de la persona agraviada, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida» (art. 639.1 CP).

1174 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 115.

1175 Por su parte, FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 3.ª ed., cit., p. 81, se expresaba con suma claridad al señalar lo siguiente: «No es posible por tanto definir *a priori* y con una regla que pueda extenderse a la universalidad de procesos, qué hechos deberán ser trabajados, por así decirlo, por los sujetos procesales; pero sí podemos ver que la materia del proceso está integrada por *hechos*, entendiendo por tales todas aquellas cuestiones, físicas o psíquicas, cuya determinación constituye un dato de interés para el proceso penal, y que, siendo anteriores e independientes a toda valoración jurídica, permitirán obtener luego una representación de la realidad susceptible de ser valorada jurídicamente»; y, añadía, después (p. 84), que el «hecho punible, como acto imputado a una determinada persona, adquiere relieve ya inicialmente, y no lo pierde en todo el proceso» [Cursiva en el original].

cuenta que la denuncia es al fin y al cabo la comunicación de un conjunto de actos unidos históricamente¹¹⁷⁶.

Sin embargo, la idea de facilitar y simplificar al máximo la tarea de transmisión del hecho aparentemente delictivo a la autoridad correspondiente puede haber justificado la ausencia de regulación sobre el particular. Si, además, se tiene presente que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha excluido –aunque tampoco previsto, como apunta TORRES ROSELL¹¹⁷⁷– la posibilidad de que una misma denuncia incluya varios hechos que, aparentemente, dan lugar a diversas infracciones penales, cabe concluir que el abanico de posibilidades existente es realmente extenso. De ahí que, en principio¹¹⁷⁸, no existan límites¹¹⁷⁹ –pese a que normalmente el elenco de hechos narrados tendrá algún tipo de conexión espacio-temporal e incluso subjetiva– en lo que constituye el elemento objetivo de la denuncia. Quizá ello sea debido a que los hechos de la denuncia, posteriormente se han de agrupar y deben tener encaje en alguno de los tipos del Código Penal^{1180 1181}.

Cuestión distinta a la anterior, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí ha concretado, es la relativa al objeto del proceso. En este sentido, se observa una clara diferencia entre el objeto de la denuncia, prácticamente ilimitado, y el del proceso¹¹⁸². Y es que a efectos de la denuncia no opera el límite (la regla y su excepción) representado por el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando establece lo siguiente: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso».

Lo que sí parece innegable es que en los casos en que nos hallamos ante una pluralidad de hechos denunciados con perseguibilidad diversa, deberá concurrir la denuncia de la persona facultada con respecto a los tipos que así lo exigen. Y es que la

1176 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 188.

1177 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 192.

1178 En relación con los límites existentes en materia de los hechos que integran la *notitia criminis*, véase la STC n.º 46/1982 (Sala Segunda), de 12 de julio (RTC 1982\46) y los votos particulares formulados a la misma.

1179 Este tema se ha de relacionar, asimismo, con la falta de formalismo que caracteriza la transmisión de la noticia criminal.

1180 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., cit., p. 202, quien en atención al objeto del proceso, pero que nos sirve a los efectos de nuestro análisis, considera que «importan, sí, los hechos y no unas calificaciones jurídicas de éstos o unas pretensiones punitivas basadas en ellos, pero los hechos sólo pueden identificarse como objetos procesales si se les contempla con una especie de *mirada jurídica*: al conocer y considerar unos hechos han de proyectarse sobre ellos ciertos criterios jurídicos si se pretende configurarlos –los hechos mismos– como objeto procesal penal» [Cursiva en el original].

1181 Lo que queda de manifiesto es que el concepto de «hecho» en el ámbito de la denuncia, en nada coincide, ni prejuzga el concepto penal de «acción» como primera categoría de la teoría del delito.

1182 Sobre el particular, véanse DE LA OLIVA SANTOS, *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, pp. 28-31, 84-86; TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 193, 194; GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, cit., pp. 21-84. Para un detallado estudio del objeto del proceso civil, véase la obra de BERZOSA FRANCO, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, El Almendro, Córdoba, 1984.

existencia de una denuncia por hecho punible o de una única denuncia que englobe una diversidad de hechos trascendentes penalmente en nada cambia la relación de requisitos exigida. Esto es, será necesaria la denuncia de la persona facultada para poder perseguir los hechos que integran un tipo penal perseguible a instancia de parte¹¹⁸³. En consecuencia, cuando la denuncia de varios hechos haya sido transmitida por persona que carece de tal facultad, no se podrá proceder por dicho ilícito penal, aunque sí por el perseguible de oficio.

3.4.2. Elementos subjetivos relacionados con el objeto de la denuncia

La persona denunciada no puede quedar incluida en el objeto de la denuncia, dado que frecuentemente será ésta una de las variables a despejar en la instrucción *ex* artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y puede, por ello, sufrir variaciones a lo largo de la fase de investigación. Nos hallamos, pues, ante un apartado que no genera particularidades destacables en las infracciones perseguibles a instancia con respecto al régimen existente en las públicas.

Siguiendo a MONTÓN REDONDO, el acto de comunicación denominado denuncia precisa, a nivel formal, poco más que la identificación del denunciante¹¹⁸⁴. Como consecuencia de la amplitud concedida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al respecto, dicha figura carecerá de especial relevancia en los delitos y faltas públicos. Sin embargo, la cuestión varía cuando nos hallamos ante una infracción perseguible a instancia, dado que la esfera de los sujetos que pueden presentar la denuncia y remover así el obstáculo existente queda drásticamente reducida.

Por otro lado, el debate en torno a la admisión de la denuncia anónima suscitado en el ámbito de los procesos por delito público, no se plantea en los procedimientos por infracciones penales semipúblicas. Ello obedece a que el desconocimiento de su procedencia significará que no cabe considerarla proveniente de persona con facultad para ello¹¹⁸⁵. Ahora bien, SALOM ESCRIVÁ, matiza la anterior negativa en aquellos casos en que la perseguibilidad se torna de oficio. En concreto, dicho autor analiza la cuestión en relación con los delitos societarios y afirma que la denuncia anónima puede servir de inicio al procedimiento cuando existan menores, desvalidos o incapaces entre los agraviados¹¹⁸⁶ o cuando el delito afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas¹¹⁸⁷.

1183 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 194, 195.

1184 MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional. III* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Barona Vilar), 15.^a ed., cit., p. 145.

1185 En este sentido, MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal», en *Primeras jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal* (ed. J.L. González Montes), Universidad de Granada, Granada, 1994, p. 18; SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 122.

1186 Sin embargo, como analizaremos en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.1, bajo nuestro punto de vista no quedan en estos casos tales infracciones penales convertidas en públicas.

1187 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 122.

3.5. Los elementos cognoscitivo y volitivo en la denuncia¹¹⁸⁸. Cuestionamiento de la tesis dualista

En el ámbito del proceso penal¹¹⁸⁹, la denuncia (común) ha sido concebida como un acto jurídico de transmisión de una *notitia criminis*. Esta primera nota de la denuncia trasluce a las claras la idea de la participación de conocimiento sobre un hecho aparentemente delictivo¹¹⁹⁰. O dicho de otra forma, la concurrencia de un elemento que bien podría denominarse cognoscitivo. Tal comunicación, sin embargo, no genera obligación alguna de probar los hechos denunciados, ni tampoco de formalizar querella¹¹⁹¹. Lo anterior resulta cuestión pacífica en la doctrina especializada también en lo que respecta a las infracciones no perseguibles de oficio¹¹⁹².

No cabe decir otro tanto en relación con la existencia de un ulterior elemento volitivo, pues en este caso la literatura se muestra dividida. Seguramente ello sea debido, por un lado, al establecimiento de una especie de comparativa con la querella, en donde el aspecto volitivo juega un papel altamente visible; y es que se ha de destacar que precisamente la nota más característica de este último acto jurídico resulta la de querer mostrarse como parte en el correspondiente proceso penal, con la impronta que ello supone en relación con la participación activa en el mismo¹¹⁹³. Y, por otro lado, a que el contenido asignado a dicha voluntad varía en función de los autores.

En concreto, hemos de entender, siguiendo a TORRES ROSELL, que toda declaración de conocimiento —característica básica de la denuncia— conlleva un «querer» realizar dicho acto¹¹⁹⁴. Si, además, tomamos como referencia la clásica distinción de FENECH NAVARRO entre manifestaciones de voluntad («todo ejercicio de las facultades o sentidos humanos, manuales o intelectuales, realizado voluntariamente¹¹⁹⁵, y que produce un efecto en el

1188 Este tema también ha sido analizado bajo el epígrafe «Naturaleza de la denuncia como acto jurídico». Así, como botón de muestra, véase TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 18.

1189 Para un estudio del término denuncia como realidad jurídica pero extraprocesal-penal, véase TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 16-22.

1190 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 16. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 134, se refiere a la misma como «una simple comunicación del suceso».

1191 Recordemos cómo el artículo 264.II de la norma procesal penal establece que «el denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión».

1192 Sin embargo, IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 139, señala que no siempre concurrirá dicho elemento cognoscitivo. Ahora bien, entendemos que tal crítica resulta extensiva, asimismo, a la denuncia por infracción penal pública.

1193 Sin embargo, de una lectura del título II del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a la querella, no cabría extraer tan claramente dicha conclusión, a no ser que se entienda que tal consecuencia se obtiene de la referencia contenida en el artículo 277.5.º y 6.º, que establecen como contenido de la querella la expresión de las diligencias de investigación a realizar, junto a la petición de que las mismas se practiquen y se admita la querella.

1194 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 20 n. 3, y a través de cualquier declaración de voluntad se manifiesta un conocimiento.

1195 FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, cit., p. 193, quien señala que «no puede confundirse el acaecimiento voluntario con la exteriorización de una voluntad».

proceso»¹¹⁹⁶) y declaraciones de voluntad («tienden a exteriorizar un querer, un consentimiento, etc., cuya revelación persigue el sujeto como fin propio del acto»¹¹⁹⁷), se percibe que existen dos tipos de exteriorización de ese querer. La denuncia pertenecería al primer grupo, con lo que quedaría definida como una declaración de conocimiento que exterioriza –tácitamente– una manifestación de voluntad. Por su parte, el elemento que sobresale en la querella es el volitivo, lo que significa que nos hallaríamos ante una declaración –expresa, por lo tanto– de voluntad que conlleva una manifestación de conocimiento¹¹⁹⁸. En este sentido, el solicitar en la propia denuncia la realización de las diligencias precisas para la investigación del delito –lo cual en principio sólo se ha previsto para la querella– no convierte la denuncia en una declaración de voluntad. A idéntica conclusión se llega atendiendo a la letra de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (así, por ejemplo, en su art. 259), que subraya como finalidad de la denuncia la transmisión o puesta en conocimiento de un hecho con apariencia de delito¹¹⁹⁹.

Por ello, siguiendo a FERNÁNDEZ, en los supuestos objeto de nuestro análisis «la perseguibilidad no está condicionada a la esfera del conocimiento del ofendido, sino a la de su voluntad»¹²⁰⁰. Y es que, como señalaba IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, cabría incluso que los hechos comunicados ya resultaran conocidos por el órgano con competencia en la instrucción¹²⁰¹, y que, sin embargo, no pudiera incoarse el correspondiente proceso penal por ausencia de la condición de perseguibilidad.

Sin perjuicio de lo apuntado, no debe olvidarse que, también aquí, la declaración de conocimiento consistente en la transmisión de la *notitia criminis* –pese a la exteriorización de la voluntad ya comentada– deberá pasar por los filtros legales previstos en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que, si el hecho denunciado no resulta delictivo o se considera manifiestamente falso, el Juez de Instrucción competente no admitirá dicha denuncia, pese a la concurrencia del elemento volitivo, y no se producirá la incoación del proceso¹²⁰².

Por otra parte, como adelantábamos en este mismo epígrafe, se han alzado voces en la doctrina que sostienen que no existe un elemento volitivo en los casos de denuncia del ofendido en supuestos de infracciones perseguibles a instancia de parte. Parten de que ese

1196 FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, cit., p. 190.

1197 FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, cit., p. 194.

1198 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 116 y 128, 129, sin distinguir entre manifestación y declaración –la querella, asimismo, supone una declaración de voluntad (*ibid.*, p. 131)– simplemente considera que la denuncia privada además de una declaración de conocimiento consiste en una declaración de voluntad.

1199 Ambos aspectos han sido destacados por FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 364.

1200 FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 365.

1201 IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 139.

1202 En relación con la decisión de la admisión de la denuncia o querella, véanse las interesantes reflexiones que efectúa NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento «prima facie»*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 142-149.

último ánimo con frecuencia concurrirá, aun cuando no ha de estar necesariamente presente. En concreto, DEL MORAL GARCÍA entiende que la denuncia, también en estos casos que estudiamos, no es más que una mera declaración de conocimiento, con independencia de que el denunciante tenga (o no) algún tipo de interés en la persecución y, en su caso, en el castigo de dicho hecho. Si no concurriera en el denunciante facultado el propósito de que el hecho se persiguiera, no por ello se vería afectada la esencia de la denuncia¹²⁰³.

El problema subyacente consiste, pues, en precisar a qué se alude exactamente con el elemento volitivo citado, que parece adquirir una dimensión especial en el ámbito de las infracciones perseguibles a instancia. En primer lugar, hemos de descartar que esa voluntad incluya el adquirir la condición de parte en un proceso penal, dado que ello no ocurre con la sola presentación de una denuncia, aun siendo ésta necesaria. A tal fin, el ordenamiento procesal prevé el denominado ofrecimiento de acciones o el instrumento de la querella. Además, dicho elemento volitivo de la denuncia abarcará normalmente la (mera) transmisión del hecho delictivo en sí mismo¹²⁰⁴.

Sería a tal efecto recomendable que el denunciante fuera consciente de que con su declaración remueve el escollo que impedía la persecución del hecho¹²⁰⁵, pero en la actualidad dicha exigencia no deja de ser más que un *desideratum*¹²⁰⁶. Siguiendo a ROMEO CASABO-

1203 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 72, y especialmente, *ibid.*, n. 29. A los efectos de explicar su posición DEL MORAL, *ibid.*, pone el ejemplo de una mujer violada que denuncia tal hecho con la única intención de acogerse a lo dispuesto en el artículo 417 bis del Código Penal anterior, y abortar sin temor a la, en su caso, correspondiente sanción penal.

1204 Por su parte, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 116, sostiene que «no sólo se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional la existencia de un comportamiento delictivo sino que se le «anima a que se persiga el delito» cometido por persona determinada».

1205 Tal parece ser la opinión de GONZÁLEZ VICENTE, «La denuncia condicionante y sus efectos en el orden material y procesal», cit., p. 269, que apunta que el agente que toma declaración a la víctima debería informarle del derecho que le asiste y añade, además, que aquél deberá «recoger en el acta-atestado la información y la respuesta que al respecto recibiere».

1206 Resulta de interés –tanto en relación con este ámbito de la voluntad, como en lo que se refiere a la suficiencia o insuficiencia de la denuncia necesaria presentada ante la policía– el supuesto en el que la víctima denunció en la policía que su pareja sentimental le obligó a mantener una relación sexual bajo violencia y amenazas. Con posterioridad, aquella, advertida del derecho que le asiste según el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declina contestar las preguntas que le formula el juez de instrucción y manifiesta que lo único que desea es «retirar» la denuncia. En concreto, el AAP de La Rioja n.º 115/2000 (Sección Única), de 14 de julio (ARP 1000/2859), [FJ 3.º] señalaba lo siguiente: «En el presente caso, debe de concluirse en el sentido de que no concurre la condición de perseguibilidad exigida (...), pues ni se da denuncia por la persona agraviada, (...), ni por supuesto se ha subsanado tal falta con la actuación posterior de dicha persona agraviada, que al contrario se manifestó en el sentido de no querer presentar denuncia por los hechos y de ratificar el escrito de su Letrada, presentado en el sentido de que no se formulaba acusación, renunciando a presentar escrito de calificación (...)».

De lo señalado, cabría extraer las dos siguientes conclusiones –que, sin embargo, no queda claro si concurren de forma acumulativa o alternativa–: a) la denuncia necesaria es sólo la judicial; b) la revocación de la denuncia es posible. A tal respecto, como se verá a continuación, ofrecen interpretaciones diversas la Fiscalía y el órgano judicial mencionado. Reproducimos, dado su interés, las razones que ofrece el Ministerio Fiscal para fundamentar su recurso de casación, que se recogen en la STS n.º 637/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de abril (RJ 2002\4950), [FJ 1.º]: «1.ª No es denuncia solamente la efectuada ante el Juez sino también la

NA, el «ofrecimiento de acciones» previsto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede servir para suministrar dicha información a la víctima. En concreto, la mencionada declaración al ofendido podría aprovecharse no sólo para instruirle en torno al derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso, sino también en lo que respecta a la (exclusiva) presentación de denuncia y las consecuencias que dicho acto procesal comporta¹²⁰⁷. Otra posibilidad resulta la apuntada por CERES MONTÉS, quien incluye entre las diligencias de prevención efectuadas por la policía judicial dicha información a la víctima de las infracciones penales semipúblicas¹²⁰⁸. Además, en esta línea, cabe situar la propuesta de MONTALBÁN HUERTAS para los casos en que el órgano judicial tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo y a través de la Policía Judicial se recabe información acerca de dos extremos: en primer lugar, sobre si la víctima o sus representantes legales tienen intención de denunciar, tras ser informados previamente de este derecho; y, en segundo, si desean que se tomen las muestras necesarias para comprobar los hechos, tras ser informados de que a su instancia se pueden asegurar las pruebas del delito. Según MONTALBÁN, en el supuesto de que se responda positivamente a alguna de las dos cuestiones, el juez podrá acordar «a prevención» la recogida de muestras del delito y esperar una declaración de voluntad expresa de la víctima o persona facultada para iniciar la investigación¹²⁰⁹.

interpuesta ante la policía (...); 2.^a La denuncia es una manifestación de conocimiento o de ciencia, pero no de voluntad (...). No es revocable ni puede «ser retirada». Una vez presentada, la continuación del proceso escapa al control del denunciante, incluso en aquellos delitos en que tiene la naturaleza de presupuesto de procedibilidad, con la única excepción de los casos en que se admite el perdón y queda en manos del denunciante «abortar las diligencias judiciales por su sola voluntad». No ocurre así en los delitos contra la libertad sexual (...) y más aún en el nuevo Código Penal de 1995 que admite la querrela del Fiscal, al margen de la voluntad de la víctima; (...).

Finalmente, y en relación con dicho razonamiento, la SAP de La Rioja n.º 136/2002, de 8 de agosto (JUR 2002/279733), [FJ 2.º], señala que «de aceptarse en todos sus términos esta argumentación defendida por el Ministerio Fiscal, se reducirían los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 191 CP a un mero ornamento, a pesar de haberse mantenido como una constante en nuestros Códigos Penales como una muestra de respeto a la intimidad y a los derechos de la persona, dejando en manos del titular del bien jurídico afectado la oportunidad de persecución, exigiendo que sea la persona perjudicada quien actúe la reprensión del hecho delictivo (Sala Segunda del TS, sentencia de 14 de julio de 2000). Por ello, aun aceptando el carácter de denuncia de la manifestación efectuada ante la policía, como medio adecuado para poner en conocimiento de la autoridad o de sus agentes la comisión del hecho delictivo (...), precisará también para que deba entenderse cumplido el anterior requisito de procedibilidad la manifestación de voluntad, de deseo del titular del bien jurídico de que sea perseguido penalmente el hecho denunciado. (...). En la presente causa, no cabe entender producida esta declaración de voluntad, cuando en la manifestación inicial, ante la policía, no se hace expresión de esta decisión, se denuncia también un hecho constitutivo de infracción perseguible de oficio (la propia agresión física sufrida) y se recaba la protección de los agentes de la autoridad en la forma que consta en las actuaciones. No obstante, en la primera comparecencia que efectúa la titular del bien jurídico (unos días después de la denuncia ante la policía) expresa y reiteradamente manifiesta su voluntad de no perseguir este hecho».

1207 ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», cit., p. 272 n. 102.

1208 CERES MONTÉS, «Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: Nuevas tendencias», cit., pp. 30, 31 y 35.

1209 MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 66. Concretamente, la autora mencionada se refiere en su trabajo a los delitos sexuales semipúblicos. El objetivo consiste en evitar que la denuncia que a futuro pudiera presentar la víctima o su representante legal devenga inservible por la eliminación, con el paso del tiempo —tégase en cuenta el plazo de prescripción existente en tales casos—, de aquellas huellas o restos que en los momentos posteriores a la comisión del hecho delictivo pudo haber.

Y es que la manifestación de voluntad ínsita en la denuncia se producirá con independencia de la concreta finalidad pretendida por el declarante con la misma¹²¹⁰. Así, se remueve dicho escollo tanto cuando al denunciante-víctima de los hechos le mueve el afán revanchista, como cuando presenta la denuncia simplemente para poner en conocimiento de los órganos judiciales el hecho sucedido. O incluso cuando la denuncia se presentó a los únicos efectos de cobrar las cantidades adeudadas¹²¹¹. En consecuencia, a día de hoy lo único exigible a la denuncia para ser considerada acto jurídico, sea cual sea el concreto objetivo pretendido por el denunciante, es una cierta voluntariedad –incompatible con la existencia de vicios en el consentimiento–, que ha de acompañar la declaración buscada por el denunciante¹²¹². Asimismo, dicha conclusión se extiende a la denuncia oral (art. 265 LECr.), dado que en sustancia no variará lo apuntado a lo largo de los párrafos anteriores.

Como reflexión final, nos gustaría señalar, tras la existencia de posiciones que han cuestionado los dos elementos tradicionalmente asociados a la denuncia en estos casos, que quizá el problema subyacente haya sido el de dotar de un contenido excesivo a dicha modalidad de denuncia. Y es que en materia de perseguibilidad a instancia de parte, lo único exigible al objeto de considerar removido el pertinente obstáculo procesal será la simple constatación de que la persona facultada para presentar ante el juez la correspondiente denuncia ha obrado libre y voluntariamente.

3.6. Destinatario de la denuncia en las infracciones perseguibles a instancia de parte

Según los artículos 259, 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal existen tres posibles receptores de la denuncia ordinaria: la policía judicial, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial¹²¹³. Ahora bien, como acertadamente han puesto de relieve RAMOS MÉNDEZ y CACHÓN CADENAS¹²¹⁴, cabría añadir un cuarto supuesto vinculado a la declaración que un ciudadano español residente en el extranjero efectúa ante el Cónsul español en relación con un proceso penal seguido en España. Y es que dicha declaración, como analizan

1210 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 383.

1211 SAP Córdoba n.º 51/2003 (Sección 2.ª), de 24 de marzo (ARP 2003\418), [FJ 1.º], en un proceso penal por un delito de impago de pensiones, argumento planteado por la acusación particular (ex-esposa) y que, parece, sirvió para dictar una sentencia absolutoria en primera instancia a favor del acusado (ex-marido).

1212 Según TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 20 n. 3, «no existe acto humano que, siéndolo, pueda decirse hecho sin voluntad de hacerlo». La mencionada autora, *ibid.*, pp. 382, 383, señala que la ausencia de toda voluntad en la denuncia en los casos de infracciones no públicas implica que «la denuncia no pueda ser considerada un acto jurídico, lo que impide la válida incoación del proceso penal o determina, una vez incoado, su nulidad. Pero, al igual que en la denuncia-deber, su concurrencia no es determinante de la eficacia derivada de la denuncia».

1213 Incomprendiblemente, el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal todavía alude al juez comarcal y municipal, y omite, en cambio, la referencia a la policía (judicial). Por su parte, los artículos 262.I y 264.I de la norma procesal penal sí que incluyen la mención al «funcionario de policía».

1214 RAMOS MÉNDEZ y CACHÓN CADENAS, «Declaración de un ciudadano español residente en el extranjero en relación con un proceso penal seguido en España», en RAMOS MÉNDEZ, *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 295-302.

los autores referidos, adquiere el valor jurídico propio de una denuncia. Tal conclusión se alcanza a través del tenor literal del artículo 5 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, que entre las funciones consulares señala la de «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía (...)». Según RAMOS y CACHÓN es claro que «entre esos intereses del Estado español que deben ser protegidos por sus funcionarios consulares, se ha de incluir el interés público en la persecución de los delitos cuya competencia corresponda a los Tribunales españoles»¹²¹⁵.

Siendo esto así, se nos plantea la cuestión de si lo establecido en el párrafo anterior resulta aplicable, para entender cumplido el óbice procedimental correspondiente, al supuesto de la denuncia condicionante. La dificultad no reside, pues, en admitir la posibilidad de que una denuncia necesaria se presente ante la policía judicial o en el Ministerio Fiscal –o incluso ante el Cónsul español–, sino en determinar si aquella significa o no la superación del escollo procesal específico previsto en la Ley.

3.6.1. La distinción entre la pre-denuncia y la denuncia judicial. Inexistencia de la ratificación de la denuncia

Entre los autores que han diferenciado la denuncia ante órgano judicial del resto de supuestos, destacan MUÑOZ ROJAS¹²¹⁶ y TORRES ROSELL¹²¹⁷. Al respecto, la profesora TORRES ROSELL ha distinguido para la denuncia común «y con mayor motivo (...) cuando la denuncia tenga por efecto inmediato remover la existencia de un óbice de procedibilidad»¹²¹⁸ dos tipos de transmisión de la *notitia criminis*: la contenida en la pre-denuncia y la incorporada a la denuncia procesal. Dentro de la primera modalidad entraría la transmisión del hecho aparentemente delictivo, cuando dicha puesta en conocimiento se realiza a la policía judicial o al Ministerio Fiscal. La segunda, la forman las denuncias presentadas directamente ante el órgano jurisdiccional competente.

Las consecuencias que se derivan de ambas modalidades de denuncia no son desdeñables, puesto que sólo la denuncia procesal o judicial tiene el efecto de erradicar el óbice de procedibilidad previsto por el legislador¹²¹⁹. Ello significará que las denuncias presentadas ante la Fiscalía o ante un funcionario de policía carecen del carácter preciso para considerar removido el obstáculo existente en el ámbito de la perseguibilidad, por lo que formarían parte de la categoría de las denuncias administrativas. La razón se encuentra en que el primer acto procesal será el consistente –incluso aunque los receptores de la pre-denuncia hayan practicado ciertas actuaciones como consecuencia de la misma– en la transmisión al juez de los hechos

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 299.

¹²¹⁶ MUÑOZ ROJAS, «Una síntesis del proceso penal abreviado (LO 7/1988)», en *Actualidad Penal*, n.º 39, 23-29 octubre 1989, p. 2142.

¹²¹⁷ TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 387-390.

¹²¹⁸ TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 388.

¹²¹⁹ ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hijonosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., cit., 2004, p. 325, alcanza idéntica conclusión al mantener lo siguiente: «en puridad, el único receptor y destinatario de la denuncia privada debería ser el órgano jurisdiccional». Por su parte, FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 151, 152, se adhiere a la tesis de TORRES ROSELL.

con apariencia delictiva y, por ello, la primera actuación jurisdiccional será la que realice el juez en torno a si dicha *notitia* sirve a los efectos de la incoación del proceso¹²²⁰.

Ahora bien, no podemos desconocer, sobre todo en el ámbito del procedimiento abreviado, las facultades concedidas por el legislador a la policía judicial y, en especial, al Ministerio Fiscal, previstas en el capítulo II del título II del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En concreto, el artículo 773.2 de la ley procesal penal –y, en idéntico sentido, el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal– establece que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho aparentemente delictivo, adquirida ésta directamente o por denuncia (o atestado), practicará las diligencias que considere pertinentes para esclarecer lo ocurrido y la autoría del hecho¹²²¹. La anterior situación también podrá aplicarse a la mayoría de los delitos perseguibles a instancia de parte –exceptuando los privados en donde se exige necesariamente querella (del legitimado)–, pues, por un lado, el criterio que marca que nos hallemos ante el procedimiento abreviado por delito es, en principio, el de la pena, y, por otro, el legislador no ha establecido excepción alguna para los supuestos de denuncia necesaria.

La Fiscalía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando considere que dicho hecho no encaja en ninguno de los tipos penales del libro II del Código Penal («no revista los caracteres de delito»), decretará el archivo de lo actuado y comunicará el mismo a la víctima, «a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción». En otro caso, el Ministerio Fiscal «instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda (...)». Este supuesto no plantea mayor dificultad, ya que la denuncia alcanzará la categoría de judicial¹²²².

En definitiva, la presentación de una pre-denuncia ante un hecho perseguible a instancia de parte no tendrá como efecto la incoación del proceso cuando se realice por persona no facultada para ello. Pero tampoco servirá a tal fin, según los postulados de la teoría comentada, la pre-denuncia realizada –incluso– por el propio ofendido. El único modo para superar la «barrera» fijada en tales tipos, será cuando concurren los dos siguientes elementos: a) la denuncia (o también querella) proviene del ofendido; y, b) dicha comunicación de una *notitia criminis* se realiza ante autoridad judicial. Los supuestos mencionados de pre-denuncias necesitarán ser subsanados a efectos de la remoción del obstáculo procedimental e incoación del proceso penal. Sin embargo, entiende TORRES ROSELL que no nos hallamos ante supuestos de ratificación de la denuncia, categoría que para la citada autora no cabe en

1220 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 37, 38, 128. Esta misma argumentación es empleada por FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», cit., pp. 75, 113, 114, para sostener que la denuncia presentada ante órgano jurisdiccional supone ejercicio de la acción penal, por cuanto generará una respuesta (procesal) del juez.

1221 Según RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 164, dicha posibilidad «parece constituir un globo sonda para una eventual conversión del Ministerio Fiscal en titular exclusivo de la instrucción. El intento se limita a atribuir al Ministerio Fiscal la iniciativa y facultades autónomas de instrucción en función de la averiguación de un hecho presuntamente delictivo. El resultado de dicha actividad se puede traducir en la incoación de un juicio penal, si hay base para ello. En todo caso, dichas facultades se reconducen tan pronto como interviene el Juez instructor».

1222 Según SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 124, sólo cuando la denuncia formulada ante el fiscal es presentada por éste ante el órgano judicial se debe tener por cumplida la condición objetiva de perseguibilidad.

nuestro ordenamiento, sino que la declaración de conocimiento se deberá realizar de nuevo por persona facultada para ello y ante órgano jurisdiccional¹²²³.

3.6.2. La ratificación de la denuncia como elemento subsanador

Se observa una tendencia muy marcada en un sector doctrinal¹²²⁴ de acudir a la categoría de la ratificación de la denuncia, cuando ésta se ha realizado ante la Fiscalía o ante la policía. Así, la declaración efectuada ante autoridad no judicial, tras haber sido ratificada, o, dicho de otra forma, tras haber pasado por el filtro subsanador, servirá como mecanismo de remoción del óbice procedimental previsto.

3.6.3. La formulación de la denuncia ante cualquiera de los tres posibles receptores

Por su parte, MARTÍN Y MARTÍN muestra su posición favorable a considerar que cabe presentar la denuncia necesaria «ante cualquier autoridad que pueda recibirla», sin establecer ulteriores matices en función del órgano receptor¹²²⁵. Se basa para justificar dicha opinión, en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha previsto en artículo alguno lo contrario, a diferencia de lo preceptuado para la querrela (*ex art. 272 LECr.*, donde se establece expresamente que la querrela se interpondrá ante el juez de instrucción competente). La consecuencia será la de equiparar a los efectos de la remoción del óbice procesal los tres tipos de denuncia existentes en atención a su receptor¹²²⁶.

3.7. Diversas manifestaciones en la flexibilización del requisito de la denuncia necesaria

3.7.1. El entendimiento laxo observado en la jurisprudencia. Postura crítica

Como ya hemos apuntado, el requisito de la denuncia necesaria se ha visto relativizado en el foro, tanto en lo relativo al destinatario de dicha denuncia, como en lo que respecta

¹²²³ TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 389, 390.

¹²²⁴ IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 123, considera que en los delitos semiprivados existen dos modalidades para salvar el impedimento que supone la denuncia: en primer lugar, a través de la denuncia presentada ante autoridad jurisdiccional, que servirá para remover el escollo procesal de forma directa; y, en segundo término, la denuncia presentada ante la policía judicial o el Ministerio Fiscal, cuando con posterioridad se ratifica ante el órgano judicial.

¹²²⁵ MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», cit., p. 100.

¹²²⁶ Al respecto, puede consultarse la SAP Cantabria n.º 1106/2004 (Sección 1.ª), de 22 de septiembre (JUR 2004\277782), [F] 1.º, donde en un caso en que en un centro hospitalario se profirieron unas amenazas eventualmente constitutivas de una falta, el director del hospital –y no la víctima de aquéllas– presentó denuncia ante la guardia civil. En la resolución nada se objeta a que dicha comunicación no fuera efectuada ante órgano judicial, a diferencia de lo que sucedió con el elemento subjetivo.

a la figura del denunciante. Y es que la doctrina jurisprudencial ha concedido el valor de aquélla a otras actuaciones que el ofendido por el hecho constitutivo de una infracción no pública pueda realizar, aun cuando no haya presentado inicialmente denuncia¹²²⁷.

En concreto, el análisis de las resoluciones dictadas por nuestros tribunales deja entrever la relajación de un requisito ideado precisamente para que la decisión de iniciar el proceso quedara por entero en manos de la víctima. En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha señalado con respecto a la ausencia de denuncia de persona facultada para ello que «aunque la falta de ella implica, indiscutiblemente, un defecto procesal en los supuestos en los que viene legalmente exigida ha de entenderse subsanable por la posterior personación y ejercicio de las acciones (...), ya que el reputar como insubsanable el defecto equivaldría a desconocer la razón teleológica de la exigencia del presupuesto procesal de procedibilidad»¹²²⁸.

Resulta en cierta medida chocante esta tendencia jurisprudencial, dado que la denuncia como mecanismo de incoación del proceso no se caracteriza, a diferencia de lo que sucede en la querrela, por su excesiva formalidad¹²²⁹. Aun así, la jurisprudencia mencionada relaja –más si cabe– los requisitos exigidos a fin de considerar superado el óbice de procedibilidad. Exponente máximo de dicha flexibilización han sido las resoluciones que entienden que la no oposición de la persona facultada para la persecución del hecho se ha de reputar suficiente para entender enervado el obstáculo existente¹²³⁰. Esta práctica ha sido duramente criticada por un sector doctrinal¹²³¹, al considerar que la denuncia necesaria es sólo una facultad de carácter negativo que realiza el ofendido o, en su caso, otra persona facultada para ello.

Tampoco el ejercicio de la acción civil derivada de delito puede considerarse equivalente a la denuncia no presentada. Tal como ha señalado TORRES ROSELL¹²³², ni la petición civil puede encubrir una denuncia tácita, ni tampoco puede considerarse que ese ejercicio previo de la acción civil signifique una renuncia no expresa a la posibilidad de formular la corres-

1227 Véase, como botón de muestra, la SAP Cantabria n.º 1106/2004 (Sección 1.ª), de 22 de septiembre (JUR 2004\277782), [FJ 1.º]: «(...) aunque la denuncia la interpuso el director gerente del hospital donde habían ocurrido los hechos, fue D.ª María Esther quien desde el primer momento actuó como denunciante en el Juzgado, puesto que (...) compareció y pidió la citación de un testigo. Llegado el día del juicio (...), fue ella quien compareció como denunciante, ratificándose en la denuncia y pidiendo expresamente la condena de la denunciada. Ésta, por otro lado, conocía perfectamente los hechos por los que se le citaba, y no consta que hiciera ninguna protesta por haberse admitido en el acto del juicio a D.ª María Esther como denunciante».

1228 STS (Sala de lo Penal), de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991\6983), [FJ 3.º].

1229 IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 124, apunta que «la denuncia goza de un marcado carácter antiformalista».

1230 Al respecto, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 121, cita algunos ejemplos de esta práctica que no comparte: STS (Sala Segunda), 25 de junio de 1960 (RA 1960\2015); 14 de marzo de 1970 (RA 1970\1395); 2 de octubre de 1975 (RA 1975\3534); 1 de marzo de 1976 (RA 1976\903).

1231 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 379; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 121.

1232 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 380.

pondiente denuncia¹²³³. La citada autora considera que se trata de un supuesto sin cabida en el artículo 112.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al referirse el precepto al ejercicio de la acción civil en casos de infracciones privadas¹²³⁴, por lo que se debería requerir al actor o demandante para que «se pronuncie expresamente acerca de su voluntad de renunciar al ejercicio del derecho de denuncia»¹²³⁵.

3.7.2. La denuncia necesaria presentada por mandatario

Entendemos que se trata de otro ejemplo de flexibilización experimentada en este campo, aun cuando se trate de una previsión legal (art. 265 LECr)¹²³⁶. Al respecto, el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que las denuncias «podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial». La modalidad de denuncia presentada por mandatario —que acarrea cierta complejidad dada la exigencia de poder especial— deviene, en principio, y sin perjuicio de lo que se señalará más adelante en este mismo epígrafe, irrelevante en casos de infracciones penales perseguibles de oficio. La ausencia de formalismos, predicable en el ámbito de la denuncia¹²³⁷, choca así con la posibilidad de que la misma sea presentada a través de una tercera persona. Y es que este tercero, sin necesidad de apoderamiento alguno, bien puede poner en conocimiento de la autoridad correspondiente dicho hecho.

Como excepción a lo señalado, cabe mencionar dos supuestos. Uno en la esfera de las infracciones públicas. Y es que se plantean ciertas dificultades cuando el denunciante es una persona jurídica, pues necesariamente el acto de la denuncia en sí mismo requerirá de la actuación de un individuo¹²³⁸. El otro, que nos interesa en mayor medida, concurre en el caso de los tipos penales semipúblicos. Ello se debe a que se produce un recorte en el ámbito subjetivo de las personas que pueden presentar la denuncia. Los problemas suscitados cuando un mandatario, normalmente el procurador, presenta una denuncia por unos hechos en su caso constitutivos de una infracción penal semipública giran así alrededor del poder requerido.

En este sentido, el artículo 1712 del Código Civil distingue dos tipos de mandato: (a) el general, que comprende todos los negocios del mandante¹²³⁹; y, (b) el especial, que inclu-

1233 De otra índole serán las conclusiones a extraer en el caso de ejercicio previo de la acción civil por un hecho con apariencia de delito privado.

1234 Entendemos que, en este caso, la expresión «un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular» alude exclusivamente a las infracciones penales privadas.

1235 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 381.

1236 Como analizaremos en este capítulo IV apartado I epígrafe 4.2.1, la referencia al poder especial que se contiene en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha planteado la duda sobre si esta expresión resulta sinónima del «poder bastante» previsto en el artículo 277 de la norma procesal penal para la querrela.

1237 En este sentido, véase lo señalado en la SAP Palencia n.º 50/1999 (Sección Única), de 9 de noviembre (ARP 1999\4358) [F 1.º A) 3].

1238 Como botón de muestra, véase en un caso de estafa, el AAP Granada n.º 108/2008 (Sección 2.º), de 7 de marzo (JUR 2008\363920), [F 2.º].

1239 Partidario de esta primera opción se mostraba AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. III, Madrid, 1924, pp. 88-90, quien, mediante diversos argumentos, entendía que en el caso de la denuncia hecha por medio de mandatario bastaría el poder general o incluso el mandato verbal. Aun así,

ye uno o más negocios determinados. Ahora bien, esa segunda modalidad puede todavía perfilarse más, pues se han diferenciado el denominado poder especial y el especialísimo. Este último limita al máximo la cuestión, al exigir que su otorgamiento se produzca, en lo que a nosotros nos interesa, después del hecho delictivo. Y es que, a través del poder especialísimo, se autoriza expresamente al procurador para presentar denuncia o querella por ese hecho concreto¹²⁴⁰. El entendimiento mayoritario de los tribunales¹²⁴¹ también se ha decantado por el poder especialísimo, lo cual resulta coherente con la finalidad ínsita en el establecimiento de un requisito en donde la víctima ha de «autorizar» la persecución de dichos hechos.

Sin embargo, encontramos ejemplos en la jurisprudencia menor en donde no se considera preciso el otorgamiento de un poder especialísimo al objeto de posibilitar la incoación del correspondiente proceso penal. Concretamente, lo anterior se observa en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial. Recordemos, que el legislador de 1995 incluyó dichos tipos penales en el radio de actuación establecido en el artículo 287 del Código Penal. Con respecto a tales supuestos, cabía extraer las siguientes características: Por un lado, resultaba frecuente la opción de la presentación de la denuncia por mandatario; por otro, los supuestos en que se podía incurrir en los artículos 270-277 del Código Penal se habían disparado debido a la piratería existente en materia informática, musical o en las falsificaciones en marcas de ropa. Estas razones pudieron justificar la opción consistente en la no exigencia, a los efectos de la denuncia necesaria, del poder especialísimo previsto en materia de querella¹²⁴². Además de las dificultades suscitadas en relación con el alcance del poder exigido en los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, incluidos hasta la Ley Orgánica 15/2003 entre las infracciones penales con peculiaridades en la esfera de la perseguibilidad previstas en el artículo 287 del Código Penal, existían otras cuestiones como mínimo dudosas. Nos referimos, concretamente, al deslinde entre la figura del representante legal de una persona jurídica¹²⁴³ que, a su vez, otorga un poder a un mandatario (procurador) para

reconocía que el artículo 265 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no admitía excepciones al poder especial.

1240 Véase en el ámbito de la querella, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 177-182.

1241 Así, entre otras resoluciones, AAP Cádiz, Ceuta, n.º 20/2001 (Sección 6.ª), de 17 de febrero (JUR 2001\137184), [FJ 1.º].

1242 Como botón de muestra, véanse en el ámbito de la propiedad industrial AAP Barcelona n.º 347/2004 (Sección 8.ª), de 26 de noviembre (ARP 2004\723), [FJ 1.º]; SAP Tarragona n.º 584/2004 (Sección 2.ª), de 14 de junio (JUR 2004\216468), [FJ 1.º], donde se apuntaba lo siguiente: «(...) la distinta y particular finalidad del art. 287 CP implica una revisión de las formalidades de la denuncia, en aras a facilitar el interés privado que el legislador quiso respetar, sin ponerle obstáculos irrazonables y desproporcionados. De otro modo, sería ineficaz la tutela que se pretende, respecto de sociedades mercantiles en muchos casos, desconociendo la realidad de su funcionamiento y la eficacia de la voluntad social exteriorizada mediante apoderamientos válidos bajo la óptica del derecho privado. No hay motivo para privar esa voluntad de sus consecuencias en el orden procesal penal, manifestada válida y eficazmente para toda clase de negocios jurídicos de acuerdo con las normas que la disciplinan. Por estas razones, debe admitirse la denuncia formulada por quien recibió poderes generales para comparecer en juicio y formular denuncias, expresamente por delitos contra la propiedad industrial, como el que es objeto de acusación».

1243 En relación con lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [«Las denuncias podrán hacerse (...) personalmente o por medio de mandatario con poder especial»] y en el artículo 287 del

que ejerza en el proceso su función representativa¹²⁴⁴. Entendemos que el conjunto de las circunstancias mencionadas a buen seguro llevaron al legislador de 2003 a convertir en públicas las infracciones penales contra la propiedad intelectual e industrial. Y es que, de esta manera, se conseguía erradicar algunos de los diversos¹²⁴⁵ aspectos procesales conflictivos apuntados.

3.7.3. Las primeras diligencias, las diligencias a prevención y la denuncia necesaria

Se plantean en cualquier proceso –pero con trascendencia especial en relación con las infracciones penales semipúblicas, dada su limitación subjetiva– ciertas cuestiones de interés en el ámbito de las actuaciones iniciales. Sobre todo, tales problemas se vinculan a los sujetos que pueden realizar las mismas válidamente.

A. Las primeras diligencias. Los jueces como sujetos de las mismas

Concretamente, en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se dispone lo siguiente: «Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».

El problema que se pretende atajar en dicho precepto es, en apariencia, sencillo: ganar tiempo. Ello se debe a que el paso de las horas facilita la desaparición de restos, vestigios, huellas, etc. que haya podido dejar el hecho eventualmente delictivo; y, también, junto con lo anterior, de no concurrir una pronta actuación, cabe que la identificación del propio autor de los hechos resulte imposible. Por ello, como característica común a los actos incluidos en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se destaca la relativa a la necesidad de que su práctica se lleve a cabo lo antes posible, a riesgo de que, en caso contrario, aquéllos devengan irrealizables e, incluso, que el ulterior proceso penal se torne estéril. Además, como señalara RAMOS MÉNDEZ, la idea de la protección del ofendido y del perjudicado ocupaba un lugar destacado en dicho precepto. Recordemos que desde 1882 hasta la reforma operada a través de la Ley Orgánica 14/1999, la primera

Código Penal antes de la conversión de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en infracciones públicas [«(...) será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales (...)»], cabe reputar en los casos en que la víctima es una sociedad, que la denuncia presentada por quien ostente su representación legal entrará, según las dos opciones existentes en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de la categoría de las denuncias personales, y no en la modalidad de denuncia realizada por mandatario.

1244 SAP Sevilla n.º 510/2005 (Sección 4.ª), de 5 de diciembre (JUR 2006\57110), [FJ Único].

1245 Además, recuérdese los problemas que planteó a los juzgadores la cuestión relativa a si las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podían reputarse personas agraviadas de un delito de los previstos en los artículos 270-272 del Código Penal, tal como se analizó en el capítulo III apartado VIII epígrafe 2.

actuación a la que aludía el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era precisamente la de la tutela a la víctima¹²⁴⁶.

En principio, el órgano judicial con competencia para la realización de las diligencias previstas en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debería ser quien la tuviera para conocer del proceso. Además, obsérvese que nos hallamos ante un precepto incluido entre las reglas que regulan la competencia¹²⁴⁷ y que alguna de las actuaciones previstas en el catálogo que enumera el mencionado artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a modo orientativo y no como un listado cerrado¹²⁴⁸, resultan monopolio de los titulares de la función jurisdiccional. Sin embargo, en ocasiones las primeras diligencias se practicarán por «jueces de prevención». Ello sucederá, siguiendo a GIMENO SENDRA, cuando la *notitia criminis* les haya sido transmitida y, aun resultando (objetiva o territorialmente) órganos judiciales incompetentes¹²⁴⁹, no se pueda esperar.

En consecuencia, la realización de las diligencias previstas en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no plantea en principio problemas en las infracciones que tienen su perseguibilidad condicionada, dado que partimos de que en estos casos ha existido denuncia de la persona con facultad para ello ante un órgano judicial (sin competencia). Además, consideramos que la denuncia de dicha persona, a fin de poder remover el escollo procedimental, sólo necesita de su presentación ante una autoridad judicial, sea o no ésta competente. Parece, dada la finalidad que persiguen tales actuaciones, que la solución deberá ser idéntica en aquellos supuestos en que no concurriera dicha comunicación. Téngase en cuenta, al respecto, las observaciones que al hilo de las diligencias a prevención realizaremos a continuación, pues las mismas resultan, asimismo, y salvando las distancias, aplicables al ámbito de las primeras diligencias.

B. Otros posibles sujetos de las (primeras) diligencias a prevención

Las primeras diligencias¹²⁵⁰ quedan, en principio, reservadas al juez, normalmente a quien conocerá del caso, pero ya hemos visto también la posibilidad de que las mismas sean realizadas por quien resulte objetiva¹²⁵¹ o territorialmente incompetente. Además, la rapi-

1246 RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», en Justicia 95, pp. 28, 29, quien destacaba lo siguiente: «es sintomático que se haya acordado de los perjudicados por el delito y los haya señalado expresamente como la diligencia preferente a todas las demás». En concreto, el mencionado artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal decía así: «Considéranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener en su caso a los reos presuntos».

1247 Aspecto destacado por RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», cit., p. 28.

1248 SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 90 y ss.; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, cit., p. 265.

1249 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., 2004, p. 290.

1250 Por su parte, CERES MONTÉS, «Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: Nuevas tendencias», en Poder Judicial, n.º 38, 1995, p. 30, diferencia las primeras diligencias de las diligencias de prevención en función de su sujeto, respectivamente, el juez y la policía.

1251 Entendemos que la referencia a la competencia objetiva se realiza en un sentido amplio que abarca también los supuestos de competencia funcional. Aun así, la posibilidad de que quien carece de competencia objetiva

dez con la que algunos actos se han de efectuar (en el caso de la policía) o la información privilegiada ostentada por razón de la profesión (así, por ejemplo, el personal sanitario) lleva a considerar imprescindible la cooperación con los titulares de la potestad jurisdiccional. Por ello, consideramos que se han de distinguir básicamente dos planos en relación con el ámbito subjetivo de las diligencias de prevención o, según el Código Penal, a prevención¹²⁵².

Y es que, por un lado, las diligencias a prevención se forman mediante ciertas actuaciones que realizan profesionales distintos a los titulares del Poder Judicial. Nos referiremos, a continuación, a las que integran los atestados y los partes médicos. Éstos serían los supuestos más frecuentes en que sujetos que no ostentan la función jurisdiccional realizan actos que pueden devenir con trascendencia procesal. Así, se ha de destacar que las diligencias a prevención normalmente se asocian a la policía judicial, dada la labor que tiene encomendada¹²⁵³. Y es que, con frecuencia, ante la comisión de un hecho con apariencia de delito, los cuerpos y fuerzas de seguridad son los primeros en acudir al lugar de los hechos y realizar ciertas actuaciones que, en ocasiones, no permiten esperar. En esta línea, el artículo 4 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial establece lo siguiente: «Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal, directamente o a través de las unidades orgánicas de Policía Judicial».

Además de lo anterior –y aunque en materia de las diligencias de prevención no se sepa a ciencia cierta qué integra su elemento objetivo (esto es, qué actuaciones tienen cabida en las mismas) ni el subjetivo (es decir, quién ha de realizar los actos concretos que conformarán tales diligencias)–, parece que existe cierto consenso en incluir los partes médicos en dicha categoría¹²⁵⁴. Al respecto, el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción (...) o al funcionario de

–en la acepción amplia comentada– haya recibido la *notitia criminis* deviene con la existencia de los Juzgados de guardia una hipótesis cada vez más excepcional.

1252 Así, véase el artículo 602 del Código Penal anterior modificado mediante la Ley 3/1989, que coincide con el actual artículo 639 del texto penal.

1253 Según GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 271, 272, por diligencias policiales de prevención «cabe entender los actos instructorios que, como consecuencia de una denuncia o de las propias investigaciones que ha de efectuar la policía ante la sospecha de la comisión de un delito público, ha de practicar urgentemente y trasladarlas ante el Juez de Guardia a fin de que éste decida la incoación, en su caso, de la fase instructora».

1254 Por su parte, AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 152, entiende que los partes médicos y las declaraciones recogidas en los atestados no pueden, en principio, ser consideradas como denuncias ni dar lugar a la incoación de un proceso –el autor mencionado se refiere en concreto al juicio de faltas–. En cambio, continúa Ayo, los partes médicos y dichas declaraciones contenidas en los atestados dan lugar a la formación de diligencias a prevención.

policía (...). Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales (...)».

De la misma letra de la ley parece desprenderse que, cuando no estamos ante unos hechos que pueden tener encaje en la categoría de las infracciones perseguibles de oficio, no existe tal obligación de denuncia. No se trata, pues, *stricto sensu*, de una denuncia, o como mínimo, no de las que entran en la categoría de las denuncias necesarias. En consecuencia, esos atestados o partes médicos procesalmente formarán la categoría denominada diligencias a prevención.

C. Las diligencias de prevención y la diversidad legislativa existente en función de la gravedad de la infracción penal semipública

A tenor de lo que dispone el artículo 639.II del Código Penal, en la esfera de las faltas¹²⁵⁵ semipúblicas se permiten estas actuaciones, no exentas de cierta crítica¹²⁵⁶, aun cuando no se haya presentado la correspondiente denuncia de persona facultada para ello. En efecto, el citado precepto del texto penal dice así: «La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención». Se echa en falta un precepto equivalente en el ámbito de los delitos (semipúblicos). A tal efecto, el título III del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedicado a la policía judicial puede servir de ayuda, pues en el mismo encontramos los artículos 282 y 284 que de alguna manera aluden a la referida cuestión y pudieran dotar de cobertura legal a este tipo de actuaciones en casos de infracción penal grave.

En concreto, según el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la «Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial».

Por su parte, el artículo 284 de la norma procesal penal resulta, asimismo, de interés y establece lo siguiente: «Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público, o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la Autoridad judicial o al

1255 Apuntaba la ausencia de un precepto equivalente al anterior artículo 602 del Código Penal derogado en el ámbito de los delitos, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 109.

1256 Así, se ha destacado que en los casos de infracciones perseguibles a instancia de parte en que se realiza alguna diligencia a prevención sin que el denunciante haya presentado o presente en un breve lapso de tiempo su declaración de conocimiento, se corre un riesgo de realizar actuaciones que finalmente se muestren innecesarias, en el sentido de resultar inservibles de cara al correspondiente proceso penal. En este sentido, MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», cit., pp. 103, 104, mostró su preocupación ante las consecuencias que la reforma operada a través de la Ley 3/1989 podía deparar, y esperaba que una «ponderación de las circunstancias de cada caso atempere lo que la literalidad del precepto parecería dar a entender».

representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención.

En otro caso lo harán así que las hubieren terminado».

En primer lugar, no queda claro si las referencias «delito (...) de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima» (art. 282 LECr.) y «delito privado» (art. 284 LECr.) se han de interpretar o no en un sentido restringido, limitado a los tipos penales incluidos en los artículos 205 y siguientes del Código Penal. Ello se habrá de relacionar con el entendimiento que se dé al propio concepto de diligencia a prevención y la frontera existente con respecto a la investigación ordinaria a realizar por la policía judicial. Además, en este sentido, tampoco se alcanza a comprender el sentido que debe asignarse al requerimiento al que se refieren ambos preceptos, máxime en un estadio en el que ni los hechos acaecidos ni su encaje penal resultan necesariamente cuestiones aclaradas. Y es que pareciera que el tema relativo a la perseguibilidad de las infracciones penales fuera una incógnita despejada antes incluso de la propia incoación del proceso¹²⁵⁷.

Por tanto, volvamos a la búsqueda de la previsión equivalente al artículo 639.II de la norma penal. La reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través del artículo 5 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, añadió al artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una última frase: «La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial». Esto último nos llevaría a afirmar que el alma gemela del artículo 639.II del Código Penal es el artículo 282 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, las dificultades no terminan aquí. Como ya apuntamos¹²⁵⁸, la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, convirtió en públicos los hasta entonces semipúblicos delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. En consecuencia, la única mención –introducida en la norma procesal en 2002– en materia de delitos dando el visto bueno a la práctica de las diligencias de prevención quedó convertida en papel mojado tras la Ley Orgánica 15/2003, dado que sus dos únicas referencias dejaron de pertenecer a la categoría de los delitos semipúblicos. Nos hallamos en el mismo punto que con anterioridad a la Ley 38/2002, o en una situación aún peor, dado que el legislador cuando en 2002 acometió la reforma en este ámbito y permitió expresamente las diligencias a prevención en casos de delitos semipúblicos no lo hizo mediante una cláusula general, como sucede en el ámbito de las faltas, sino exclusivamente limitada a los tipos penales incluidos en los artículos 270-277 del Código Penal. Por tanto, en la actualidad no queda claro cuál ha de ser la opinión a mantener. Esto es, si cabe la realización de las diligencias a prevención en casos de delitos semipúblicos, tal y como expresamente se establece en materia de faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada, o si el legislador de 2002 únicamente permitió dichas diligencias en las dos modalidades de delito para las que expresamente así lo contempló. Todas estas cuestiones entendemos que todavía no han recibido una

1257 Alude a esta cuestión, en relación con la labor desarrollada por la policía judicial, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 114.

1258 Concretamente, en el capítulo III apartado VIII epígrafe 2.

respuesta adecuada¹²⁵⁹, quizá porque la categoría de las diligencias a prevención sirve para justificar casi cualquier actuación (a modo de *totum revolutum*) que realice, especialmente, la policía en casos en que la perseguibilidad queda condicionada.

No obstante lo apuntado, los autores que se han ocupado de la cuestión han extendido el contenido del artículo 639.II del Código Penal, asimismo, a las infracciones penales graves que requieren de la denuncia de persona con facultad para ello¹²⁶⁰. El análisis de la doctrina jurisprudencial parece conducir a idéntica conclusión¹²⁶¹.

D. Conclusión

A partir de las consideraciones anteriores cabe señalar que nos hallamos ante un ejemplo más en que el requisito de la denuncia a instancia de parte queda flexibilizado, tanto por la actuación de la policía judicial, como asimismo por los partes médicos que los profesionales sanitarios se hallan obligados a remitir. Ambos integran las conocidas como diligencias de prevención, sin que se sepa a ciencia cierta el tratamiento procesal que las mismas deban de recibir y sin que esté resuelta la cuestión relativa a si ya se ha dictado un auto de incoación del proceso. En materia de faltas perseguibles previa denuncia de la persona agraviada, AYO FERNÁNDEZ¹²⁶² da cuenta de los diferentes criterios que, en relación con la documentación remitida y que integraba las diligencias a prevención, se han seguido por los distintos órganos judiciales. Y es que entre las opciones que apunta el autor mencionado destacan las siguientes: algunos juzgados optaban por incoar directamente el juicio de faltas¹²⁶³; otros, en cambio, preferían formar unas diligencias con la documentación que contenía las actuaciones a prevención realizadas. Característica de todas las posibilidades, sin embargo, era el auto de archivo atípico que se acababa dictando ante la ausencia de la denuncia necesaria.

Por ello, se ha de concluir que la falta de denuncia de persona facultada no impide la realización de ciertas actuaciones por parte de órganos judiciales sin competencia¹²⁶⁴ e incluso

1259 Se muestra del mismo parecer en relación con las diligencias a prevención en materia de faltas, AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., cit., p. 152.

1260 Así, por ejemplo, MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 66.

1261 Con respecto a la situación existente con anterioridad a la Ley 38/2002, puede consultarse, como botón de muestra, la SAP Cuenca n.º 78/2005 (Sección 1.ª), de 29 de septiembre (JUR 2005\242213), [FJ 1.º], donde en un caso por delito contra la propiedad intelectual se señalaba lo siguiente: «la ausencia de una condición objetiva de procedibilidad constituye un defecto subsanable y que no determina la nulidad de pleno derecho de las actuaciones practicadas de oficio a falta de ella, que siempre pueden legitimarse como diligencias a prevención, tal como prevé expresamente para las faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada el art. 639 CP». Curiosamente, se reproduce el texto citado en otros supuestos donde la referencia a la disposición común prevista en el artículo 639.II del Código Penal resultaba innecesaria, dado que ya se había producido la modificación en el artículo 282 *in fine* para los delitos (semipúblicos en aquel entonces) relativos a la propiedad intelectual e industrial. Así, véase la SAP Sevilla n.º 333/2008 (Sección 4.ª), de 15 de julio (JUR 2009\15651), [FJ 2.º].

1262 AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., cit., pp. 152 y ss.

1263 Como señala AYO FERNÁNDEZ, *ibid.*, p. 153, dicha incoación del proceso tenía su trascendencia a efectos de la estadística judicial.

1264 Otra de las funciones asignadas a tales diligencias a prevención ha sido precisamente la de aclarar si nos hallamos ante una infracción penal perseguible a instancia de parte. Así, para el ámbito de las faltas, véase

de otros profesionales que con posterioridad son remitidas a la autoridad judicial. Consecuencia de lo anterior, puede haberse producido la incoación del proceso, aun sin constar denuncia de la víctima, pues se ha señalado que la misma «no es una condición de validez del procedimiento»¹²⁶⁵. Seguramente la relajación que se detecta en este ámbito se ha de relacionar con la siguiente idea: la perseguibilidad a instancia de parte, como excepción en nuestro ordenamiento penal, ha de encajarse en un sistema procesal donde imperan las «facilidades» de todo orden (subjetivas y formales) para conseguir que la noticia criminal llegue a los tribunales, incluso aunque no exista más que una vaga noción de lo sucedido. Por el contrario, las infracciones penales semipúblicas, teóricamente, cierran a cal y canto las puertas de entrada al proceso penal, salvo que concurra la denuncia –o querella– de persona con facultad para ello. Ahora bien, pueden darse diferentes situaciones que conviertan dicha denuncia en un acto baldío. En primer lugar, ello podría suceder por la desaparición de los restos o vestigios que hayan podido quedar en el lugar de los hechos, en el cuerpo o ropa de la víctima o incluso en las pertenencias del eventual autor en el momento en que se produzca la denuncia «necesaria». Entre los supuestos en que dicha situación podría, sin excesiva dificultad, plantearse cabe destacar los delitos sexuales, los de daños imprudentes o las faltas semipúblicas. Además, en otros casos la actuación de la policía judicial es la que lleva a la víctima o a su representante legal a ser consciente de su situación de tal, como ha ocurrido en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial que hasta la Ley Orgánica 15/2003 pertenecían a la categoría de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte.

3.8. Consideraciones finales

De acuerdo con la exposición anterior, cuando la ley se refiere a la necesidad de denuncia dicha exigencia ha de ser objeto de una interpretación flexible. Además, se ha de tener en cuenta que, como ya hemos indicado¹²⁶⁶, el ciudadano medio no suele ser consciente de la categoría que en la esfera de la perseguibilidad ostenta el hecho que pretende denunciar ni tiene conciencia de que su denuncia, y sólo la suya, constituye la única forma (junto con la querella) para iniciar el proceso, pues no maneja la clasificación de las infracciones penales en función de su perseguibilidad.

Al hilo de lo anterior, se ha de recordar que la fase de instrucción servirá para aclarar lo sucedido e intentar así encontrar encaje en alguno de los tipos penales a los hechos denunciados y a aquellos otros surgidos a lo largo de la investigación, por lo que el contenido de la narración efectuada en la denuncia no puede considerarse algo definitivo e inmutable¹²⁶⁷.

ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, cit., p. 294.

1265 Tal como señala la SAP Tarragona n.º 584/2004 (Sección 2.ª), de 14 de junio (JUR 2004\216468), [F] 1.º).

1266 Concretamente, en este capítulo IV epígrafe II apartado 3.3.

1267 En este sentido hay que entender las palabras de TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 192, cuando señala que «la declaración del denunciante es sólo una versión histórica de lo acontecido cuyos extremos deben comprobarse. (...) No es una excepción la posible calificación jurídica del hecho como delito semipúblico, ni siquiera cuando el denunciante aduce su condición de ofendido; el Juez puede admitir la denuncia sin que esta admisión suponga aceptar la calificación jurídica realizada».

En este sentido, incluso el propio régimen de perseguibilidad puede verse afectado en función del tipo penal en el que finalmente se incluyan los hechos investigados. Todo ello refleja la complejidad ínsita en las infracciones perseguibles a instancia de parte, dado que el devenir del proceso puede conducir a modificar sustancialmente las primeras informaciones obtenidas de cualquiera de los intervinientes procesales, y, en concreto, lo manifestado por la víctima en su declaración. Por todo lo señalado, choca la aparente sencillez con la que se explica las categorías que integran la perseguibilidad a instancia de parte con la cantidad de problemas procesales que plantean tales supuestos. En cierta medida ello pueda deberse a que cuando se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal de 1870 prácticamente no contenía –dejando a salvo algunos «delitos contra la honestidad» (art. 463.II) y la falta de injuria (*ex* art. 605.1.º)– infracciones penales en donde se exigía denuncia de persona facultada para ello¹²⁶⁸.

4. La querella

4.1. La exigencia o no de querella en las infracciones perseguibles a instancia de parte

La querella como instrumento que remueve el obstáculo inicial en las infracciones no perseguibles de oficio manifiesta diferente perfil en las denominadas infracciones penales privadas y en las semipúblicas. Y es que, por un lado, la querella no constituye patrimonio exclusivo de los delitos privados, dado que también será una de las opciones que el ofendido por un ilícito penal semipúblico tiene en su haber. Por dicha razón, si bien «bastará» la denuncia en estos últimos procesos, cabe en todo caso la interposición de querella a fin de superar el preceptivo escollo procedimental. Por otro lado, el volumen representado –tanto en la cantidad de tipos previstos en el Código Penal como en el número de causas seguidas en los tribunales– por las infracciones privadas y por las que sin serlo no conforman la perseguibilidad de oficio, subraya la importancia de estas últimas, conocidas como semipúblicas, en detrimento de los delitos privados. Todas las razones comentadas llevan a concluir que el estudio de la querella y su viabilidad en los procesos por infracciones tradicionalmente denominadas semipúblicas quede convertido en un apartado relevante. Además, existirán en ambos casos puntos discordantes que aumentarán una vez incoado el proceso. Lo anterior se debe a que las reglas establecidas para los procedimientos por infracciones privadas y las normas que regirán los juicios por ilícitos semipúblicos presen-

1268 En concreto, el artículo 463 del Código Penal de 1870 decía así: «No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, ó abuelos ó tutor.

Para proceder en las causas de violación y en las de raptor ejecutado con miras deshonestas, *bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia.*

Si la persona agraviada careciere por su edad ó estado moral de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador *que denuncien*, podrán verificarlo el Procurador síndico ó el Fiscal por fama pública. (...). Por su parte, el artículo 605 del Código Penal de 1870 establecía lo siguiente: «Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y reprensión: 1.º Los que injuriaren livianamente á otro de obra o de palabra, *si reclamare el ofendido*, cuyo perdón extinguirá la pena. (...)» [Cursiva añadida].

tan caracteres en gran medida diferenciados, especialmente en materia de los sujetos que podrán intervenir como partes acusadoras.

Tal como veíamos en el caso de la denuncia¹²⁶⁹, se ha distinguido terminológicamente para la querella los supuestos en que ésta resulta un óbice –término empleado con la intención de evitar entrar en el oscuro terreno de si nos hallamos ante un presupuesto, requisito, condición, etc.– de perseguibilidad¹²⁷⁰. En este sentido, entre las múltiples formas de agrupar las modalidades de querella¹²⁷¹ nos interesa, especialmente, la que distingue entre la querella facultativa y la necesaria¹²⁷². Esa clasificación resulta de gran utilidad para nuestro estudio, dado que el criterio empleado alude a la dispensabilidad o no de la querella. Por tanto, la misma será necesaria si resulta la única vía para la persecución del delito¹²⁷³; y, en cambio, estaremos ante una querella facultativa si dicha formulación no se torna obligatoria, al existir otras posibilidades que permiten la incoación procesal (por ejemplo, la denuncia en las infracciones públicas y semipúblicas, o la iniciación de oficio en los ilícitos públicos) o el ejercicio de la acción penal (así, los arts. 109 y 110 LECr.).

En la línea expuesta, GIMENO SENDRA¹²⁷⁴ distingue dos tipos de querellas en la órbita de las infracciones penales no perseguibles de oficio. Así, por un lado, se refiere a la querella

1269 Concretamente, en este capítulo IV apartado II epígrafe 3.2.

1270 Sobre la doble naturaleza de la querella, véase el trabajo de QUINTANO RIPOLLÉS, «Naturaleza sustantiva y procesal de la querella privada», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, n.º 1, pp. 125-133.

1271 Quizá la forma más habitual de clasificar las querellas sea en función de si se trata de una querella pública o de una privada. Ahora bien, lo anterior ha de ser aclarado, pues dicha división se puede entender de diversas maneras: 1. En cuanto al sujeto que interpone la misma (públicas, si provienen del Ministerio Fiscal; y, privadas, en el resto de casos). 2. Asociada a las categorías de delito público y delito privado, con lo que la querella pública abarcaría todas aquellas, salvo las interpuestas en un proceso por delito privado (que conformarían las querellas privadas). 3. Por la relación que el sujeto tiene para con el hecho –aparentemente– delictivo (pública sería la querella de un ciudadano no ofendido por el delito y la del Ministerio Fiscal; y, privada, si proviene de la víctima). Al respecto, véase, entre otros, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 130, 131. En concreto, adoptan el primer criterio SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV vol. II, cit., p. 632; como representante del segundo entendimiento expuesto podemos destacar a SALOM ESCRIVÁ, «La querella», en *Justicia* 1996, pp. 394, 395; mientras que la posición de GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 86, tendría encaje en la tercera de las opciones reproducidas, al entender que la diferenciación entre la querella pública y la privada no puede realizarse desde una óptica sustantiva –delito público/privado–, sino en atención al papel que cumple en el proceso. De ahí que para el sector doctrinal citado (*ibid.*, pp. 88 y ss.), la querella pública haya de vincularse con la deducida por el Ministerio Fiscal o por cualquier ciudadano (acusación popular); por el contrario, la privada será la que interpone el ofendido por el delito (público, semipúblico o privado). Dentro de estas últimas, destaca la existencia de las querellas privadas exclusivas, esto es, aquellas en las que el ofendido tiene el monopolio de la, según la concepción defendida por GIMENO, «acción penal». A su vez, las querellas privadas exclusivas pueden ser necesarias –lo que resulta de aplicación en el caso de los ilícitos penales privados– o contingentes –supuesto predicable de las tradicionalmente denominadas infracciones penales semipúblicas–.

1272 Emplean esta clasificación SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV vol. II, cit., p. 633.

1273 Según QUINTANO RIPOLLÉS, «Naturaleza sustantiva y procesal de la querella privada», cit., p. 118, «la querella verdadera (...) es la ejercitada por el ofendido (...) como sujeto jurídico pasivo en los denominados delitos privados».

1274 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 89.

exclusiva y necesaria, que será la exigida en los delitos privados; y, por otro, la contingente, esto es, la presentada en supuestos de infracciones semipúblicas, donde dicho acto procesal no constituye el único que posibilita la persecución de los hechos.

Incluso, en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas servirá para remover el obstáculo procesal exigido la interposición de una querella por parte de quien se halla facultado, aun cuando existan ciertos defectos en la misma (por ejemplo, no se presenta el poder) que imposibilitarán la producción de la totalidad de los efectos que como tal querella debería acarrear. Por ello, sin necesidad de esperar a la subsanación de los posibles defectos de dicha querella, se ha de entender que se supera el correspondiente escollo cuando concurran los requisitos mínimos exigidos en la denuncia de las infracciones semipúblicas. Otra será la conclusión que se extraiga cuando en un proceso por infracción penal privada concurra la denuncia de la persona con facultad para ello y no la correspondiente querella. Coincidimos con los profesores SERRA DOMÍNGUEZ¹²⁷⁵ y GIMENO SENDRA¹²⁷⁶ en que en tales supuestos deberá decretarse la nulidad de actuaciones, sin que en dicho punto sea posible la subsanación.

El mismo adjetivo se emplea con significado, en cierta medida, diverso al aludir a la denuncia necesaria –dado que en las infracciones semipúblicas siempre resultará posible la opción de la querella, con lo que en estos casos la necesidad alude, más bien, al ámbito de la persona del denunciante– y a la querella necesaria –que, además de la limitación subjetiva que conllevan los delitos privados, el escollo procedimental no quedará superado con otras opciones formales.

Por otro lado, como apuntamos al tratar la denuncia necesaria¹²⁷⁷, la querella tiene un pronunciado elemento volitivo (declaración de voluntad), que se concreta en el ánimo de mostrarse parte procesal como elemento más destacable de la misma¹²⁷⁸. Además, también quedó señalado¹²⁷⁹ que toda querella conlleva una nota cognoscitiva. Lo anterior significará, precisamente por la relevancia procesal del acto mencionado, la exigencia de ciertos requisitos tasados, que poco tienen que ver con la flexibilidad propia de la categoría de la denuncia¹²⁸⁰.

Del estudio del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta destacable las escasas referencias específicas halladas para la querella por infracciones no perseguibles de oficio, ciñéndose, además, las mismas a los casos de los delitos privados¹²⁸¹. De lo anterior, ca-

1275 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 794.

1276 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 81.

1277 Concretamente, en este capítulo IV apartado II epígrafe 3.5.

1278 Así, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 427.

1279 En este capítulo IV apartado II epígrafe 3.5.

1280 Por ello, consideramos que no refleja la esencia de ambos instrumentos la siguiente aseveración: la querella es una denuncia solemne y la denuncia una querella informal (se pregunta en torno a lo acertado de dicha afirmación y resuelve la cuestión también de forma negativa, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 422, 423).

1281 Concretamente, entre los preceptos que directamente aluden a dicha cuestión, cabe destacar los siguientes: el artículo 105 (intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal); el artículo 112.II (extinción de la acción penal cuando sólo se ejercita la civil); el artículo 275 (abandono de la querella); el artículo 278 (acto de conciliación); y, en cierta forma, el artículo 279 (licencia del juez). Además, se han de tener en cuenta los

bría concluir que el legislador no tenía en mente la segunda modalidad existente en materia de infracciones perseguibles a instancia, esto es, la utilización de la querella por el facultado en un ilícito semipúblico como vehículo que produce efectos similares a la denuncia en punto a la incoación del proceso. En el intento de encontrar más explicaciones que justifiquen dicha ausencia, se podría subrayar la idea de que los ilícitos semipúblicos, una vez removido el escollo inicial por persona facultada para ello, sea mediante denuncia sea a través de querella, quedan prácticamente convertidos en infracciones perseguibles de oficio¹²⁸².

4.2. La querella como acto procesal

El objetivo de este análisis no es establecer una clasificación que abarque todos los posibles apartados relacionados con la institución de la querella¹²⁸³, sino, más bien, el estudio de los aspectos (anteriores o simultáneos) vinculados a la querella en las infracciones perseguibles a instancia de parte¹²⁸⁴. Por ello, trataremos directamente aquellas cuestiones que incidan en nuestro campo de investigación. De especial interés resulta el esquema de trabajo seguido por GIMENO SENDRA, al diferenciar dos claros aspectos en el estudio de la querella: por una parte, aborda los problemas relacionados con la naturaleza jurídica de los diversos tipos de querella; y, por otra, analiza la querella como acto procesal¹²⁸⁵. En el presente epígrafe ahondaremos especialmente en algunas de las características que rodean la querella, como acto (necesario) que posibilita la incoación del proceso y, simultáneamente, la adquisición de la condición de parte acusadora en los procesos por delito privado.

En el ámbito del proceso civil, podemos destacar que, como regla general, con la demanda el actor deberá presentar el conjunto de documentos que puedan ser de relevancia para el desarrollo del correspondiente litigio, a riesgo de que una aportación posterior pueda acarrear la preclusión de dicha posibilidad (arts. 264 y 269 LEC). En cambio, como norma, en el proceso penal, junto con el acto procesal de la querella (necesariamente, a diferencia de la denuncia, escrito, *ex art. 277 LECr.*), no se han de presentar otros documentos, pues como veremos a continuación, pueden ser válidamente traídos al proceso con posterioridad. Aun con todo, existen en este ámbito unos mínimos que han de ser respetados:

preceptos dedicados en el título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares.

1282 Supone una importante excepción a lo señalado, la existencia de casos en que opera el perdón.

1283 Para un análisis completo de la cuestión, encajando todas las piezas del puzzle «querella», se recomienda la obra de GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 109 y ss.; además, pueden consultarse, SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 792 y ss.; SALOM ESCRIVÁ, «La querella», cit., pp. 387 y ss.

1284 En este sentido, ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (con de la Oliva Santos, Hijonosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., cit., 2004, p. 326, tras las oportunas matizaciones, señala con respecto a los caracteres que rodean la querella por delitos privados que, en cuanto acto procesal, el régimen jurídico de la querella pública le será aplicable.

1285 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 112.

4.2.1. El poder del procurador¹²⁸⁶

El comienzo del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la querella «se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado». Sin embargo, lo que no resulta tan sencillo es determinar el tipo de poder que se ha de otorgar, pues caben hasta tres posibilidades: el general para pleitos, uno especial para ejercitar la acción penal o un poder especialísimo. Como decíamos al estudiar el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁸⁷, existe cierto consenso en entender que dicho poder ha de ser no sólo especial, sino especialísimo, esto es, para el proceso concreto. Ello significará que el poder haya de ser otorgado con posterioridad a la comisión del hecho enjuiciado¹²⁸⁸. Ahora bien, la lectura íntegra del precepto comentado muestra un panorama bien distinto al que se puede deducir de la primera línea reproducida¹²⁸⁹. Así, el artículo 277.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a admitir la posibilidad de que, aun sin dicho poder o resultando el mismo insuficiente (vg. presentación de un poder general para pleitos), pueda considerarse éste un defecto subsanable, y que, por ende, no evitará la incoación del proceso. Concretamente, en el propio acto de la querella se puede eludir dicho vicio procesal, mediante la firma del querellante (o de otra persona a su ruego si éste no supiere o no pudiese firmar), que lo subsanará, siquiera provisionalmente. Decimos que de manera temporal, puesto que en el acto de ratificación de la querella se solicitará al querellante que manifieste su conformidad con la misma, lo que supondrá una asunción de «paternidad» de aquélla¹²⁹⁰.

El poder no contiene peculiaridades para los supuestos de procesos por infracciones no perseguibles de oficio, si bien, la doctrina se ha planteado si este dato repercute de alguna manera cuando el poder no se ha presentado o se ha hecho de una forma deficitaria. La respuesta ha sido negativa también para ese caso, dado que dicho defecto se suplirá bien a través de la institución de la ratificación, con lo que sólo será necesario la existencia de un poder general, bien con la posterior presentación de un poder especialísimo¹²⁹¹. Lo anterior lleva a concluir que la existencia de personas legitimadas a fin de poder incoar válidamente el proceso no afecta a la necesidad o no del poder del representante procesal, esto es, nos hallamos ante cuestiones diversas no conectadas entre sí.

1286 Se ha de recordar que en el orden jurisdiccional penal la preceptiva intervención de profesionales jurídicos queda excluida en los procesos por faltas. Asimismo, debe tenerse presente lo dispuesto para el procedimiento abreviado en el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el papel que puede desempeñar el abogado, si bien, de la defensa, en el ámbito de la representación de su defendido «hasta el trámite de apertura del juicio oral».

1287 Concretamente, en este capítulo IV apartado II epígrafe 3.7.2.

1288 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 179. Para llegar a dicha conclusión, GIMENO SENDRA analiza la finalidad de la representación procesal en la querella (*ibid.*, p. 181), «que no es otra que la de determinar la identificación y voluntad del querellante en el ejercicio de la acción penal en orden a la asunción de posibles responsabilidades».

1289 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 180, señala que en la práctica la virtualidad de dicho poder especialísimo ha de ser más bien ninguna.

1290 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 188.

1291 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 181-183.

4.2.2. La certificación del intento de conciliación¹²⁹²

4.2.2.1. Aproximación al concepto de conciliación

Como venimos observando a lo largo del presente trabajo, la situación normativa existente para las infracciones penales no públicas resulta dual, pues, tanto el Código Penal como la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporan diversos aspectos relativos a la esfera de su perseguibilidad. En lo que nos interesa en este momento, cabe destacar cómo la norma procesal no se ha conformado con establecer ciertas cualidades aplicables a los ilícitos penales privados, sino que ha previsto, dentro del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal titulado «De los procedimientos especiales», una modalidad específica para los delitos de injuria y calumnia contra particulares (título IV, artículos 804-815). Entre los documentos exigidos en los procesos penales por delito privado a la hora de presentar la correspondiente querrela, encontramos el de la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado. Además, dicho acto de conciliación queda regulado en dos lugares de la norma procesal, a saber, en los artículos 278 y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁹³. El referido fenómeno se explica si se tiene en cuenta que hasta épocas relativamente recientes los tipos penales de injuria y calumnia contra particulares formaban parte de la tipología más amplia de los delitos privados¹²⁹⁴.

Tradicionalmente, el término conciliación ha presentado dos proyecciones¹²⁹⁵: por un lado, como un mecanismo independiente de resolución de conflictos jurídicos, en el que participa un tercero a fin de facilitar la aproximación de las posturas de las partes de la contienda; y, por otro, como un trámite previo al inicio del proceso judicial (o a realizar dentro del mismo)¹²⁹⁶, con plasmación en los cuatro órdenes jurisdiccionales. Ello significa que en este segundo caso la conciliación queda encuadrada, como uno de los actos a seguir, en el ámbito del sistema de justicia estatal¹²⁹⁷. Ambas modalidades entran dentro de la definición de conciliación utilizada

1292 En sustancia, este epígrafe coincide con nuestro trabajo «La certificación del intento de conciliación en el proceso penal por delito privado», en SERRA DOMÍNGUEZ (Liber amicorum), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 697-713.

1293 Sin embargo, no se realiza en la ley penal sustantiva mención alguna en relación con este punto.

1294 Efectivamente, las últimas infracciones privadas que, además de los delitos contra el honor, quedaban en nuestro sistema (*ex arts. 443.VI, 450 y 452.III del Código Penal de 1944*) fueron suprimidas mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

1295 RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., p. 43, señala que se trata «tanto de un instrumento de arreglo de diferencias autónomo como de una fórmula de dar salida a un litigio ya promovido judicialmente».

1296 MONTERO AROCA, «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1855», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1971, p. 857, se refiere a la conciliación pre-procesal y a la intra-procesal. Sobre la segunda, repárese en la importancia que el legislador de 2000 le ha concedido en el proceso civil ordinario. En concreto, como ha destacado RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 342, 352, es uno de los objetivos a que aspira la audiencia previa al juicio en varios momentos, esto es, tanto al inicio (art. 415 LEC), como más adelante (art. 428.2 LEC). Sin embargo, el profesor RAMOS MÉNDEZ, *ibid.*, p. 342, se muestra crítico con esta decisión de considerar la audiencia previa como escenario adecuado para una conciliación.

1297 Sobre el particular, véanse GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 3.ª ed., Madrid, 2005, pp. 17 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., cit., pp. 43-45.

por MONTERO AROCA, al entenderla, en sentido estricto, «como la comparecencia obligada o facultativa de las partes, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto de intereses que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico, que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido»¹²⁹⁸.

La primera de las manifestaciones de esta institución, tendría como nota común con la mediación, precisamente, esa intervención de un tercero ajeno al conflicto que no decidía el caso. Además, se distinguía la conciliación de la citada mediación, en cuanto que en esta última el tercero que participaba en el acercamiento de las partes, aun sin resolver la contienda, proponía a éstas una solución del problema, quienes habían de decidir si la asumían o no; en la conciliación, por el contrario, no existía propuesta alguna¹²⁹⁹. Actualmente, los atributos que permitían separar la institución de la mediación y la conciliación se han disipado, por lo que la distinción de ambas vías deviene prácticamente imposible.

En relación con la segunda posibilidad planteada, cabe señalar que el estudio de la conciliación en los diversos órdenes jurisdiccionales del sistema judicial permitía destacar, especialmente hasta hace unos años, la existencia de similitudes entre el proceso civil y el penal privado¹³⁰⁰ —que, de la misma manera, suponen un cierto alejamiento de los procedimientos penales por infracciones privadas del resto de juicios criminales—¹³⁰¹. Dichas coincidencias comenzaban precisamente en la exigencia de la certificación del propio acto de conciliación, como instrumento tendente a eludir la incoación del proceso a través de la avenencia de las partes¹³⁰².

4.2.2.2. Análisis de diversas cuestiones relativas al requisito de la conciliación en la esfera procesal penal

En el ámbito punitivo, como ya hemos indicado, es en el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde aparece la institución de la conciliación de forma general, dentro

1298 MONTERO AROCA, «Las conciliaciones en el proceso laboral», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1973, pp. 495, 496.

1299 En este sentido, véanse los trabajos de MONTERO AROCA, «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1855», cit., p. 860; y, «Las conciliaciones en el proceso laboral», cit., p. 499.

1300 Véase, en este capítulo IV apartado II epígrafe 4.2.2.2, el debate suscitado en torno a la interpretación de la cláusula «algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte», recogida en el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1301 Así, hasta 1984 el intento de conciliación resultaba preceptivo a fin de iniciar un proceso civil. A partir de entonces, quedó como un acto facultativo (arts. 460-480 LEC 1881). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no ha modificado esta situación, merced a su Disposición Derogatoria Única 1.2.ª, que ha prolongado la vigencia de la regulación anterior hasta la entrada en vigor de la regulación de esta materia en la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, no ha sido necesario esperar hasta la promulgación de dicha norma, dado que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se ha encargado de modificar algunos de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que aún seguían vigentes en este ámbito.

1302 Existen discrepancias entre el acto de conciliación de los procesos por delitos privados y el acto conciliatorio previo aplicable a los procedimientos del orden jurisdiccional social (arts. 63 y ss., 81.2 LPL). Así, el órgano competente en el ámbito laboral será «el servicio administrativo correspondiente» (art. 63 LPL), a saber, el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), también denominado Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC). Todo ello reafirma la tesis de que la intervención del juez en estos actos de conciliación no es jurisdiccional, sino que se ha de insertar como un caso más de jurisdicción voluntaria.

del libro II dedicado al sumario, cuando se regula la querella (título II)¹³⁰³. De su lectura pudiera entenderse exigible no sólo en supuestos de delitos privados¹³⁰⁴, sino también en ciertos procesos por infracciones semipúblicas, dada la expresión utilizada —«algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o rapto»—¹³⁰⁵. Sin embargo, resulta pacífica la doctrina y la jurisprudencia cuando limitan la operatividad de la conciliación, en la actualidad, exclusivamente a los delitos de injuria y calumnia contra particulares, esto es, a los ilícitos penales privados¹³⁰⁶. La anterior interpretación encuentra, además, ulterior acomodo y concreción en el artículo 804 de la norma procesal penal¹³⁰⁷.

Al hilo de lo comentado, cabe preguntarse, como hiciera MARTÍNEZ-PEREDA, si la conciliación resulta también posible —nótese la diferencia entre «exigible» y «posible»— en supuestos de perseguibilidad de oficio y en las denominadas infracciones semipúblicas. Para los primeros casos, se descartó la citada opción, dado que la mera solicitud o intento se entendería como una denuncia; por su parte, en los ilícitos semipúblicos, podía ser empleado el instrumento de la conciliación, aun sin resultar preceptivo, pues la persona facultada tiene en sus manos la incoación del proceso. Estos actos conciliatorios vinculados a las infracciones semipúblicas coincidirían con los realizados en el ámbito del Derecho privado en la nota de no obligatoriedad¹³⁰⁸, pero, a diferencia de estos últimos donde el contenido de la petición civil puede lograrse extrajudicialmente, en los procesos por infracciones penales —y, por ende, también en las semipúblicas— no podría satisfacerse la pretensión punitiva fuera del procedimiento jurisdiccional, pues el *ius puniendi* queda configurado como monopolio del Estado¹³⁰⁹.

1303 Para un estudio sobre la historia de la conciliación penal, véanse AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Reus, Barcelona, 1924, p. 718; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, n.º 2, pp. 410 y ss.; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 174, 175.

1304 Durante la vigencia de los delitos de adulterio y amancebamiento, cuya existencia se mantuvo hasta 1978, se planteó si el acto de conciliación se extendía a los cuatro tipos penales privados o, exclusivamente, a los delitos contra el honor. La doctrina mayoritaria estimó que dicho acto resultaba de aplicación en la totalidad de las infracciones penales privadas, con independencia de que en el ámbito de los delitos de adulterio y amancebamiento quedara altamente cuestionada su utilidad, tal como indicó MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», cit., p. 436.

1305 Por su parte, en atención a la polémica suscitada durante el anterior Código Penal, dado que parecía que en los procesos por infracciones semipúblicas, salvo la violación y el rapto, resultaba preciso el cumplimiento del requisito de la conciliación, sintetizaba MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», cit., pp. 418, 419, la posición de diversos autores y acto seguido el propio MARTÍNEZ-PEREDA se decantaba por la exigencia del acto de conciliación estrictamente para las infracciones penales privadas.

1306 Véase GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 145, 146; ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., p. 564 n. 129.

1307 De ahí que cobren sentido propuestas como la de DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 173, 174, que entiende que el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la confusa referencia ya señalada, bien podría suprimirse. Concretamente, el citado artículo 804 de la norma procesal penal reza así: «No se admitirá querella por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto».

1308 A partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1309 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», cit., pp. 419, 420.

La cuestión relativa a si la conciliación es un acto jurisdiccional o no, ha sido, asimismo, abordada por la doctrina especializada. Ello deviene relevante para determinar si las injurias o calumnias proferidas en el propio acto de conciliación entran en la categoría de delitos contra el honor vertidos en juicio, supuesto en el cual sería indispensable la licencia del juez ante el cual se han realizado para poder proceder (arts. 215.2 CP, 279 y 805 LECr.).

En el intento de solucionar dicha cuestión, se ha de tener en cuenta, por un lado, que tradicionalmente el acto conciliatorio en el ámbito del proceso civil se asoció a su celebración ante un órgano judicial; pero, por otro, que éste no desempeñaba función jurisdiccional alguna, esto es, ni juzgaba ni hacía ejecutar lo juzgado. Sin embargo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ha modificado este punto, pues si bien hasta entonces en el ámbito del proceso civil (*ex art. 463 LEC 1881*) resultaban competentes para conocer de los actos de conciliación los «Jueces de Primera Instancia o de Paz», a partir de la reforma apuntada para tramitar los actos de conciliación serán competentes los «Juzgados de Primera Instancia o de Paz», expresión que la citada norma de 2009 concreta en que conocerán de los mismos bien el Secretario del Juzgado de Primera Instancia bien el propio Juez de Paz (así, por ejemplo en los modificados arts. 466 y 471 LEC 1881).

Si ya con anterioridad a la Ley 13/2009 nos sumamos a la opinión de quienes mantenían que se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria¹³¹⁰, por lo que no resultaría precisa dicha autorización judicial, dicha tesis ha quedado confirmada tras la norma de 2009. Además, entendemos el término «juicio» incardinado en la esfera jurisdiccional, esto es, en ese juzgar o hacer ejecutar lo juzgado que contempla el artículo 117.3 de la Constitución. Como consecuencia del anterior planteamiento, se debe excluir la necesidad de presentación de cualquier tipo de licencia del órgano judicial ante el que se profirió el eventual atentado contra el honor, si éste ocurrió al llevar a cabo un acto de conciliación¹³¹¹. Además, téngase en cuenta que tras la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el debate en torno a si se debe o no exigir la aludida licencia, sólo se planteará en relación con los actos de conciliación realizados ante el juez de paz.

1310 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 148. Así lo pusimos de relieve en nuestro trabajo «La certificación del intento de conciliación en el proceso penal por delito privado», cit., p. 701. En este sentido, el artículo 471 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 señalaba lo siguiente: «Si no hubiera avenencia entre ellos, el Juez procurará avenirlos. Si no pudiere conseguirlo, se dará el acto por terminado sin efecto» [Cursiva añadida]. Con posterioridad a la Ley 13/2009, la redacción de dicho precepto –cuyo contenido ahora se halla en dos párrafos diferenciados, a los que se ha añadido un ulterior párrafo final–, ha quedado así: «Si no hubiere avenencia entre ellos, el Secretario judicial o el Juez de Paz procurarán avenirlos.

Si no pudieren conseguirlo, se dará el acto por terminado sin avenencia.

Si las partes alcanzaran la avenencia, el Secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz auto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones» [Cursiva añadida].

Curiosamente, sin embargo, dicho precepto se enmarca en el libro II relativo a la jurisdicción contenciosa, donde la primera institución expuesta es el acto de conciliación. Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 120, se refiere al acto de conciliación como actividad parajudicial.

1311 En sentido contrario al mantenido en el texto, véase el AAP Barcelona n.º 113/2003 (Sección 2.ª), de 31 de marzo, [FJ 2.º], al entender que el acto de conciliación entraría a estos efectos dentro del concepto de «juicio», no formalmente pero sí analógicamente interpretado.

Por último, dentro de este epígrafe hemos de efectuar una referencia a la incidencia que el Código Penal de 1995 tuvo en relación con la exigencia del acto conciliatorio. En primer lugar, se ha de recordar que el artículo 215.1 del texto penal estableció en las injurias o calumnias cometidas contra particulares la querella como requisito de perseguibilidad. Pero, en segundo término, no quedaba tan claro si, además, en estos casos se requería la celebración del acto de conciliación. Concretamente, la duda surgió dado que, como ya hemos indicado¹³¹², ante la ausencia de referencias en la ley penal sobre el acto de conciliación, se discutió si el Código Penal de 1995 había derogado implícitamente el primer párrafo del artículo cuarto de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia menor así lo entendió¹³¹³. En concreto, la consecuencia de reputar tácitamente derogado este último precepto sería que, desde la entrada en vigor del texto penal de 1995, el acto conciliatorio vuelve a ser preceptivo cuando la infracción contra el honor se ha producido contra un particular, con independencia de si la misma se ha cometido con o sin publicidad. En cambio, según la postura contraria, decaía la referida exigencia si se entendía que, en todo lo que no resultara manifiestamente incompatible con la nueva regulación contenida en la Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal, debía mantenerse el artículo cuarto de la Ley 62/1978. Así, pese a requerir el artículo 215 del Código Penal querella, y no denuncia, la falta de necesidad del acto de conciliación cuando el delito contra el honor se ha cometido mediante publicidad, no contrariaba en sentido alguno lo dispuesto en el título XI del libro II de la ley penal sustantiva¹³¹⁴.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados Delitos y Faltas, y de Modificación del Procedimien-

1312 Al respecto, puede consultarse el capítulo III apartado V epígrafe 1.1.4.

1313 Véase, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., cit., p. 295. Sin embargo, la mayoría de los autores no abordan este problema desde la óptica del acto de conciliación, sino que estudian la cuestión exclusivamente en relación con la suficiencia o no de la denuncia en los casos que venimos analizando. Así, como botón de muestra, pueden consultarse VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac y Martínez-Buján Pérez), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 356, 357; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., cit., p. 1047. Se entendió tácitamente derogada la Ley 62/1978 por el Código Penal de 1995 en la SAP Almería n.º 124/2004 (Sección 2.ª), de 9 junio, [FJ 1.º].

1314 SAP Madrid n.º 339/2003 (Sección 4.ª), de 9 de octubre, [FJ 2.º]; AAP Sevilla n.º 39/2002 (Sección 7.ª), de 27 de febrero, [FJ 9.º]; AAP Madrid n.º 254/2005 (Sección 3.ª), de 24 de mayo, [FJ 2.º]; SAP Málaga, n.º 33/2004 (Sección 7.ª), de 19 de mayo, [FJ 1.º]. A esta solución llega la Consulta 7/1997, de 15 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias (*l. in fine*), sin argumentar por qué. Además, compárese la expresión «por escrito y con publicidad» contenida en el artículo 463 del Código Penal derogado y la idea de publicidad ínsita en el artículo 211 del texto penal de 1995. En concreto, el referido artículo 211 del Código Penal dispone lo siguiente: «La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante». Además, véase la tesis mantenida al respecto por RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), cit., p. 641, refiriéndose tanto a la no exigencia del acto de conciliación, como a considerar suficiente la denuncia; MACÍÁ GÓMEZ, *El delito de injuria*, cit., pp. 120, 124, mantiene la necesidad de querella para las injurias y calumnias con publicidad, pero no así la del acto de conciliación.

to Abreviado, que derogó la Ley 62/1978 mediante su Disposición Derogatoria Única, la situación vuelve a ser un tanto compleja. Y es que aquélla no da redacción nueva a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exigen el acto de conciliación (arts. 278 y 804). Dado que, a su vez, la Ley 62/1978 tampoco había derogado expresamente esos artículos de la norma procesal penal, se plantea el problema de si vuelve a ser indispensable el acto de conciliación en todos los delitos de injurias y calumnias contra particulares. Atendiendo al tenor literal de la ley, la respuesta parece que debe ser afirmativa^{1315 1316}.

4.2.2.3. La competencia para conocer del acto de conciliación en los procesos por delito privado

Se suscita la cuestión relativa a quién ha de conocer de los actos de conciliación en los procedimientos por infracción penal privada. La duda surge, pues ni el artículo 278 ni el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyen previsión alguna en torno al sujeto que tiene atribuida dicha materia¹³¹⁷. En este sentido, se plantean las siguientes posibilidades: por un lado, entender que se ha de aplicar en bloque la regulación procesal civil prevista para el acto de conciliación¹³¹⁸. Esta tesis, y a la espera de una ley de jurisdicción voluntaria, significaría que conocería (*ex art.* 460 LEC 1881) de los actos de conciliación por delito privado el secretario judicial del juzgado de primera instancia o el juez de paz, si

1315 Tal como ya señalamos en el capítulo III apartado V epígrafe 1.1.4.

1316 La jurisprudencia se inclina, asimismo, por dicha solución. Así, véanse AAP Barcelona (Sección 7.ª), n.º 111/2005, de 15 de febrero, [FJ 1.º]; AAP Madrid (Sección 3.ª) n.º 254/2005, de 24 de mayo, [FJ 2.º]: «No hay, por tanto, duda alguna sobre cuál ha sido la voluntad del legislador, quien, con la derogación de tales preceptos, ha hecho desaparecer las especialidades procedimentales existentes en los supuestos de delitos de calumnia e injuria entre particulares con publicidad y ha establecido un sistema único y general sin distinción alguna y siendo un principio general del Derecho que donde la Ley no distingue tampoco los Jueces pueden distinguir (...)».

1317 Acertadas resultan las palabras de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», cit., p. 421, cuando apunta que «los autores que se ocupan del proceso civil han puesto el acento, al estudiar este tema, en el acto de conciliación en sí mismo (...), mientras que los tratadistas que se ocupan del proceso penal, como el texto legal que constituye su estudio no regula el acto conciliatorio, y sólo dos artículos se refieren a él como un requisito que debe acompañar a la querella privada, se fijan en sus efectos con relación a la querella y al proceso mismo».

1318 Se ha encontrado algún supuesto en la jurisprudencia menor, como el ATSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 19 de septiembre de 2005, resolución que nos plantea ciertas interrogantes, de acuerdo con los datos de los que disponemos, acerca de la cuestión relativa a una posible vulneración de la garantía a la tutela judicial efectiva. Concretamente, se trata de un supuesto en que el juez de primera instancia se considera incompetente para conocer del acto conciliatorio, e inadmite la solicitud para llevar a cabo el mismo. Por su parte, la querella por delito contra el honor se presenta ante la Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia, al hallarnos ante un caso de aforamiento. Esta sala señala que, como no puede dar por cumplido lo dispuesto en el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –dado que no se interpuso el oportuno recurso de apelación una vez inadmitida dicha solicitud de conciliación por el juzgado de primera instancia–, no procede la admisión a trámite de la querella. La situación, y repetimos que carecemos de todas las resoluciones referenciadas en el relato que efectúa el Tribunal Superior, se convierte en grotesca, dando lugar a una dinámica circular que posiblemente vulnera la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Si, tal como se deduce en buena lógica jurídica de lo narrado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, la inadmisión de la solicitud de realización del acto conciliatorio no iba acompañada de la indicación precisa al justiciable acerca de qué órgano resultaba competente para conocer del mismo, aquél quedaba en una situación de imposibilidad manifiesta para ejercitar sus derechos.

existiera en dicho municipio¹³¹⁹. Pero, por otro, se podría pensar que el órgano al que queda atribuido el acto de conciliación ha de estar incardinado en el orden penal, y, más concretamente, vinculado a quien se encomendará la investigación del proceso por infracción penal privada en caso de no lograr avenencia alguna¹³²⁰. Esto es, tras la aludida Ley 13/2009, quedaría asignada dicha competencia al juzgado de instrucción correspondiente¹³²¹. El análisis de la jurisprudencia menor descarta la utilización de esa tesis por nuestros tribunales¹³²².

Ciertamente, el paso del tiempo, como en tantos otros temas del proceso penal, ha enturbiado la regulación, pues el Decreto de 24 de enero de 1947 sobre competencia de la Justicia Municipal, por el que se desarrolla la Base novena de la Ley de 19 de julio de 1944, en sus artículos 6.D) y 9.D) atribuyó de manera expresa a los juzgados municipales en sentido amplio¹³²³ la competencia de los actos de conciliación en materia criminal^{1324 1325}. Pero volviendo

1319 Se podría incluso plantear si el juez de lo mercantil podría llegar a conocer del acto de conciliación, pues el artículo 8.1.º de la Ley Concursal, señala que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente ante una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirija contra el patrimonio del concursado. *Stricto sensu* parece que la respuesta ha de ser negativa; ahora bien, no cabe duda, de que el acuerdo que, en su caso, se lograra podría afectar al caudal de la persona contra la que se sigue un procedimiento concursal. Se muestra partidaria de la competencia de los juzgados de lo mercantil en estos casos, ofreciendo sugestivos argumentos, MELERO BOSCH, «La competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de los actos de conciliación. Una propuesta de reinterpretación», en *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (dirs. Robles Garzón y Ortells Ramos), vol. II, cit., pp. 265-277. Con posterioridad a la Ley 13/2009, lo anterior debería ser reformulado en el sentido de si el secretario del juzgado de lo mercantil podría resultar competente para conocer del acto de conciliación, siendo, con ese matiz, válido el razonamiento anteriormente expuesto.

1320 Aludía a este «dilema entre confiar la función conciliadora al mismo Juez que debe conocer después del proceso o a juez distinto» en relación con un estudio histórico del acto de conciliación en el ámbito laboral, MONTERO AROCA, «Las conciliaciones en el proceso laboral», cit., pp. 512, 513.

1321 Además, téngase presente que en la actualidad sólo existen delitos privados, por lo que hemos de excluir la posibilidad de que la primera instancia quede encomendada a un juez de paz, tal como se prevé para el conocimiento de algunas infracciones penales leves. Según el artículo 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estas faltas penales son las previstas en los artículos 620.1.º y 2.º del Código Penal («excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código»), 626, 630, 632 y 633 del Código Penal. Por otro lado, resulta dudoso si el juez de violencia sobre la mujer, en supuestos en que se cumpla con el elemento subjetivo exigido, puede llegar a conocer de la instrucción por delitos contra el honor (de particulares). El problema se plantea por la cláusula general empleada en el artículo 14.5 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concretamente, tras establecer en dicho apartado un catálogo de infracciones penales graves, el legislador incluyó la coletilla «o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación».

1322 Por tanto, si bien antes de la Ley 13/2009 la referencia a que el acto de conciliación fuera competencia del «juzgado de instrucción» debía entenderse en el sentido de que la competencia fuera del propio juez de instrucción, tras la entrada en vigor de aquélla parece que dicho acto de conciliación deberá ser atribuido al secretario del juzgado de instrucción.

1323 Recordemos que esta categoría la formaban los juzgados de paz, los municipales (en sentido estricto) y los comarcales.

1324 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», cit., p. 427. Véase, al respecto, el Boletín Oficial del Estado de 12 de febrero de 1947, n.º 43, pp. 1030 y ss.

1325 El Proyecto de Ley 121/000109 de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, el 27 de octubre de 2006, n.º 109-1 y retirado por el Gobierno el 24-X-

al problema planteado, esto es, a quién resulta en la actualidad competente para conocer del acto de conciliación en procesos por delitos privados, la respuesta se ha de buscar en la finalidad perseguida por tal trámite, a saber, la evitación del comienzo del procedimiento criminal. Por tanto, con independencia de que la controversia sea de índole penal, la naturaleza de la conciliación va por otra senda, «como acto propio de derecho privado»¹³²⁶. De ahí que la remisión en bloque a la regulación procesal civil nos incline a sostener la tesis de atribuir dicha competencia a órganos judiciales civiles¹³²⁷. Curiosamente, la tendencia a separar las competencias civiles y las penales de los juzgados de primera instancia e instrucción en este punto concreto dificulta la situación, pues si se mantuvieran como órganos mixtos, desaparecerían, al menos externamente, las complicaciones existentes para atribuir el conocimiento de los actos de conciliación a un órgano distinto a aquél que conocerá del proceso penal, por cuanto que el mismo tribunal se encargaría de éstos y de la fase de investigación. Por ello, en la disyuntiva entre juzgado de paz y de primera instancia, quizá el órgano más adecuado para la realización de la conciliación en procesos por delito privado sea el primero, por un lado, dado que conserva el carácter de órgano conocedor de ciertos temas civiles y de algunos asuntos penales; y, por otro, porque permitiría descargar a los jueces de carrera de tener que conocer de estos actos de jurisdicción voluntaria, máxime si se observa lo que sucede en el orden jurisdiccional social y lo dispuesto en las iniciativas legislativas últimamente aparecidas sobre el particular. Este último argumento parece haberse tenido en cuenta por el legislador de 2009, al atribuir la competencia para conocer de los actos de conciliación bien al secretario judicial del juzgado de primera instancia bien al juez de paz.

4.2.2.4. La repercusión de la conciliación en la acción penal y en la acción civil *ex delicto*

Como regla general, la pretensión civil y también la penal por delito privado que se haga valer en el correspondiente proceso tienen en común su disponibilidad. Aplicada dicha nota al acto conciliatorio, quedará justificada su existencia precisamente en aquellos supuestos donde la persona facultada (y sólo ella) conserva el control sobre la incoación del

2007, regulaba en su Título III la conciliación. Como novedad sobre la que giraba la presente iniciativa, con reflejo asimismo en el ámbito conciliatorio, cabe destacar la desjudicialización, «al haber desaparecido las razones de política legislativa que constituían su fundamento, para atribuir las a otros profesionales del derecho» (Exposición de Motivos, II). En concreto, en el ámbito civil y mercantil quedaba atribuida dicha conciliación al «secretario judicial que corresponda del juzgado de primera instancia, o del juzgado de lo mercantil cuando se trate de materias de su competencia, o el juez de paz del domicilio del requerido (...)» (artículo 29 del Proyecto Ley). El Proyecto de Ley citado creó en este campo nuevas incertidumbres. Así, las opciones más convincentes para atribuir el conocimiento de los actos de conciliación por delitos privados, giraban en torno a si dicha competencia seguía encomendada al juez civil, o, por el contrario, estos actos de conciliación quedaban también insertados dentro del ámbito competencial de los secretarios judiciales, concretamente en el del secretario del órgano judicial civil correspondiente. Parece que una interpretación acorde con la remisión que tradicionalmente se ha efectuado a la regulación procesal civil, llevaba a confirmar la competencia del secretario judicial del juzgado civil competente. Téngase, además, en cuenta que entre las competencias atribuidas a los secretarios judiciales, «cuando así lo prevean las Leyes procesales», el artículo 456.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, señala la siguiente: «Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia».

1326 AAP Castellón n.º 1/2007 (Sección 2.ª), de 4 de enero, [FJ 1.º].

1327 Para la competencia territorial, véase el artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

proceso. Por la propia esencia que rodea las infracciones penales privadas, y que las acerca sobremanera a la esfera civil, se mantiene en ambos casos el (mismo) objetivo perseguido a través del acto de conciliación. Dicha finalidad, siguiendo al profesor SERRA DOMÍNGUEZ, consistirá en «lograr el arreglo amistoso entre las partes»¹³²⁸.

Las consecuencias de una eventual avenencia se manifiestan en los siguientes ámbitos: por un lado, se puede referir a la acción civil *ex delicto*, lo que significaría un acuerdo sobre un extremo que puede también realizarse extra-judicialmente; y, por otro, el consenso puede dar lugar a no ejercitar la acción penal por delito de injuria o calumnia contra particulares¹³²⁹, siendo así que habitualmente esta segunda modalidad se consigue de forma indirecta a través de la satisfacción económica ínsita en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En estos supuestos, *sensu stricto*, no entra en juego el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que propiamente no cabe entender que en el acto de conciliación previo se ejercite ni la acción civil ni la penal. Consideramos que tampoco el acuerdo que se pudiera lograr entre las partes en materia indemnizatoria puede incardinarse dentro de la idea del ejercicio de la acción civil, pues aquél es previo a éste.

La titularidad estatal del *ius puniendi* marca una importante diferencia entre el acto de conciliación civil y el penal, pues, en los casos de delito privado, tal posibilidad de disposición queda ceñida a la acción penal (de «titularidad» privada), y no alcanza, en cambio, a la determinación de la pena¹³³⁰. Por ello, se puede afirmar que nos hallamos ante un supuesto de autocomposición que afecta de lleno a una esfera para la cual en principio queda vedada, cual es la punitiva. Ahora bien, no hemos de perder de vista que en los delitos contra el honor de particulares la iniciativa procesal a lo largo de todo el procedimiento (inicio, desarrollo y finalización del mismo) queda conferida a quien dice haber sufrido la injuria o calumnia.

En el supuesto de que se lograra la deseada anuencia y se evitara así el correspondiente procedimiento, dicho acuerdo desplegaría efectos de cosa juzgada (material). El profesor SERRA DOMÍNGUEZ señaló al respecto que la avenencia conseguida en el acto conciliatorio debe traducirse, para que impida el ejercicio de la acción penal, en una renuncia de la parte ofendida o en el perdón de la víctima¹³³¹. Y dado que ambas figuras extinguen la acción penal, el proceso deviene improcedente¹³³².

1328 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 799.

1329 Recordemos que en estos casos sólo intervendrá el acusador privado, y no la Fiscalía.

1330 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 149. Sobre el particular, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 180, apunta lo siguiente: «el acto de conciliación no supe el proceso penal, por lo que la pretensión no podrá ser nunca la imposición de una pena, que siempre exige un previo proceso jurisdiccional penal. El objeto será la obtención de un arreglo amistoso entre las partes, pudiendo solicitarse, bien la retractación, bien una cantidad como indemnización, bien cualquier otro medio de reparación, o una explicación satisfactoria sobre las expresiones supuestamente ofensivas. El contenido del arreglo puede ser propuesto por el ofendido, por el ofensor o por el propio Juez».

1331 Así, la doctrina se inclina por considerar que nos hallamos ante un supuesto de perdón. Véase, a modo de ejemplo, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 154, quien siguiendo en este punto a MARTÍNEZ-PEREDA, apunta que «la naturaleza de la avenencia no puede ser otra más que el perdón de la parte ofendida».

1332 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 799. Sobre la polémica existente en torno a si la renuncia a la acción penal y el perdón en el ámbito de los delitos privados consti-

Desde la óptica de la economía procesal, el mecanismo de la conciliación se estima preferente a otras soluciones que ponen fin al procedimiento ya incoado, por el momento en que se produce aquél y estas otras¹³³³; aun cuando, en la práctica resulten infrecuentes los procesos que se evitan gracias al buen hacer de dicho acto conciliatorio.

Se ha de entender que lo apuntado va referido a la acción penal por delito privado, dado que la víctima (más correctamente, el perjudicado), por la propia naturaleza de la pretensión civil acumulada a aquélla, puede, como norma general, renunciar a la misma. Lo característico, pues, del acto de conciliación es esa voluntad por lograr la avenencia sobre unos hechos que pueden dar lugar a responsabilidad criminal al tener encaje en un tipo penal. Ello significará, como ya hemos indicado, que los contornos de la acción civil por delito privado y de la propia acción penal quedan en gran medida difuminados, tal como se percibe en la institución de la conciliación.

La certificación del acto conciliatorio deviene documento necesario a presentar por el acusador privado junto con la querella. Ahora bien, ante un supuesto en que faltara el mismo, entendemos que el juez que estuviera conociendo de la instrucción debería conceder un plazo para subsanar dicha ausencia a fin de poder admitir la referida querella¹³³⁴. Si el juzgador, por el contrario, no se percatara de la referida situación hasta un momento posterior¹³³⁵, señala GIMENO SENDRA que las actuaciones practicadas serán válidas, con independencia de la responsabilidad (disciplinaria) en que pueda incurrir el juez¹³³⁶. En el momento en que el titular del órgano judicial constate dicha ausencia, exhortará a las partes para que intenten el acto de conciliación¹³³⁷. Si éstas no lo llevaran a cabo, el juez tendrá por abandonada la querella, *ex* artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

tuyen una misma institución o se trata de figuras diversas, volveremos más adelante (capítulo IV apartado IX epígrafe 3.1).

1333 Recordemos que el perdón, según el artículo 130.5.º –que pasará a ser el 130.1.5.º a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010– del Código Penal, «habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia». En esta línea, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 176, afirma que «si se restringiese, como parece deseable, la eficacia del perdón, debería potenciarse esa posibilidad de conciliación previa».

1334 Ésta es la solución que, para el orden jurisdiccional social, ha articulado el legislador en el artículo 81.2 de la Ley de Procedimiento Laboral: «El Juez admitirá provisionalmente toda demanda aunque no se acompañe certificación del acto de conciliación previa. Deberá, no obstante, advertir al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, bajo apercibimiento de que de no hacerse así se archivará la demanda sin más trámite».

1335 AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, cit., p. 719, apunta que ello puede ser «por error, por descuido o por cualquiera otra causa».

1336 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 153. Asimismo, véase DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 183. Se muestra contrario a la anulación del procedimiento, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, cit., p. 719.

1337 Véanse, en cambio, el AAP de Castellón, n.º 1/2007 (Sección 2.ª), de 4 de enero, cuando señala que «no puede darse a dicho acto naturaleza nimia, venial o subsanable, pues de su resultado depende la concreción del objeto del proceso o incluso el que éste se inicie» (FJ 1.º) [Cursiva añadida]; AAP Jaén n.º 9/2004 (Sección 3.º), de 26 de enero, [FJ 2.º].

nal¹³³⁸, con lo que el proceso concluirá en ese momento. En nuestra opinión, sin embargo, esta interpretación, aun correcta, resulta un tanto formalista, dado que el fundamento del acto conciliatorio –aun siendo un trámite obligatorio para los procesos por delitos contra el honor de particulares– es precisamente evitar la incoación procesal. Y no se elude el proceso penal cuando ambas posiciones, activa y pasiva, muestran a lo largo de la instrucción –e, incluso, en el juicio oral– su voluntad de continuar el mismo, dejando evidenciada la falta de avenencia entre ellas.

Tal como hemos señalado, el acto de conciliación puede servir como mecanismo de presión –indirecta, pero eficaz– a fin de lograr una superior cantidad indemnizatoria. Ello es así, aun cuando la víctima de un delito privado tenga en todo caso en sus manos, como única modalidad acusatoria posible, el control de lo que acontece desde el comienzo procesal hasta su finalización. Por tanto, la cuestión a dilucidar es la consistente en determinar qué plus le reporta el instrumento del acto conciliatorio al perjudicado. La respuesta debe girar necesariamente sobre la agilidad que supone, o, dicho de otra forma, se otorga a la persona que dice haber sido víctima-perjudicada un mecanismo al objeto de lograr el resarcimiento en un momento en que ésta goza de una posición más ventajosa que la parte contraria (eventual querellada), pues el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal por delito privado. Además, otro dato a tener en cuenta en lo referente a la consecución de la avenencia en materia indemnizatoria, destacado en su momento por SERRA DOMÍNGUEZ¹³³⁹, es el relativo a la fuerza ejecutiva que tendrá la certificación de dicho acto de conciliación¹³⁴⁰, cualidad que dota al referido acuerdo de un valor añadido altamente apreciado. Por otro lado, se ha de relacionar lo anterior con los breves plazos de prescripción existentes en los delitos contra el honor (un año)¹³⁴¹, lo que lleva a los ofendidos a tener que actuar de manera presta, si no quieren ver, cuando pretendan ejercitar la acción civil por los daños y perjuicios sufridos, perdida la oportunidad de utilizar como arma arrojadiza el inicio de un (inminente) proceso penal (art.

1338 El artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: «Si la querella fuese por delito que no pueda ser perseguido sino a instancia de parte, se entenderá abandonada por el que la hubiere interpuesto cuando dejare de instar el procedimiento dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que el Juez o Tribunal así lo hubiese acordado.

Al efecto, a los diez días de haberse practicado las últimas diligencias pedidas por el querellante, o de estar paralizada la causa por falta de instancia del mismo, mandará de oficio el Juez o Tribunal que conociere de los autos que aquél pida lo que convenga a su derecho en el término fijado en el párrafo anterior».

1339 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 799. Y es que el excelente trabajo del profesor SERRA sigue, a día de hoy, resultando de gran utilidad, pese a que hace ya más de cuarenta años (1965) que fue publicado. Además, dicho artículo doctrinal nos sirve para constatar que, desde entonces, el acto de conciliación en el ámbito penal apenas ha sufrido modificaciones y se halla a la espera de una reforma de raíz.

1340 Véase el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que dice así: «A los efectos previstos en el artículo 517.2.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución aprobando lo convenido por las partes tendrá aparejada ejecución.

Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo Juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado.

En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda».

1341 Que coincide, además, con el de la acción civil (derivada de delito) ex artículo 1968 del Código Civil: «Prescriben por el transcurso de un año: 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia (...)

131.1 final CP). Así, la realización del acto de conciliación significará que la víctima mantiene intactas todas sus acciones, esto es, las civiles, y, especialmente, las penales. Por todo ello, cobra especial significación el plazo de prescripción anual en los delitos de calumnia e injuria. Lo anterior significará que, en estos supuestos, para acudir a la vía penal, máxime con el objetivo principal –como frecuentemente se observa en la práctica– de obtener una superior suma económica por la acción civil (ante la amenaza de incoar el proceso criminal), no se puede quedar uno «dormido en los laureles». En consecuencia, el acto de conciliación queda configurado como una especie de presión sobre el eventual autor de la lesión del honor, dado que las intenciones del ofendido quedan evidenciadas en relación con un más que posible inicio del procedimiento criminal por un delito de calumnia o injuria contra particulares.

4.2.2.5. Los menores de edad como víctimas de un delito contra el honor y el acto de conciliación

El análisis de la jurisprudencia¹³⁴² sirve para concluir que cuando la injuria o calumnia se haya inferido contra un menor de edad –entendemos que cabría, asimismo, extenderlo a los incapaces–¹³⁴³ no será precisa la realización del acto de conciliación¹³⁴⁴. El fundamento legal para sostener lo anterior se sitúa en el artículo 460.II.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que exceptúa («no admitiéndose a trámite») las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con personas menores de edad.

Ahora bien, resulta que el precepto mencionado es el único en que, aun de manera un tanto indirecta al regular la institución de la conciliación para el ámbito privado, se incluye con respecto al inicio del proceso –incluso aunque sea para evitarlo, como en la conciliación– algún tipo de peculiaridad en el ámbito de la perseguibilidad de aquellos supuestos en que la víctima del delito contra el honor no alcanza la mayoría de edad (o se trata de un incapaz). Y es que ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal relajan en estos casos los requisitos exigidos para la incoación del proceso¹³⁴⁵, a salvo la referencia de que la querrela

1342 Así, sirvan como botón de muestra, el AAP Barcelona (Sección 7.ª), n.º 111/2005, de 15 de febrero y la SAP Toledo (Sección 1.ª), n.º 16/2004, de 3 de mayo, [FJ 2.º]. Asimismo, en nuestra doctrina, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 177.

1343 Aunque siendo rigurosos, el artículo 460.II.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 únicamente se refiere a los «menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes» [Cursiva añadida].

1344 Se muestra favorable a la opinión contraria, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso penal por delito privado*, cit., p. 43.

1345 En cambio, para la extinción del procedimiento encontramos una referencia específica en el artículo 215.3 del Código Penal, que dice así: «El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130 de este Código». Dicha última remisión hay que entenderla realizada al artículo 130.5.º.II del texto penal, que dispone lo siguiente: «En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena». El criterio propuesto se ha visto confirmado por la Ley Orgánica 5/2010, que ha modificado la redacción del artículo 215.3 de la norma penal: «El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código». Con independencia del cambio apuntado, parece que en estos casos se concede a la Fiscalía algún tipo de papel.

proviene no de la persona ofendida, cuando ésta es menor de edad, sino de su representante legal. Dicha técnica no se reproduce en los otros tipos penales perseguibles a instancia de parte, pues para estos casos se ha previsto un régimen más laxo si lo comparamos con lo preceptuado para cuando la víctima entra en la categoría de mayor de edad, capaz y no desvalida.

4.2.2.6. El acto de conciliación y su eficacia interruptiva de la prescripción del delito contra el honor

El Código Penal vigente (artículo 132.2) hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 establecía que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el «culpable» —término este último que denotaba una lamentable falta de rigor¹³⁴⁶. A partir de la entrada en vigor de dicha norma, se sustituye el mismo por «persona indiciariamente responsable del delito o falta». Veámos las diversas posiciones existentes sobre el particular.

La conciliación en sí misma, si se concibe como un acto anterior a la tramitación procesal-contenciosa, no puede considerarse que reúna dicha condición. Ahora bien, lo anterior no empece para que ya en el momento del intento conciliatorio se tenga claro contra quién ha de dirigirse el procedimiento, pues, como destacara SERRA DOMÍNGUEZ, característica de estos procesos por delitos contra el honor —añadimos nosotros, ya desde el acto de conciliación previo— es que habitualmente aparece despejada la incógnita de la identidad del presunto autor¹³⁴⁷. En caso de que no se tuviera identificada dicha persona (eventualmente, querellada) no cabrá realizar acto conciliatorio alguno, como señala DEL MORAL GARCÍA. Por ello, si en tal supuesto se presentara querella, comenzaría la investigación, pues uno de los grandes objetivos de dicha fase es el de esclarecer contra quién se dirige el procedimiento¹³⁴⁸. La tesis mantenida sobre la naturaleza privada del acto conciliatorio significará que el mismo resulta ajeno al proceso penal. En consecuencia, no puede entenderse como instrumento válido para interrumpir la prescripción del delito¹³⁴⁹. A ello se añade la idea de que la prescripción penal como causa de extinción de la responsabilidad criminal se ha de alejar de la figura equivalente de Derecho privado¹³⁵⁰. Dicho distanciamiento supondrá la

1346 Sobre el particular, véase el trabajo de MARTÍN PASTOR, «Imprecisión legislativa y polémica jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción penal. Proyecto de reforma», en Revista «La Ley», n.º 6844, 19 de diciembre de 2007, ref.ª D-274, pp. 1282-1291. En el mismo se comenta la controvertida STC n.º 63/2005 (Sala Segunda), de 14 de marzo, que modificó el entendimiento de la prescripción penal. Téngase, además, en cuenta que la Ley Orgánica 5/2010 ha modificado el apartado 2 del artículo 132, que queda redactado de la siguiente manera: «2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: (...)».

1347 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 793. Sin embargo, como señalamos más adelante, el mencionado autor considera que el acto conciliatorio tiene efectos en relación con la interrupción de la prescripción en este tipo de infracciones.

1348 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 179.

1349 SAP Cádiz n.º 244/2006 (Sección 4.ª), de 29 de septiembre, [FJ 2.º]; AAP Madrid, n.º 864/2003 (Sección 23.ª), de 12 de noviembre, [FJ 2.º]; STS 11 junio 1998, [FJ 3.º]: «dicho procedimiento debe ser penal, y no una mera reclamación civil»; STS (Sala 2.ª), de 18 marzo de 1992, [FJ 3.º].

1350 Véase, en este sentido, la citada STS (Sala 2.ª), de 18 marzo de 1992, [FJ 3.º].

aplicación de los preceptos contenidos en el Código Penal sobre el particular, en detrimento de los establecidos, en cuanto resulten contradictorios, en la normativa civil tanto procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) como sustantiva (artículos 1930 y siguientes del Código Civil).

Sin embargo, un sector de la doctrina científica y parte de la jurisprudencial ha mantenido la solución contraria, a saber, que el acto conciliatorio sirve a los efectos interruptores mencionados¹³⁵¹. Concretamente, el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 acoge esta segunda opción, al establecer lo siguiente: «La presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación». Éstos aparecen en el artículo 1947 del Código Civil, que reza así: «También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda (...)». Por ello, desde esta óptica, nos encontramos con que si se concibe la presentación del acto conciliatorio como momento a partir del cual se interrumpe la prescripción del delito, ello implicará que con posterioridad se deba interponer, en todo caso, la correspondiente querella. De ahí que se haya entendido que los efectos del acto de conciliación son en principio sólo suspensivos de la prescripción, puesto que en los dos meses siguientes (art. 479 LEC 1881 en relación con el art. 1947 Ccivil) deberá interponerse la querella por esos mismos hechos a fin de que, definitivamente, dicha conciliación adquiera efectos interruptivos. Así pues, para esta segunda tesis, la celebración del acto de conciliación (o cuanto menos su intento) tiene dos grandes consecuencias: por un lado, el plazo del año no continúa corriendo, cómputo que habrá comenzado el día en que se cometió la infracción contra el honor (*ex* art. 132.1 CP); y, por otro, si después del acto de conciliación se interpone la querella por persona legitimada, además, habrá quedado sin efecto el tiempo anteriormente transcurrido desde la comisión del hecho delictivo hasta la solicitud conciliatoria, habiéndose de comenzar, en su caso, nuevamente desde cero.

Al hilo de lo señalado, se ha de poner de relieve que dichos efectos interruptores de la prescripción, sostenidos por parte de la doctrina que mantiene la segunda postura comentada, son predicables de aquellos supuestos en los que el legislador ha previsto el acto de conciliación como requisito obligatorio en aras a considerar que mediante dicho trámite se interrumpe la prescripción¹³⁵². En consecuencia, el acto de conciliación previo a un proceso por una infracción pública o, sobre todo, semipública carecerá de dicha cualidad. En cambio,

1351 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 799; GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 149. Según DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 180-182, los efectos que dicho acto de conciliación devenga han variado antes (curiosamente los dos autores citados en primer lugar, escribieron sus trabajos con anterioridad a dicha fecha) y después de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. DEL MORAL, *ibid.*, en la situación existente a partir de 1984 llega a la misma conclusión –tras descartar otras posibles– que hemos alcanzado nosotros y, por tanto, niega que el acto conciliatorio tenga eficacia interruptora de la prescripción de los delitos contra el honor de particulares. AAP Castellón n.º 1/2007 (Sección 2.ª), de 4 de enero, [FJ 2.º]; STS (Sala 2.ª), de 23 de mayo de 1989, [FJ 1.º].

1352 Así parece deducirse de la SAP Cádiz n.º 244/2006 (Sección 4.ª), de 29 de septiembre, [FJ 2.º].

para la primera corriente doctrinal, la prescripción quedaría interrumpida sólo desde el momento de la presentación de la correspondiente querella¹³⁵³.

A día de hoy, no cabe más que postular como teoría válida la primera de las opciones apuntadas. De una parte, por la autonomía que despliega la regulación contenida por el Código Penal sobre la materia; y, de otra, consecuencia de dicha normativa, no cabe más que negar la concepción de que ya en el momento de la conciliación previa se considera que el procedimiento contencioso (penal) se dirige contra algún individuo, pues nos hallamos ante un acto de naturaleza privada anterior a aquél.

4.2.2.7. Algunas conclusiones

Entendemos que en la actualidad, cuando el acto conciliatorio ya no resulta preceptivo en el proceso civil –y sin perjuicio de que su actual carácter facultativo pueda en ciertos casos resultar de utilidad–¹³⁵⁴, pierde el significado que con anterioridad pudo tener su

1353 Tesis que ha quedado desvirtuada por la STC n.º 63/2005, al entender que la mera presentación de una denuncia o querella en la que se identifica a los responsables de la infracción no resulta suficiente para interrumpir la prescripción penal (art. 132.2 CP), sino que, a tal fin, se precisa una resolución judicial aceptando la referida denuncia o querella, esto es, «un acto de intermediación judicial» (FJ 8.º). En el supuesto analizado la querella formulada (por la Agencia Tributaria) ante un caso de delito de alzamiento de bienes permaneció casi dos años (lapso temporal en el cual se produjo la prescripción penal) sin ser admitida, dada la inactividad del juzgado al haberse extraviado en la oficina judicial y la falta de iniciativa de la parte querellante a la hora de instar la admisión de la misma. En esta línea, la Ley Orgánica 5/2010 ha modificado el artículo 132.2 de la norma penal, que pasará a tener la siguiente redacción: «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

- 1.º Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.
- 2.º No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito o de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

- 3.º A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

1354 Seguía afirmando el carácter facultativo del acto de conciliación el Proyecto de Ley 121/000109 de Jurisdicción voluntaria, al señalar en su artículo 29.1 que los interesados «antes de la demanda o promoción del procedimiento, (...) podrán intentar la conciliación» [Cursiva añadida]. Por su parte, la Ley 13/2009 que ha dado

mantenimiento para el procedimiento criminal. Ello es así, especialmente, si se sigue la interpretación propuesta por GIMENO SENDRA, que sostiene que «el acto de conciliación en los procesos por razón de la comisión de un delito privado, no difiere fundamentalmente con los procesos civiles»¹³⁵⁵. En consecuencia, si en el orden jurisdiccional civil ha dejado de ser necesario, no tiene sentido su mantenimiento, en principio obligatorio, para algunos juicios penales¹³⁵⁶.

La conservación de la exigencia de certificación del acto, o cuanto menos el intento, de conciliación, puede deberse –máxime cuando en la esfera civil ha dejado de ser indispensable– a un deseo del legislador de evitar a toda costa la existencia de procesos por delitos privados. De ahí que, *de lege ferenda*, propongamos la desaparición del acto conciliatorio del ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aun conscientes de lo reducido de su actual ámbito de operatividad. Éste, como sabemos, dependerá del incremento¹³⁵⁷ o disminución¹³⁵⁸ en el número de infracciones privadas.

4.2.3. La licencia judicial, ante injurias o calumnias vertidas en juicio

4.2.3.1. Desmesurada parcelación legislativa

Otro de los documentos exigidos («se presentará», según el art. 279 LECr.) en los procesos por injuria o calumnia causada en juicio es la licencia o autorización judicial¹³⁵⁹. Se ha de subrayar que este requisito sólo se exige en los procesos por delito, y no para los casos de infracciones penales leves contra el honor. Además, la solicitud de dicha licencia judicial se ha de realizar a instancia de parte y no cabe su concesión de oficio.

Al respecto hemos de destacar que los artículos que regulan esta cuestión (art. 215.2 CP; y, arts. 279 y 805 LECr.¹³⁶⁰) si bien, por un lado, se tornan de alguna manera repetitivos, crean, por otro, cierta confusión al no mantener exactamente el mismo criterio. Se pueden

nueva redacción a algunos de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que seguían vigentes, mantiene en este sentido el «podrá intentarse la conciliación» que establecía el artículo 460.I. En concreto, a día de hoy dicho precepto dice así: «Antes de promover un juicio, *podrá intentarse la conciliación* ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes» [Cursiva añadida].

1355 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 149.

1356 En idéntico sentido, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 174, 175.

1357 La merma sufrida tras la Ley 62/1978, que transformó el régimen de perseguibilidad de gran parte de las infracciones contra el honor en semipúblicas, ha desaparecido –de manera expresa en 2002–, lo que tendrá consecuencias en el número de infracciones afectadas por este requisito de acto conciliatorio.

1358 Recordemos que hasta 1978, además de la injuria y calumnia, entraban en la categoría de ilícitos penales privados el amancebamiento y el adulterio.

1359 Emplean el primer término los artículos 279 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 215.2 del Código Penal; mientras que se decanta por la «autorización» el artículo 805 de la norma procesal penal.

1360 Reproducimos, a continuación, los tres preceptos citados: Artículo 215.2 del Código Penal: «Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido»; artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «En los delitos de calumnia o injuria causadas en juicio se presentará además la licencia del Juez o Tribunal que hubiese conocido de aquél, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal»; artículo 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Si la

clasificar en dos las discordancias halladas: en primer lugar, se percibe diferente dicción en cuanto al tiempo verbal empleado en los preceptos dedicados al particular en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 279 y 805) y lo establecido en el Código Penal de 1995¹³⁶¹. En concreto, la norma sustantiva prevé la posibilidad de que dicho órgano judicial no haya concluido sus actuaciones («que de él conociere o hubiere conocido»), a diferencia de lo dispuesto en la ley procesal penal que sólo parece contemplar el caso en que el órgano judicial a quien se solicitará esa autorización, ya no conoce de dicho proceso¹³⁶². Pero, en segundo término, resulta más grave la diferencia detectada en punto al órgano jurisdiccional encargado de otorgar o denegar dicha autorización. Si se compara el artículo 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con los artículos 215 del Código Penal y 279 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se observan soluciones diversas. Así, el primero de los preceptos citados señala que la licencia exigida será la del juez o tribunal ante quien hubiera sido inferida la injuria o calumnia; mientras que la segunda opción estima preferente la de que la autorización provenga del tribunal que conozca (*ex art. 215 CP*) o haya conocido del juicio (arts. 215 CP y 279 LECr.), resultando indiferente ante quién se haya vertido aquélla. Cuestión esta última de gran transcendencia sobre la que volveremos más adelante¹³⁶³.

4.2.3.2. La interpretación del término «juicio» como actuación oral

Bajo nuestro punto de vista, la propia naturaleza de este requisito exige que la eventual lesión contra el honor vertida en «juicio» haya sucedido en el ámbito de una vista o intervención oral incardinada en cualquiera de los cuatro órdenes jurisdiccionales. Se trataría, por tanto, de una modalidad de injuria o calumnia no escrita; pues, si lo fuera, se dispondría del documento correspondiente, con lo que cualquier órgano judicial –pese a no ser el destinatario del escrito en donde aparecía la expresión, en su caso, atentatoria del honor de un particular; o, según estiman algunos, no tuviera encomendado el conocimiento del proceso en donde se vertió la injuria o la calumnia, aun cuando se hubiera causado en presencia de otro tribunal– se encontraría en igual situación que aquél a quien iba dirigido el mismo –o quien resultaba competente para el conocimiento de dicha causa– para determinar si existen indicios de delito en las palabras en él contenidas al haberse superado el margen de lo permitido por el derecho de defensa de sus intereses¹³⁶⁴. Consideramos, por ello, que la intermediación del juez sólo supone un plus a fin de poder evaluar el carácter de-

querella fuere por injuria o calumnia vertidas en juicio, será necesario acreditar además la autorización del Juez o Tribunal ante quien hubiesen sido inferidas.

Esta autorización no se estimará prueba bastante de la imputación».

1361 Aunque, por otro lado, como certeramente señaló MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 137, «en materia de delitos privados las remisiones de un texto legal a otro parecen desgraciadamente inevitables, y la reiteración en diversos Códigos digna de censura». Esta última idea también la encontramos en IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 160, 161.

1362 Concretamente, el tenor literal es el que sigue: «hubiese conocido de aquél» (art. 279 LECr.) o, en tal sentido de menor claridad, «ante quien hubiesen sido inferidas» (art. 805 LECr.).

1363 Concretamente, en este capítulo IV apartado II epígrafe 4.2.3.4.

1364 Encontramos esta misma idea en DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 195, cuando señala que «es la protección del derecho de defensa en juicio lo que justifica la necesidad de esa

lictivo de expresiones cuando éstas han sido inferidas verbalmente. Lo anterior nos lleva a sostener que la solicitud de esta licencia se habrá de producir lo antes posible, al objeto de evitar –máxime teniendo en cuenta que las grabaciones no resultan obligatorias en el ámbito penal– que el transcurso del tiempo borre de la memoria del titular del órgano judicial competente para ello las circunstancias que rodearon dicha manifestación¹³⁶⁵.

Sin embargo, de lo dispuesto en los artículos que regulan el procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares –título IV del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– parece que la exigencia de autorización judicial se aplicará a toda injuria o calumnia vertida contra una víctima de las citadas, aun cuando la infracción se haya cometido mediante la escritura. Dicha conclusión se obtiene tras analizar la ubicación del artículo 805 de la norma procesal penal, dado que el mismo antecede a los preceptos que establecen las peculiaridades para las injurias o calumnias inferidas por escrito (arts. 806 y 807 LECr.) y los que contienen el régimen específico para cuando éstas se hayan vertido oralmente (arts. 808 y 809 LECr.). Tampoco los autores que han estudiado el tema ni la doctrina jurisprudencial han sostenido una interpretación estricta como la propuesta, ya que han considerado necesario extender la licencia judicial a actuaciones tanto orales como escritas¹³⁶⁶.

Con independencia de lo anterior, se ha mantenido que el término «juicio» debe interpretarse como sinónimo de proceso jurisdiccional contencioso¹³⁶⁷, con lo que quedarían excluidos de la necesidad de licencia judicial, por ejemplo, tal como ya señalamos¹³⁶⁸, los atentados contra el honor de un particular cometidos durante el acto conciliatorio¹³⁶⁹.

licencia, sólo podrá denegarse la misma cuando las expresiones supuestamente ofensivas fuesen necesarias para el ejercicio de ese derecho».

1365 Nos hallamos, pues, ante otra razón más para sostener la conveniencia de grabar las actuaciones orales en la esfera del proceso penal.

1366 AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 720; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., pp. 187, 191. Por su parte, no se posicionan, remitiendo su estudio a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., pp. 139, 140; GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 155; BERMÚDEZ REQUENA, «Algunas cuestiones sobre el proceso por delitos de injuria o calumnia contra particulares», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 23, p. 26. La jurisprudencia también se ha decantado por un entendimiento amplio, que abarca escritos y declaraciones. Así, a modo de ejemplo, véase AAP Barcelona 113/2003 (Sección 2.ª), de 31 de marzo (RJ 2003/228239), [FJ 2.º].

1367 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 192, como ya hemos señalado en la nota anterior, se decanta por exigir dicha autorización tanto en actos procesales escritos como orales, realizados a lo largo de todo el *iter* jurisdiccional. Ello le lleva a mantener que «la expresión no debe ser interpretada en sentido tan estricto que excluya toda actuación distinta del propio juicio oral. También es juicio a estos efectos la fase sumarial, por lo que las injurias o calumnias vertidas en esa fase, o incluso, las vertidas en la denuncia inicial, precisarán la pertinente autorización judicial para su persecución y represión». Sin embargo, el AAP Madrid n.º 258/2005 (Sección 3.ª), de 25 de mayo (ARP 2005/677), [FJ 1.º], da noticia del entendimiento realizado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de equiparar el término juicio con la fase de juicio oral, con lo que las actuaciones realizadas en la fase de investigación quedarían fuera de la exigencia de la licencia judicial. Esta interpretación fue desechada por la Audiencia Provincial de Madrid en la resolución referida, concretamente en el Fundamento Jurídico 2.º.

1368 Concretamente, en este capítulo IV apartado II epígrafe 4.2.2.2.

1369 Comenta más supuestos en que quedaría excluida la necesidad de dicha licencia, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 192.

4.2.3.3. Fundamento

Dicha autorización judicial¹³⁷⁰ tradicionalmente se ha venido justificando para evitar incurrir en cualquiera de las dos posiciones extremas siguientes, a modo de «antídoto»: en primer lugar, se trataría de eludir, en casos de litigantes excesivamente susceptibles, que toda expresión que viniera de la parte contraria fuera entendida como atentatoria contra su honor; pero, en segundo término, se intentaría frenar excesos que pueden cometerse por una de las partes al defender su posición¹³⁷¹.

Contra la anterior explicación seguida en la doctrina de manera generalizada, tomando como referencia las palabras de AGUILERA DE PAZ, se alzó GIMENO SENDRA por considerar que la finalidad de la instrucción en todo proceso es esclarecer lo ocurrido. Consecuentemente, estimaba que carece de justificación dicha licencia del juez ante supuestas lesiones contra el honor inferidas en juicio, como documento específico de esta modalidad de injuria o calumnia. En este sentido, y frente a la exigencia de la referida autorización, GIMENO efectúa una doble crítica: en primer lugar, no entiende cómo la injuria o calumnia puede resultar necesaria para el ejercicio de la defensa; y, además, cuestiona que, aun en el caso en que efectivamente se produjera alguna manifestación lesiva del honor, se pueda convertir la misma en coacción para determinada parte¹³⁷². Nos sumamos a la tesis mantenida

1370 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 188, encuentra como razón de peso la que atiende a la «doble condición de ser testigo excepcional de los hechos, y, a la vez, órgano judicial». Amplía, además, dicho autor, *ibid.*, p. 193, la exigencia de la licencia, sin que acabemos de comprender plenamente su decisión, a «todas las ofensas causadas en juicio, aunque lo sean en una comparecencia ante el Secretario, (...), por imperativo legal».

1371 AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. III, cit., p. 150, quien justificó la licencia judicial con base en lo siguiente: «La razón de esta exigencia de la ley es bien clara y manifiesta, pues en el calor de las discusiones se escapan (...) frases y conceptos que algunas veces traspasan los límites a que obliga la defensa, y vienen a ser más o menos molestos y aun ofensivos para la parte en cuya contra fueren proferidos; pero esto no obstante, como la querella en dicho caso y por tal motivo deducida podría ser hija de una extremada susceptibilidad del litigante, y hasta convertirse en una coacción perjudicial para la libertad del derecho de defensa de la parte contra la cual se entablara, aprovechándose de la involuntaria o no intencionada expresión de tales conceptos, la ley ha establecido esa restricción a fin de que no se haga un mal uso del derecho de querellarse en tales circunstancias, porque nadie mejor que el mismo juez que conoce del asunto es el que puede apreciar la trascendencia y hasta la intención, más o menos punibles, con que fueran proferidas las injurias y calumnias vertidas en el juicio, y la gravedad del mal causado con tal motivo». Asimismo, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 188, apunta cómo en ocasiones «muy frecuentes por demás, en que no es posible una defensa procesal eficaz, sin realizar imputaciones ofensivas para la otra parte o para terceros: muchas contestaciones a demandas, forzosamente, suponen dirigir al demandante la acusación de estafa procesal; en muchos otros casos, la defensa pasará necesariamente por la imputación de falso testimonio a un testigo; (...). En todos estos casos, las imputaciones ofensivas aparecen presididas, no por el propósito de infamar a otra persona, sino por la idea de no perjudicar la propia defensa (...)». Continúa certeramente, *ibid.*, el citado autor, subrayando que en ningún caso «las fórmulas de estilo, tan frecuentes en el foro, «con el exclusivo ánimo de defensa», o «a los solos fines de defensa» autoricen —a modo de patente de corso— para hacer a continuación todo tipo de imputaciones ofensivas». En este sentido, el ATC 1026/1986 (Sala 2.ª, Sección 4.ª) de 3 de diciembre (RJ 1986/1026), [FJ 1.ª], señala lo siguiente: «En tanto tales manifestaciones hayan sido adecuadas o convenientes para la propia defensa, la posibilidad de ser objeto de una posterior querella por los presuntos delitos de calumnia o injuria, supone ciertamente situar al que se defiende a merced de futuras actuaciones que cualquiera que sea su resultado supondrían una consecuencia desfavorable (y potencialmente disuasoria) de su defensa en juicio».

1372 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 155. Véase, asimismo, ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., p. 567.

por GIMENO SENDRA. Además, somos de la opinión de que obstáculos como esta licencia, cuando la hipotética lesión contra el honor se ha cometido en un ámbito judicial, pueden enmascarar, bajo el disfraz de garantizar el derecho de defensa, un (injustificado) temor a que lo manifestado en la sala de vistas vea la luz o se difunda.

Lo anterior lleva a negar la exigencia de dicha licencia cuando precisamente quien pretende interponer una querrela por delito de injuria o calumnia vertida en juicio sea esa misma autoridad judicial ante quien se efectuó la manifestación atentatoria contra su honor¹³⁷³. La excepción opera, asimismo, con relación a manifestaciones realizadas por un tercero que interviene en el proceso; entendemos que si el fundamento de dicha autorización es garantizar la defensa de las pretensiones de las partes¹³⁷⁴, no parece que sea ésta la idea que presida la intervención del testigo o perito¹³⁷⁵. En cambio, si una de las partes profiriera, con la finalidad de reforzar su posición, palabras que pudieran atentar contra el honor de un testigo o de un perito, sí que resultaría necesaria tal licencia al objeto de incoar el correspondiente proceso por delito privado¹³⁷⁶.

El Tribunal Constitucional ha considerado en varias resoluciones que la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto acceso a los tribunales previsto en el artículo 24.1 de la Constitución no queda vulnerado por la exigencia de esta autorización, sino que la misma ve justificada su existencia precisamente para mantener otra garantía constitucional aplicable al proceso, cual es el derecho de defensa. La consecuencia a extraer de lo anterior es que para el máximo intérprete de la Norma Fundamental dicha licencia judicial resulta a todas luces acorde con la Constitución de 1978¹³⁷⁷.

1373 Véanse SAP Almería n.º 124/2004 (Sección 2.ª), de 9 de junio (RJ 2004/382), [FJ 1.º]; SAP Navarra n.º 120/2004 (Sección 3.ª), de 20 de septiembre (RJ 2004/786), [FJ 1.º]; AAP Lugo n.º 181/2005 (Sección 1.ª), de 7 de junio (JUR 2005/176911), [FJ 3.º].

1374 Se planteó en el AAP Madrid n.º 258/2005 (Sección 3.ª), de 25 de mayo (ARP 2005/677), [FJ 2.º], el supuesto en que la lesión contra el honor proviene del denunciante que no se convierte en parte acusadora. El juzgado central de instrucción n.º 5 entendió innecesaria la licencia pedida por la razón apuntada, mientras que la Audiencia Provincial de Madrid estimó que estos casos siguen necesitando de la preceptiva autorización judicial.

1375 Asimismo, véase SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., pp. 795, 796, quien cita jurisprudencia antigua.

1376 En esta línea, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. III, cit., p. 150, que, sin embargo, no contempla el supuesto contrario, esto es, que quien vierte la injuria o calumnia en juicio es un tercero interviniente en el mismo y no cualquiera de las partes procesales. Véase al respecto, el citado AAP Lugo n.º 181/2005 (Sección 1.ª), de 7 de junio (JUR 2005/176911), [FJ 3.º].

1377 ATC n.º 1026/1986 (Sala Segunda, Sección 4.ª), de 3 de diciembre (RJ 1986/1026). En este sentido, resulta de especial interés lo dispuesto en la STC n.º 100/1987 (Sala 2.ª), de 12 de junio (RJ 1987/100), [FJ 2.º], al señalar que «resulta preciso examinar (...) tres órdenes de cuestiones: Primera, si el impedimento que supuso para el ejercicio de la acción penal la resolución judicial impugnada tiene o no cobertura legal; segunda, si la previsión de autorización judicial, en su caso, es o no compatible con los postulados constitucionales, y tercera, si la decisión denegatoria de autorización fue adoptada o no con la suficiente fundamentación jurídica». Las dos primeras respuestas reciben por parte del máximo intérprete de la Constitución respuesta positiva, mientras que la tercera, dependerá de lo que suceda en cada supuesto, cuando el órgano competente resuelva y, en su caso, deniegue la referida licencia. Con posterioridad, los tribunales ordinarios han incorporado en múltiples resoluciones dicha doctrina constitucional. Recoge, asimismo, la referida tesis constitucional IBÁ-

4.2.3.4. Competencia para decidir sobre el otorgamiento de dicha licencia

Tal como hemos expuesto anteriormente¹³⁷⁸, la falta de rigor legislativo nos lleva a tener que posicionarnos sobre quién resulta órgano competente a los efectos de conceder o denegar la autorización judicial en supuestos de delitos contra el honor cometidos en juicio. DEL MORAL GARCÍA ha entendido que deberá decidir sobre la concesión de dicha licencia el tribunal encargado en ese momento «del proceso donde habían de surtir efecto las actuaciones en las que se produjo la ofensa»¹³⁷⁹, aun cuando no haya sido aquél ante quien se efectuaron esas manifestaciones eventualmente injuriosas o calumniosas. En concreto, el sector doctrinal citado mantiene que en los supuestos de auxilio judicial deberá otorgar la referida licencia el órgano que exhorta y no, por el contrario, el exhortado. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el principio de inmediación obliga a sostener que el órgano judicial ante el que se infringieron dichas manifestaciones deba ser quien otorgue o deniegue la autorización que venimos analizando¹³⁸⁰, dado que, en caso contrario, perdería todo sentido el requisito mencionado.

4.2.3.5. La prescripción y la autorización judicial

Las normas que prevén dicha licencia del juez nada establecen al respecto. Por ello, como veíamos para el acto de conciliación¹³⁸¹, tampoco la solicitud de la licencia judicial puede considerarse que interrumpe el plazo de un año para considerar prescrito un delito de injuria o calumnia¹³⁸². La fundamentación empleada para ello coincide plenamente con el supuesto del acto conciliatorio. Y es que la obtención de la licencia judicial «si bien es necesario para que el querellante pueda formular su querella, no es, ni forma parte de las actuaciones penales incoadas para depurar la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el acusado»¹³⁸³.

4.2.3.6. Posibles respuestas ante la solicitud de la licencia judicial

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 805.II, señala que la referida licencia «no se estimará prueba bastante de la imputación». Por tanto, dicha autorización, siguiendo a DEL MORAL, «opera (...) como un mero dato fáctico que acredita el cumplimiento de

ÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., pp. 163, 164.

1378 Véase, en este capítulo IV apartado II epígrafe 4.2.3.1.

1379 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 193.

1380 En idéntico sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 139, quien señalaba que «sólo el Juez o Tribunal ante quien se produjeron, aun no encargado de sancionarlas, puede medir su alcance mejor incluso que el Tribunal penal en su día».

1381 Concretamente, en este capítulo IV epígrafe II apartado 4.2.2.6.

1382 Sin embargo, encontramos que algún recurrente se basa en la posibilidad de interrumpir dicho plazo bien por las actuaciones dirigidas al otorgamiento de la licencia judicial, bien por el acto conciliatorio. Así, véase la SAP Toledo n.º 16/2004 (Sección 1.ª), de 3 de mayo (RJ 2004/174621), [FJ 2.º].

1383 SAP Oviedo n.º 98/2006 (Sección 2.ª), de 27 de abril (RJ 2006/169287), [FJ 2.º].

ese requisito de procedibilidad»¹³⁸⁴, sin que prejuzgue o presuponga la comisión del delito por quien conocerá del correspondiente proceso penal por infracción penal privada¹³⁸⁵. En los casos de concesión de la autorización, se ha sostenido que la resolución judicial en forma de providencia resultará suficiente, pues en modo alguno se ve limitado el acceso a los tribunales. Ello obedece a que dicha licencia no se halla sujeta a formalismo alguno¹³⁸⁶, por lo que consideramos que la misma también podría ser concedida en cualquier resolución judicial y, por ende, también en la sentencia que pone fin al proceso. Sin embargo, insistimos en el peligro derivado del paso del tiempo, si, tal como proponemos en el presente trabajo, la licencia resulta exigible cuando la injuria o calumnia vertida en juicio haya sido inferida de forma oral. La diligencia del titular del órgano judicial obliga a «tomar nota» en aquellos casos en que estime que se ha superado el límite permitido por el derecho de defensa de una de las partes, dado que, el sujeto procesal afectado en su honor podrá solicitar dicha autorización y su concesión tener consecuencias procesales hasta la prescripción del delito¹³⁸⁷.

Consideramos que la no concesión de la licencia judicial se ha de producir en resolución motivada¹³⁸⁸, con lo que en principio cumplen con esta exigencia tanto los autos como las sentencias¹³⁸⁹. Sin embargo, dado que el único requisito que se ha de respetar es el relativo a la fundamentación, entendemos que se podría denegar la autorización pedida también mediante providencia, si se cumpliera con esta necesidad de motivación. Ello deviene garantía ineludible ante la restricción de la tutela judicial efectiva operada.

4.2.3.7. Efectos de la falta de presentación de la autorización judicial

Según el artículo 215.2 del Código Penal, nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin la correspondiente autorización judicial. Dicho precepto se ha

1384 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 197.

1385 AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, cit., p. 721; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 167.

1386 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 800, quien, citando jurisprudencia, señala lo siguiente: «La licencia puede inferirse de la simple expedición del testimonio para que el solicitante «pueda hacer uso de su derecho», ya que para conceder la autorización no hace falta se emplee un vocablo o frase determinado».

1387 Consideramos que, incluso aunque se solicitara una vez prescrito el hecho constitutivo de un delito contra el honor por manifestaciones vertidas en juicio, el órgano judicial ante quien se vertieron las mismas habría de limitarse a conceder o denegar la autorización, sin entrar en si efectivamente se ha producido esa causa de extinción de la responsabilidad criminal.

1388 Sobre la necesidad de motivación en este punto y la insuficiencia de una resolución en forma de providencia, véase la STC n.º 36/1998 (Sala Segunda), de 17 de febrero (RTC 1998\36).

1389 El ATC 1026/1986 (Sala 2.ª, Sección 4.ª), de 3 de diciembre, resuelve el recurso de súplica presentado contra la providencia que denegaba la licencia judicial solicitada a los efectos de poder iniciar un proceso penal por un delito contra el honor. El Ministerio Fiscal en el plazo concedido para la realización de las alegaciones correspondientes, destacó precisamente que «dicha resolución denegatoria, en la medida que comporta una restricción al ejercicio de una acción integrada en el derecho a la tutela judicial debe ser razonada y motivada». Otro caso en el que se resolvió la solicitud de licencia judicial mediante providencia queda recogido en el AAP Cuenca 52/2002 (Sección Única), de 21 de mayo.

entendido como una causa de nulidad, sin que quepa convalidación alguna¹³⁹⁰. Ello supondría que si el juez de instrucción reparara en tal ausencia a la hora de admitir la querella, no debería admitirse ésta. Sin embargo, no alcanzamos a entender por qué se omite en este caso la posibilidad de que el querellante enmiende tal ausencia, a fin de proceder, en su caso, a la admisión de aquélla. Esta última habría de ser, en nuestra opinión, la solución para los referidos supuestos¹³⁹¹.

Por último, si el órgano judicial competente se percatara una vez admitida la querella –bien a lo largo de la fase de instrucción bien incluso en el juicio oral– de la ausencia de licencia, entendemos que no cabe subsanación alguna, puesto que se estaría burlando la finalidad prevista por dicha autorización, que no es otra que «la previa ponderación por el juez o tribunal ante el que se han efectuado las expresiones injuriosas o calumniosas de la oportunidad de perseguir estos delitos»¹³⁹². En tales supuestos, abogamos por que la solución procesal ha de ser la nulidad de todo lo actuado.

III. SUJETOS¹³⁹³ QUE PUEDEN INTERVENIR EN LA POSICIÓN ACTIVA DE UN PROCESO PENAL: CONSIDERACIONES GENERALES

Una vez analizada la forma exigida para superar el obstáculo previsto en la esfera de la perseguibilidad por la ley, nos queda un segundo gran tema, tanto o más importante que el anterior, al objeto de zanjar las especialidades que la perseguibilidad a instancia comporta al inicio del proceso penal. Y es que la categoría de la forma reviste poca novedad con relación a la teoría general aplicable a los procesos por infracciones criminales perseguibles de oficio, dejando a salvo la obligatoriedad de la querella en los procesos por delito privado.

1390 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 156; SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 795; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., pp. 138, 139; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 161.

1391 En este mismo sentido, véase el AAP Barcelona (Sección 3.ª), de 10 de julio de 1997, que sostiene que la falta de licencia es un defecto subsanable, para lo cual deberá concederse un plazo por el juez de instrucción competente.

1392 En concreto, la SAP Huesca n.º 169/2005 (Sección 1.ª), de 22 de septiembre, que aludía a la posibilidad de subsanación a través de la apelación, señalaba lo siguiente: «Lo que no cabe es la subsanación en la segunda instancia ni la declaración de nulidad para reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio, porque se desvirtuaría la finalidad perseguida por estos preceptos al establecer este requisito de procedibilidad, que es la previa ponderación por el juez o tribunal ante el que se han efectuado las expresiones injuriosas o calumniosas de la oportunidad de perseguir estos delitos» [FJ 1.º].

1393 En este sentido, resulta de gran interés la distinción efectuada por PRIETO-CASTRO y FERRÁNDEZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, cit., p. 101. En esta línea, véase, asimismo, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. XXI, quien diferencia entre «parte procesal» y «sujeto procesal». Esta segunda expresión comprende a «cualquier individuo que de manera permanente o accidental interviene en el proceso y hace posible la realización de la actividad jurisdiccional».

Por ello, debemos subrayar que es en el ámbito de los sujetos que pueden (válidamente) intervenir al comienzo de un proceso por infracción perseguible a instancia de parte donde se halla la característica más importante de tales ilícitos penales. Además, esta nota resulta predicable de todos los delitos y faltas no públicos¹³⁹⁴. En el ámbito civil, el estudio de la referida cuestión se suele acometer, dentro de la teoría de las partes procesales, mediante las figuras de la capacidad (tanto para ser parte, como la procesal) y de la legitimación¹³⁹⁵. Ello se debe a que, como regla general, «la condición de parte resulta del propio acto inicial del proceso»¹³⁹⁶. La aplicación de las anteriores definiciones al ámbito del proceso penal requiere, bajo nuestro punto de vista, de cierta matización, dado que en el seno de los litigios penales el comienzo de un proceso no acarrea necesariamente definición de la parte acusadora (ni de la acusada).

Y es que, con respecto al proceso criminal, se han de efectuar dos precisiones ulteriores. En primer lugar, en los juicios penales, como norma general, no se requiere de la coincidencia entre el momento de la incoación del proceso y el de determinación de las partes de la contienda. La excepción aparece en los casos por delito privado, donde el particular ofendido por la injuria o calumnia mediante su querella incoa el proceso y se convierte, al mismo tiempo, como consecuencia de la admisión de dicho escrito, en parte acusadora¹³⁹⁷; y, habitualmente, en tales supuestos se tiene *ab initio* ya identificada la persona del acusado. De ahí que como norma en estos últimos casos coinciden temporalmente la incoación del proceso y la fijación de las partes, con lo que (también por esta razón) pareciera que en las infracciones penales contra el honor de particulares nos hallamos ante un proceso civil. Pero, en segundo término, en el enjuiciamiento penal la incoación del proceso y la adquisición de la condición de parte procesal carecen de especial trascendencia y suelen pasar más bien desapercibidas, máxime si, como ocurre en el sistema español, el abanico de los sujetos que pueden –como regla general– intervenir en un proceso penal es tan amplio que cabe la participación del Ministerio Fiscal, de la víctima del hecho delictivo objeto del proceso

1394 En cambio, la posibilidad de que a instancia de parte se ponga fin al correspondiente proceso penal no concurrirá en todos los supuestos de infracciones con régimen de perseguibilidad propio, pues el perdón no siempre resultará operativo.

1395 Al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», cit., p. 299, ha apuntado críticamente lo siguiente: «Pese a que el concepto de parte sea básicamente un concepto procesal, lo cierto es que la mayoría de la doctrina acostumbra a estudiar las diversas situaciones de la parte partiendo de conceptos acuñados en la doctrina material, que se trasladan, con sólo ligeras matizaciones, al campo procesal. El concepto de capacidad para ser parte se identifica con la capacidad jurídica del derecho privado; la capacidad procesal, con la capacidad de obrar; y la legitimación viene impregnada en la mayoría de las ocasiones por una influencia subconsciente del negado concepto sustancial de parte». Véase, asimismo, en relación con los trabajos legislativos previos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, CACHÓN CADENAS, «Jurisdicción, partes y actos procesales», en Estudios de Derecho Judicial (Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil), n.º 17, pp. 362-364.

1396 SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», cit., p. 293.

1397 Por su parte, PASTOR LÓPEZ, *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 68-73, critica en la fase de instrucción el empleo de las expresiones «acusación particular» y «acusación privado», y muestra para tales casos su preferencia por las locuciones «persecutor» o perseguidor particular» y «persecutor» o perseguidor privado», respectivamente.

(o de su representante legal) e, incluso, de cualquier ciudadano (español¹³⁹⁸)¹³⁹⁹. Entre las excepciones a tal régimen de amplitud de sujetos que pueden válidamente intervenir en un proceso, encontramos las infracciones a instancia de parte.

Por otro lado, el análisis de las personas que pueden participar como parte acusadora en un proceso penal se torna insuficiente en los supuestos de infracciones perseguibles a instancia de parte. Ello se debe a que el escollo existente, habitualmente, se ha de situar con anterioridad, esto es, en relación con los sujetos que pueden incoar con validez el procedimiento criminal y dar así luz verde a la fase de instrucción. En consecuencia, si tomamos las instituciones de la capacidad y de la legitimación, y trasladamos al ámbito criminal la teoría elaborada en el seno del proceso civil, habría de concluirse que ambas sirven para concretar quién puede constituirse como parte en un proceso (penal). Sin embargo, inmediatamente se observa que la dinámica del proceso penal dista mucho de la seguida en los juicios civiles¹⁴⁰⁰, por lo que dicha categorización resulta un tanto estéril por incompleta. Así, será necesario, además, saber si el denunciante tiene capacidad y resulta facultado para presentar la denuncia¹⁴⁰¹.

Por ello, las categorías de la capacidad y de la legitimación en el ámbito del proceso penal se podrán emplear, aun con las cautelas necesarias en relación con la segunda institución mencionada, para fijar la categoría de las partes procesales. Y es que no parece correcto ni aconsejable incluir la denuncia necesaria en la órbita de la legitimación.

Normalmente, el tema relativo a los sujetos intervinientes en un proceso penal se enfoca desde el ejercicio de la acción, tal como lo acomete la Ley de Enjuiciamiento Criminal al tratar «De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas» (título IV del libro I). Pero también se podría estudiar la cuestión –aun a sabiendas de que en algunos casos coincidirán ambas en el tiempo– distinguiendo dos categorías procesales: los sujetos con legitimación para el ejercicio de la acción penal y los que tienen la titularidad acerca del derecho a la perseguibilidad del delito¹⁴⁰².

Así, se suele señalar que en las infracciones no perseguibles de oficio resulta facultado el ofendido por el hecho delictivo. Sin embargo, una lectura del Código Penal sirve para

1398 Según GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 173, en «el momento actual, desde luego, en ningún caso puede, a los efectos de ejercicio de la acción popular, estimarse extranjero a un ciudadano de la Unión Europea (...). En cuanto a los demás residentes no nacionales, es dudoso que se les pueda negar la acción popular, por cuanto el art. 13.1 y 2 CE permite sustentar la tesis contraria, máxime si se piensa en que, como se ha dicho, la acción popular integra el derecho a la tutela, que es uno de los derechos fundamentales con respecto a los cuales el TC ha reclamado la titularidad de los extranjeros».

1399 Así, FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», cit., p. 108; o, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 168, aluden a la extraordinaria generosidad de nuestro ordenamiento en este punto.

1400 También se refería a esta cuestión, SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», cit., p. 311.

1401 Por su parte, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 248, al estudiar la posición del denunciante en los delitos perseguibles a instancia de parte, aborda el estudio de las categorías de la capacidad y legitimación.

1402 Se refiere a esta última, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 247.

observar distintas situaciones, dado que dicho sujeto puede limitarse a incoar válidamente el proceso (mediante la denuncia en un supuesto de infracción semipública); o, mediante su querella, además de lo anterior, quedará convertido en parte acusadora (en un proceso por un delito contra el honor de un particular o también en los casos de infracciones semipúblicas).

Como vemos, pues, la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte abarca en los momentos iniciales del proceso varias situaciones: a) Casos en que el sujeto¹⁴⁰³ a través del correspondiente acto procesal resulta facultado exclusivamente para dar comienzo al procedimiento (por ejemplo, la denuncia en un delito de impago de pensiones); b) Cabría que, con posterioridad, dicho sujeto se decidiera por el ejercicio de la acción penal; c) En algunos supuestos se iniciará el procedimiento quedando dicho sujeto, como consecuencia de ese mismo acto de incoación del proceso (*vg.* querella), además, convertido en parte procesal acusadora.

El legislador del siglo XIX no emplea la división capacidad/legitimación a la hora de abordar quién puede actuar válidamente como parte en el correspondiente proceso penal. Esta tendencia se repite en la ley procesal civil de 1881, que tampoco distinguió de forma tan nítida los escalones que han de concurrir para determinar quién puede intervenir como parte en un proceso (en este caso, civil). Y es que la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior había de ser completada a través de las normas sustantivas pertinentes, así como con la doctrina científica y jurisprudencial. Sin embargo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 aparece de manera pormenorizada una regulación completa en el capítulo I del título I del libro I «De la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación». Este cambio se debe, tal como refleja su Exposición de Motivos (VII), a que en cuanto a las partes, «la Ley contiene nuevos preceptos que regulan esa materia de modo más completo y con más orden y claridad (...)». Sobre el particular, resultan ilustrativas las siguientes palabras del profesor RAMOS MÉNDEZ que intentan explicar lo sucedido: «A diferencia de la LEC 1881, que era extremadamente parca en la materia, la LEC 2000 ha compilado disciplinadamente todo lo que doctrina y jurisprudencia han aportado al acervo de la teoría de las partes en el último siglo. De ello resulta un completo bagaje teórico, según el esquema clásico en la materia, que ahora se encuentra regulado detalladamente en la LEC»¹⁴⁰⁴.

En suma, las categorías de la capacidad y la legitimación no resultan de especial utilidad en el ámbito del Derecho procesal penal. Ello se debe a que el interés público existente en la persecución de aquellos hechos considerados atentatorios contra los bienes más básicos del sistema actual de convivencia, ha supuesto la ampliación de los sujetos con cabida en la posición activa –término más amplio que el de parte acusadora– del procedimiento criminal. Tampoco en relación con las infracciones penales perseguibles a instancia de parte. Y es que en estos casos el recorte subjetivo que se produce en la posición activa del

1403 Término éste muy socorrido a la hora de explicar quiénes pueden intervenir en un proceso penal, ya que evita tener que posicionarse sobre si se participa en calidad de parte (acusadora) o, simplemente, su actuación va encaminada a incoar el correspondiente proceso.

1404 RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, cit., p. 201; asimismo, CACHÓN CADENAS, «Jurisdicción, partes y actos procesales», cit., pp. 363, 364.

proceso penal, característica que dota de contenido dicha categoría de delitos y faltas, no afecta, en principio, a la institución de la legitimación *stricto sensu*. Así, se ha de tener en todo caso presente que por la propia idiosincrasia del proceso penal se amplían las funciones a desarrollar en la mencionada posición activa, dado que el denunciante, por la mera comunicación de la *notitia criminis*, no queda convertido en parte procesal (acusadora).

En las siguientes líneas, y con las matizaciones apuntadas, abordaremos en primer lugar la cuestión relativa a la capacidad, lo que nos remitirá a la figura del «representante legal»; para, con posterioridad, acometer el estudio de la expresión «persona agraviada». Sin embargo, desde la órbita del Derecho penal sustantivo se suele invertir el orden, en consonancia con la dicción de la ley. Así, se efectúa una primera referencia a la figura de la persona agraviada u ofendida, para, seguidamente, mencionar los aspectos relacionados con el representante legal. Como veremos, en los supuestos que venimos analizando no sólo se reduce el ámbito de los sujetos facultados para presentar la correspondiente denuncia, sino que las normas de la capacidad sufren, asimismo, alguna modulación con respecto al régimen general aplicable a las infracciones perseguibles de oficio.

A los efectos del presente trabajo, dado el tema objeto de estudio, interesa especialmente el análisis de la situación relativa a la posición activa en el proceso penal, y no tanto la del sujeto contra quien se sigue el mismo¹⁴⁰⁵. En este sentido, cabe distinguir dos situaciones, al entender que ambas presentan, sobre todo en las infracciones no perseguibles de oficio, notas propias: la incoación del proceso y el mostrarse como parte acusadora¹⁴⁰⁶. Como veremos, unas veces, un mismo sujeto puede ostentar una posición privilegiada para llevar a cabo ambos estadios; en otras ocasiones, ello no será así, pues aun cuando en sede de incoación del proceso quede enormemente limitado el ámbito subjetivo, con posterioridad podrán adquirir la condición de parte diferentes modalidades de acusación.

Estos casos presentan con respecto al régimen general, esto es, el previsto para los procesos por infracciones perseguibles de oficio, ciertas notas distintivas. Y es que lo apuntado para los ilícitos públicos sirve también, sólo que de manera limitada, en relación con las infracciones semipúblicas y las privadas. Ello se debe a que en las mismas se recorta el ámbito de sujetos que pueden válidamente intervenir como parte acusadora en un proceso penal con características propias en la esfera de la perseguibilidad. Ello ocurrirá aún con más intensidad en los procedimientos por delitos privados, pero para un sector doctrinal dicha modulación también resultará aplicable a los semipúblicos. Y es que en esta última modalidad de ilícitos perseguibles a instancia de parte se constata un mayor potencial diferenciador en sede de incoación del proceso y un menor carácter distintivo a la hora de ejercitar la acción. Lo anterior se fundamenta en que en los procesos por infracción semipública el abanico de posibles acusadores no difiere del panorama que encontramos en un proceso

1405 Sobre esto último, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: SERRA DOMÍNGUEZ, «El imputado», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 673-698; RENEDO ARENAL, *Problemas del imputado en el proceso penal*, CERASA, Madrid, 2007.

1406 Además, se podría considerar un tercer supuesto, definido por el papel que el testigo (de cargo) desempeña a lo largo del proceso. Sin embargo, las vicisitudes de este tercero que interviene en el proceso, no varían, en sustancia, con respecto a las que goza el testigo de la defensa. De ahí que no sea abordado de manera específica en este epígrafe.

por delito público, salvo en lo relativo a un punto, que ha suscitado posiciones encontradas en la doctrina. Concretamente, nos referimos a la posibilidad de que la acusación popular pueda mostrarse como parte en dichos procedimientos, aspecto éste que será objeto de análisis¹⁴⁰⁷. En cambio, en los juicios por delito privado, la intervención como parte acusadora queda definida y delimitada en el mismo acto de incoación del proceso, estableciéndose la necesidad de formulación de querella por el particular que dice haber sido objeto de una injuria o calumnia, con lo que quedará ya constituido en acusador privado. En consecuencia, se veda, con los matices que apuntaremos¹⁴⁰⁸, toda intervención como acusación a cualquier (otro) ciudadano que tenga interés en seguir el proceso de forma activa mediante la vía de la acusación popular y también, como norma general, al Ministerio Fiscal.

Existían diversas posibilidades a la hora de abordar el presente capítulo. Y es que, por un lado, cabía haber distinguido la figura del denunciante que simplemente posibilita la incoación del proceso penal por infracción semipública, lo que habría significado la subclasificación en las tres siguientes categorías: la persona agraviada, su representante legal y el Ministerio Fiscal. En último término, se podrían reconducir a las siguientes dos variantes: la persona agraviada y el Ministerio Público. Y, por otro lado, la adquisición de la condición de parte acusadora, lo que se conseguía a través de la querella –que podía, asimismo, haber servido como instrumento de inicio del proceso, tal como necesariamente sucede en el ámbito de los delitos privados– o a través de otros mecanismos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, hemos preferido distinguir los supuestos en función de los diversos sujetos y concederle así a los siguientes apartados, en la medida de lo posible, una mayor independencia con respecto al anterior. Por ello, intentaremos poner cierto énfasis en la cuestión de si dicho sujeto se halla convertido en parte acusadora o simplemente nos estamos refiriendo a la categoría de la incoación del proceso. Además, tendremos ocasión de analizar cómo en relación con el Ministerio Fiscal dicho aspecto no siempre resulta indubitado¹⁴⁰⁹.

IV. LA «PERSONA AGRAVIADA» EN LAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

1. La capacidad procesal

En primer lugar, se ha de destacar que en el proceso penal no resulta frecuente la utilización de las categorías «capacidad» y «legitimación». Lo anterior queda corroborado en el ámbito de la denuncia, donde escasean las exposiciones doctrinales que efectúan una referencia concreta a la capacidad (y lo mismo cabe decir de la legitimación) para ser denun-

1407 Concretamente, en este capítulo IV apartado VI.

1408 Al respecto, en este capítulo IV, pueden consultarse el apartado IV epígrafe 2.3 y el apartado V epígrafe 2.4.

1409 Así, en el capítulo IV apartado V epígrafe 5.2.1.

ciante¹⁴¹⁰. En cambio, en la querrela sí que se encuentran ejemplos de autores que manejan dichas categorías¹⁴¹¹. Ello seguramente se relaciona con el hecho de que la capacidad y la legitimación son categorías vinculadas al estatus de parte (procesal).

1.1. Capacidad plena: persona física mayor de edad, capaz y no desvalida

Las personas físicas que según los preceptos que establecen las infracciones penales perseguibles a instancia de parte gozan de capacidad plena para presentar la denuncia necesaria son las que reúnen las tres siguientes características: mayores de edad, capaces y no desvalidas. La consecuencia será que el denunciante (con facultad para ello) mayor de edad, capaz y no desvalido podrá válidamente presentar su *notitia criminis* sin ayuda de otra persona.

De las tres referencias apuntadas necesarias para que el denunciante sea considerado que reúne la capacidad para presentar su denuncia, la del desvalidamiento es la que más dudas plantea en cuanto a su concreto contenido, pues no se sabe a ciencia cierta cómo debe ser interpretada. Se ha de recordar, además, la polémica jurisprudencial suscitada en torno a si el progenitor conviviente con el descendiente mayor de edad y capaz puede reclamar penalmente las pensiones insatisfechas debidas a éste, y la posición negativa que mantenemos al respecto¹⁴¹². El hijo mayor de edad y capaz será quien haya de presentar denuncia ante un eventual delito de abandono de familia económico.

1.2. Capacidad incompleta. La figura del representante legal

Se distinguen dos grandes supuestos, dadas las importantes peculiaridades propias que se derivan de dichas situaciones:

1.2.1. Personas físicas: menores e incapaces

A. El menor de edad

a. Las denuncias de los impúberes en el ámbito de las infracciones penales públicas. Un ejemplo de denuncia-derecho

La regulación procesal contempla algunas excepciones a la obligación de denunciar en el ámbito de los ilícitos penales públicos, entre las cuales nos interesa destacar la de los «impúberes» (*ex art. 260 LECr.*)¹⁴¹³. Dicho término precisa de concreción, pues no esclarece si nos

1410 Sin embargo, como excepción, véase la exposición de GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 248.

1411 A modo de ejemplo, véanse ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., cit., p. 131; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., pp. 255-258.

1412 Véase el capítulo III apartado VI epígrafe 3.

1413 Además de los impúberes, se excluye también a quienes no gozaren del pleno uso de su razón (art. 260 LECr.); asimismo, por razón de secreto profesional o de confesión (art. 263 LECr.); y, en tercer lugar, se

hallamos ante un sinónimo de persona menor de edad (por no haber cumplido los 18 años) o si se debe vincular el mismo a la minoría de edad penal (que incluye desde los 14 hasta los 18 años, *ex art.* 19 CP y *art.* 1 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), con lo que la excepción se aplicaría a las personas menores de catorce años.

TORRES ROSELL se muestra partidaria de la segunda interpretación expuesta, con lo que cuando el legislador señala que el impúber queda eximido de la obligación de denunciar, se habrá de entender dicho vocablo como equivalente a persona menor de catorce años. Aun con todo, según la referida autora, y pese a no afectar a este grupo el deber de denuncia, podrán transmitir la *notitia criminis* con valor y eficacia de denuncia¹⁴¹⁴. Además, como ulterior argumento, y al objeto de aclarar el término impúber, MONTÓN REDONDO ha relacionado el tema con las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal al fijar la edad a partir de la cual un testigo debe prestar juramento o promesa. En este sentido, el autor citado ha señalado que quienes no alcancen la mayoría de edad penal quedan exentos de tal obligación, como prevé para el procedimiento ordinario el artículo 433 y para el abreviado el artículo 706 de la norma procesal penal; a continuación, extiende dicha solución a la falta de obligación de denunciar por razón de la edad¹⁴¹⁵.

Nos genera cierta duda la posibilidad que plantea la profesora TORRES ROSELL, pues en su opinión, aunque este colectivo no se halla obligado a denunciar, si lo hiciera, debería, en su caso, incoarse el correspondiente proceso criminal. Y es que no cabe exigir responsabilidad penal al grupo formado por aquellas personas que no alcanzan los 14 años, pues su edad constituirá una causa que exime de aquélla, con lo que ante un eventual delito de denuncia falsa (*art.* 456 CP) no existirían en el ámbito penal consecuencias negativas para ellos. En consecuencia, quizá la solución para evitar el problema planteado sea la intermedia, y considerar así que la noticia criminal que proviene de un menor de 14 años dará lugar, en su caso, a una incoación de oficio. De esta forma, se evitaría que dicha comunicación cayera en saco roto. Además, tal solución no obsta para que esa persona más adelante sea llamada a declarar como testigo con las correspondientes especialidades por razón de su edad. Esta tesis, sin embargo, es rechazada por TORRES ROSELL¹⁴¹⁶. En todo caso, lo que se desprende de lo apuntado es que el régimen aplicable a los impúberes resulta equivalente al existente, tal como veremos a continuación, en las infracciones perseguibles a instancia, pues se considera la denuncia como un derecho y no una obligación.

b. Las denuncias de los impúberes en el ámbito de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte

Entendemos que aquí desaparecen las dificultades apuntadas en líneas anteriores, dado que en este tipo de denuncia el menor de edad, en todo caso, precisará del com-

excluye de la citada obligación a ciertos familiares del eventual autor de los hechos (*art.* 261 LECr). Puede consultarse, al respecto, TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 105 y ss.

1414 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 107.

1415 MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., p. 140.

1416 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 107.

plemento de su capacidad, esto es, se requerirá de la intervención de su representante legal¹⁴¹⁷.

c. La denuncia del menor de edad emancipado en las infracciones penales semipúblicas

Dicha denuncia deberá ser equiparada a la proveniente de una persona mayor de edad, con lo que no precisará de representación alguna. Los diversos supuestos de emancipación que contempla el artículo 314 del Código Civil –salvo, lógicamente, la emancipación alcanzada por la mayoría de edad– toman como edad mínima los 16 años. Además, entre los actos que podrá realizar dicho sujeto se encuentra el de comparecer en juicio por sí solo (art. 323.II Ccivil). Sin embargo, mantiene una posición distinta ARMENTEROS, al señalar lo siguiente: «Por menor de edad se entiende (...) la persona que todavía no ha cumplido los dieciocho años (...). Al no hacerse distinción en este precepto, habrá que incluirse también a los emancipados (...)»¹⁴¹⁸.

B. El incapaz

El concepto de incapaz que se ha utilizar nos los da el propio texto penal en su artículo 25, que dice así: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma». Se ha de relacionar dicho concepto con el ámbito de la víctima, tanto a efectos de incremento de la pena en ciertos tipos cuando el sujeto pasivo es un incapaz –al igual que sucede en el caso de menores–, como en lo que se refiere a su actuación en el propio proceso penal. Se aprecia una clara vocación tuitiva, si bien fundada en razones materialmente distintas, cuando el concepto de incapaz se aplica tanto en relación con el autor como para con la víctima. Sin embargo, cuando la referencia a la enfermedad de carácter persistente se realiza sobre la persona que, eventualmente, puede ser considerada como autor o partícipe de esos hechos, la dogmática penal se mueve en el ámbito de la inimputabilidad¹⁴¹⁹, lo que conllevará la imposición de medidas de seguridad¹⁴²⁰ y no de penas.

Volviendo al concepto de incapaz empleado en el texto penal, se ha de señalar que resulta ciertamente laxo, pues no se precisa de la incapacitación de una persona para considerarla penalmente incapaz¹⁴²¹. En estos últimos casos, la amplitud del concepto reprodu-

1417 En idéntico sentido se muestra IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 121.

1418 ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, cit., p. 294.

1419 Sobre dicha cuestión, puede consultarse la investigación de URRUELA MORA, *Inimputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit.

1420 Véase, al respecto, URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, cit.

1421 Sin embargo, obsérvese la diferente dicción a la que se ha recurrido en los párrafos II y III del artículo 130.5.º –a partir del 23 de diciembre de 2010, artículo 130.1.5.º– del Código Penal: «En los delitos o faltas contra menores o *incapacitados*, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o *incapaz*» [Cursiva añadida].

cido puede plantear dificultades a la hora de concretar cuándo una persona no incapacitada judicialmente entra en el artículo 25 del Código Penal (por ejemplo, un ludópata). Además, no está claro si ha de existir algún tipo de conexión entre el hecho objeto de la denuncia y la «enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma».

1.2.2. Personas jurídicas

A tenor del artículo 38.I del Código Civil, «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución». Ahora bien, por su propia naturaleza necesitarán de una persona física que actúe en su nombre.

1.3. Concreción del concepto de representante legal

En primer lugar, se ha de destacar que el Código Penal se refiere en los supuestos de infracciones perseguibles a instancia de parte a la categoría del representante legal¹⁴²². Según ALBALADEJO, dicha representación legal, a diferencia de la voluntaria¹⁴²³, «no se concede por el interesado, sino por la ley, que, además, fija la extensión de los poderes que se confieren al representante»¹⁴²⁴. Además, siguiendo al referido autor, «el representante no depende de la voluntad del representado ni en cuanto a recibir la representación ni en cuanto a instrucciones sobre su uso, sino que las facultades que se le confieren son las que la ley marca, y el uso de las mismas se rige por lo que la ley establece»¹⁴²⁵. Ahora bien, se ha de tener presente que entre el representante y el representado no ha de existir un conflicto de intereses¹⁴²⁶, tal como se encargan de precisar los artículos 162.2.º, 163 ó 221.2.º del Código Civil¹⁴²⁷. Todo lo señalado cobra sentido en el ámbito de la representación a menores e inca-

1422 A modo de anécdota, se ha de recordar que el artículo 287 del Código Penal alude a los «representantes legales», expresión que habrá de ser entendida en idéntico sentido que el resto de referencias contenidas a tal institución en singular. No encontramos, pues, diferencias en el hecho de que la mención sea efectuada al singular o al plural de dicha expresión.

1423 Ambas quedan establecidas en el artículo 1259.I del Código Civil: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal».

1424 ALBALADEJO, *Derecho civil. I (Introducción y Parte General)*, 18.ª ed., EDISOFER, Madrid, 2009, p. 769.

1425 ALBALADEJO, *Derecho civil. I (Introducción y Parte General)*, 18.ª ed., cit., p. 770.

1426 Véase el supuesto que se plantea en la SAP Segovia n.º 18/2003 (Sección Única), de 18 de junio (JUR 2003\234366) [FJ Único], donde el progenitor que presentó denuncia reclamando las cantidades que integran la pensión de alimentos a favor del menor de edad, mantenía intereses contrapuestos con su descediente, por lo que se entendió que no actuaba como representante legal del menor y como, además, el Ministerio Fiscal no presentó denuncia se consideró que no se había removido el obstáculo procesal previsto en el artículo 228 del Código Penal.

1427 En concreto, dichos preceptos del Código Civil disponen lo siguiente: artículo 162: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: (...) 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. (...)»; artículo 163: «Siempre que en

paces, cuya extensión quedará fijada al regular las diversas instituciones civiles en cuestión (así, la patria potestad, la tutela, etc.)¹⁴²⁸.

Sin embargo, recordemos que la idea de la representación legal también la extiende el Código Penal al ámbito de las personas jurídicas. Con respecto a la representación de personas jurídicas, el Derecho mercantil y, en su caso, el civil serán los que establezcan la extensión de la misma. Para estos supuestos, DE LA OLIVA SANTOS prefiere la denominación de «representación necesaria», dejando así la representación legal para los anteriores supuestos¹⁴²⁹.

Se ha de cuestionar la idoneidad del instrumento de la perseguibilidad a instancia de parte para que personas jurídicas puedan mostrar, a través de la denuncia, su «voluntad» de que se remueva el correspondiente escollo existente en la esfera de la perseguibilidad. A buen seguro no era ésta la finalidad con la que el legislador estableció la figura de la perseguibilidad a instancia de parte. Además, tal como hemos apuntado¹⁴³⁰, surgieron destacables problemas en la órbita, sobre todo, de los delitos contra la propiedad intelectual. En especial, recordemos que no quedaba claro si las entidades de gestión de dichos derechos podían, por un lado, considerarse sujeto pasivo de tales infracciones; y, por otro, en el supuesto de que no lo fueran, si reunían la condición de representante legal de la persona que había visto en su caso vulnerada su propiedad intelectual. Estas razones seguramente motivaron el cambio que se produjo en la perseguibilidad de las infracciones penales graves relativas a la propiedad intelectual e industrial a través de la Ley Orgánica 15/2003.

En cuanto a la distinción entre las categorías de representante legal y mandatario, hemos de destacar que ambos casos tienen como nota común que la denuncia no se presenta personalmente por quien resulta persona agraviada por el hecho con apariencia delictiva. En relación con lo anterior, puede resaltarse que la figura del representante legal, en comparación con la del mandatario, normalmente implicará mayor durabilidad y su actuación excede del ámbito estrictamente procesal, mientras que la labor del mandatario puede limitarse incluso a una única actuación en relación con su mandante (así, la consistente en la presentación de la denuncia *ex art.* 265 LECr.). En tales casos, la labor del mandatario la desarrollará un procurador de los tribunales¹⁴³¹.

algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad»; artículo 221: «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: (...) 2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. (...)».

1428 Según el profesor ALBALADEJO, *Derecho civil. I (Introducción y Parte General)*, 18.ª ed., cit., p. 770, «por la diversidad de tipos de representación legal que acoge el Ordenamiento, hay escasas posibilidades de hacer una teoría general útil».

1429 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 142, 143. Además, el referido autor distingue una tercera modalidad de representación, la «técnica», como función más específica atribuida a los procuradores (*ibid.* p. 145).

1430 Así, véase el capítulo III apartado VIII epígrafe 2.

1431 Sobre el deslinde entre las figuras del representante legal y del mandatario se plantearon algunos problemas de relevancia, como ya indicamos (capítulo III apartado VIII epígrafe 2), que adquirieron cierta entidad

2. La presentación de la denuncia por la persona agraviada

El primer problema con el que nos encontramos es precisamente el de la utilización de diversos términos, en ocasiones, empleados como si resultaran equivalentes, mientras que, en otros casos, los mismos han sido conceptualmente diferenciados. Este fenómeno resulta aplicable a vocablos como «ofendido», «agraviado», «perjudicado», «víctima» o «sujeto pasivo» de la infracción penal. Dichos conceptos han sido empleados sin excesiva precisión por el legislador material y procesal –aludiendo a la acción penal o/y a la civil–, lo que ha propiciado inseguridad en cuanto a su concreta significación.

En lo que se refiere al Código Penal, destaca la preferencia del legislador de 1995 por la «víctima»¹⁴³², y un menor apego por los términos «ofendido»¹⁴³³, «agraviado»¹⁴³⁴ y, especialmente, «sujeto pasivo»¹⁴³⁵, categoría esta última con un marcado carácter dogmático. Con relación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo presente que algunos preceptos mantienen su redacción originaria, los resultados de idéntica búsqueda nos llevan a la siguiente constatación: El término «ofendido» es el más utilizado en la norma procesal¹⁴³⁶, seguido de cerca por el de «víctima»¹⁴³⁷. Ahora bien, un análisis de los artículos concretos sirve para observar que esta última opción aparece normalmente en preceptos que han sido modificados o introducidos *ex novo* en fechas recientes, en especial a partir de la década de los noventa¹⁴³⁸. En relación con los términos «agraviado» y «sujeto pasivo», se detecta un

mientras los delitos relativos a la propiedad intelectual formaron parte de la categoría de las infracciones penales semipúblicas.

1432 Así, en los artículos 21.5.ª, 22.4.ª, 22.5.ª, 33.2.h), 33.2.i), 33.3.g), 33.3.h), 33.4.d), 33.4.e), 36, 39.g), 39.h), 40.3, 48.1, 48.2, 48.3, 49, 70.7, 70.8, 83, 88, 90.1, 91.2, 98.3, 106, 114, 132.1, 143.4, 148.3.º, 148.4.º, 148.5.º, 149.2, 153.2, 153.3, 165, 171, 172, 173, 177, 177 bis, 180.1.3.ª, 180.1.4.ª, 181, 183, 184.1, 184.2, 184.3, 187, 188, 189.3.d), 191, 195.3, 197.6, 235.4, 242.3, 250.1.6.º, 263, 318bis.2, 361bis.2.1.ª, 457, 578, 607bis y 620. Según TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 150, la palabra víctima resulta «portadora de unas connotaciones menos frías, expresivas de una cierta aspiración a la necesidad de ofrecer (...) protección».

1433 Así, en los siguientes preceptos: 22.1.ª, 22.2.ª, 86, 130.1.5.ª, 139.3.ª, 153, 155, 191, 201.3, 214, 215.1, 215.3, 267, 456.2, 468.2, 606.2, 620 y 639.

1434 Artículos 23, 113, 161.2, 191.1, 201.1, 228, 267, 287.1, 296.1, 620, 621.6.º y 639. Por su parte, el término «perjudicado» aparece en los siguientes preceptos del texto penal: 109.2, 125, 249, 264.2.5.º, 288, 624.1 y en la Disposición Adicional Tercera.

1435 Sólo se utiliza en una ocasión (art. 74.3 CP).

1436 Concretamente, en los siguientes preceptos: 13, 14.1, 25, 104, 108, 109, 270, 281.1.º, 304, 464, 506.3, 680, 742, 759, 761, 770, 771, 773.2, 776, 782.2.a), 789.4, 792.4, 796.1.1.ª, 800.5, 843, 962, 964, 967, 969, 973.2, 974.1 y 976.3.

1437 Artículos 14.5, 15bis, 104, 109, 281.2.ª, 503, 509.1, 544bis, 544ter, 659, 765.1, 771.1ª, 773, 776.1, 777, 785.3, 791.2, 797.2, 906, Disposición Adicional Primera y Disposición Adicional Cuarta.

1438 Al respecto, RODRÍGUEZ TIRADO, «La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en Justicia 2000, p. 50, señala que hasta épocas bien recientes la disciplina procesal ha sido «prácticamente ajena al empleo del término víctima, cuyo uso se ha potenciado desde la doctrina penalista».

uso considerablemente inferior, tanto con respecto a la opción del «agraviado»¹⁴³⁹, como en lo que se refiere a la expresión «sujeto pasivo» que ni tan siquiera aparece una sola vez en la ley procesal. Por su parte, el término «perjudicado» se emplea frecuentemente a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴⁴⁰.

Con respecto a los anteriores (claramente en cuanto a las opciones «ofendido» o «perjudicado»), la importación del término «víctima» al Derecho procesal tiene, por un lado, la ventaja de que no proviene de una disciplina jurídica, sino que, la Victimología¹⁴⁴¹ –como ciencia escindida de la Criminología– permite analizar el fenómeno de los sujetos que han sufrido las consecuencias de un hecho tipificado en el Código Penal sin tanto encorsetamiento. Esa excesiva delimitación de conceptos, típica por otro lado del universo jurídico, distinguiendo con finura entre el perjuicio civil y el penal, ha podido resultar parcialmente responsable de la falta de atención de los problemas que sufren las víctimas al fragmentarse dicha realidad en varios compartimentos, los cuales ostentan características diferentes¹⁴⁴². Pero, por otro lado, no puede desconocerse esa diversidad de caracteres que separan a la acción penal y a la civil, por lo que aunar ambos conceptos bajo un mismo término puede, en algunos casos, resultar problemático, como ocurre en relación con la perseguibilidad a instancia.

En esta línea, debemos destacar que en el ámbito de las infracciones perseguibles a instancia de parte se presta una especial significación a quien ha padecido el hecho criminal¹⁴⁴³, dado que sin su colaboración (activa) no cabe, como regla, incoar el correspondiente proceso. En tales hechos delictivos, el Código Penal ha preferido, de manera destacada, el término «persona agraviada»¹⁴⁴⁴. Y es que en un solo caso, concretamente en la esfera de

1439 Artículos 99, 364, 366 y 862.

1440 Artículos 13, 25, 110, 112, 200, 365, 506.3, 742, 759, 761.2, 771, 773, 776.1, 782.2.a), 789.4, 792.4, 800.5, 962, 964.1, 967.1, 969.2, 973.2, 974.1, 976.3 y 990.

1441 Al respecto, como botón de muestra, cabe destacar, *Victimología* (dir. Beristain Ipiña), Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990; LARRAURI PIJOAN, «Victimología», en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), cit., pp. 281-316; BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOAN, *Victimología: Presente y futuro*, PPU, Barcelona, 1993.

1442 Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», cit., pp. 27, 28, efectúa una utilización amplia del término, equiparándolo al de personas perjudicadas por un hecho delictivo: «La víctima de un delito es sin duda el sujeto que sufre las consecuencias dañosas de la acción delictiva. (...) En cada caso es posible identificar a los sujetos que sufren las consecuencias perjudiciales del delito, según el tipo de bien jurídico protegido por cada figura delictiva. Esta identificación hay que efectuarla con una cierta amplitud, como corresponde al criterio esencialmente económico que define a la víctima en relación con la lesión sufrida».

1443 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 256, 257, ya se refirió a la importancia que, en el ámbito del Derecho procesal penal, tiene la determinación del concepto de parte ofendida «para la atribución de la acción por los delitos reservados a la querrela privada y para aquellos cuya persecución condiciona la ley a la denuncia de determinadas personas».

1444 Artículo 161.2 del Código Penal: «Para proceder (...) será precisa denuncia de la persona agraviada (...); artículo 191.1 del texto penal: «Para proceder (...) será precisa denuncia de la persona agraviada (...); artículo 201.1 de la norma penal: «Para proceder (...) será necesaria denuncia de la persona agraviada (...); artículo 228 del Código Penal: «(...) sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada (...); artículo 267.II del texto penal: «(...) sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada (...); artículo 287.1 de

los delitos privados, la redacción vigente ha reproducido la existente con el Código Penal anterior, y se ha optado por la expresión «persona ofendida»¹⁴⁴⁵.

A los efectos de la presente investigación hemos considerado como términos sinónimos los de «sujeto pasivo», «persona agraviada», «ofendido» y «víctima». Aun así, entendemos que algunos de dichos vocablos como el de «agraviado» u «ofendido» han quedado un tanto desfasados¹⁴⁴⁶ y, por ello, la opción preferente de todas las anteriores es la de la víctima. Asimismo, se observa en la doctrina una preferencia por el término víctima¹⁴⁴⁷. Se detectan, además, posiciones favorables a ampliar y extender dicho término a la esfera penal y a la civil. En esta línea, puede situarse la definición de víctima del Consejo de la Unión Europea, que considera como tal «la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro»¹⁴⁴⁸. Dichas tesis contienen un indudable interés. Sin embargo, nos parece que en un campo como en el de la perseguibilidad a instancia, resulta de una mayor utilidad la diferenciación entre ambos tipos de acciones, por lo que hemos utilizado el término víctima en un sentido estricto, como titular del bien jurídico protegido en el concreto tipo penal. Por todo lo anterior, cabría distinguir dos acepciones del término víctima: una estricta, preferible en la esfera de la incoación de las infracciones penales semipúblicas, que lo concibe como sinónimo de titular del bien jurídico-penal protegido; y otra, más amplia, que equipara el término víctima a persona agraviada y perjudicada.

Sobre el particular, procede realizar algunas reflexiones, sin perjuicio de volver más adelante sobre algunas de ellas. Así, en primer lugar, el entendimiento que la literatura penal ha realizado de los vocablos «ofendido», «agraviado» o «sujeto pasivo del delito» –utilizando los tres a modo de sinónimos– ha sido como equivalente de persona que ve puesto en peligro o

la norma penal: «(...) será necesaria denuncia de la persona agraviada (...)»; artículo 296.1 del Código Penal: «(...) sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada (...)»; artículo 639.I del texto penal: «En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada (...)».

1445 El artículo 215.1 del Código Penal dice así: «Nadie será penado (...) sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito (...)».

1446 En concreto, en relación con el ofendido –aunque la misma reflexión resulta extensible a la persona agraviada– cabe apuntar que en su día fue un término con cierto arraigo, tal como se desprende de la tercera acepción del verbo «ofender» de la Real Academia Española en su *Diccionario de la Lengua Española*, 22.^a ed., t. II, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1610. La misma señala, advirtiendo que se halla en desuso, lo siguiente: «Hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo». En la actualidad, la palabra «ofender» no lleva asociada tal gravedad y así el entendimiento de dicho verbo queda más ligado a «humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos», definición que aparece en la primera acepción del verbo ofender dada por la Real Academia Española, *ibid.*

1447 Resulta así indicativo el número de monografías que han optado por este término. Entre otras, pueden citarse las siguientes: SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, cit.; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit.; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

1448 Artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001.

lesionado un bien jurídico suyo¹⁴⁴⁹. Lo anterior significa que no cabe concebir tales términos sin conectarlos con alguno de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal.

Además, tradicionalmente, las infracciones penales perseguibles a instancia de parte han tutelado bienes jurídicos individuales y dentro de éstos, sobre todo, los personales (honor, libertad sexual, etc.). Ahora bien, lo anterior presenta algunas excepciones, en una tendencia que podría ser analizada desde una doble perspectiva. Así, por un lado, se extienden las peculiaridades a casos en donde el interés protegido no es de carácter personal (así, por ejemplo, en el delito de daños imprudentes); y, por otro, se encuentran ciertos supuestos de bienes jurídicos de índole colectivo en donde se intenta, sin mucho éxito, reducir las consecuencias de la perseguibilidad a instancia mediante el establecimiento de unas vagas fórmulas («cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»).

En algunos supuestos, parece que el legislador extiende la denuncia necesaria a la figura del perjudicado (vg. en el art. 624.1 CP). Sin embargo, no creemos que en estos casos se haya de modificar el criterio sentado y entender así que también el perjudicado civil *stricto sensu*, cuando no coincide con el sujeto pasivo, resulta facultado para presentar la correspondiente denuncia. En este sentido, la justificación que se ha dado para negar aquella tesis ha sido la de señalar que en los bienes jurídicos de carácter económico o patrimonial el legislador ha preferido la denominación de «perjudicado». Y es que en tales casos el sujeto pasivo, como consecuencia de dicho comportamiento, normalmente experimentará un menoscabo –peligro o lesión– en su patrimonio. En cambio, en los bienes personales se decanta por la expresión «persona agraviada», pues el delito o la falta no afectará directamente al ámbito más ligado a aspectos económicos¹⁴⁵⁰.

En relación con la cualidad de ofendido, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con la de perjudicado, en principio no se transmite. Pero hay ciertos casos en los que la muer-

1449 Según GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRAD, «Nuevas perspectivas sobre la situación jurídica penal y procesal de la víctima», en *La reforma del proceso penal (II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 159, con cita de diversas referencias bibliográficas a tal efecto, el concepto de bien jurídico alude más a «valores de una vida comunitaria socialmente organizada que como intereses del individuo concreto, y la lesión (...) más como una violación del orden social o ataque a las instituciones que como lesión o agresión a la víctima individualmente considerada».

1450 La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, en su apartado IX.A), contenía, en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1989 una interpretación que, en apariencia, se podía entender –pese a lo confuso de la misma– en esa línea (denuncia del ofendido/persona agraviada o perjudicado): «De otra parte, los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito tampoco son sinónimos en Derecho. (...) Con ello podría resultar que, de no coincidir ambas condiciones en la misma persona, en unos casos hubiera de denunciar precisamente el ofendido, siendo irrelevante la denuncia del perjudicado, mientras en otros lo irrelevante sería la denuncia del ofendido si no denunciaba a la vez el perjudicado. Sin embargo, parece que esas interpretaciones, deducidas de la pureza técnica, no son las más adecuadas para abordar el sistema instaurado en la LO 3/89 en orden al carácter público o semi-público de los delitos o faltas (...). (...) tampoco parecen existir diferencias en orden a la facultad de denunciar entre el ofendido o el perjudicado, sino que lo que parece es que se ha querido distinguir, en el uso del término adecuado para designar al afectado por el delito, entre faltas y delitos económicos, en los que la ofensa lleva consigo un perjudicado patrimonial y los que atentan a bienes personales, en los que los perjuicios, de existir, son predominantemente de orden moral, siendo más patente en cambio la lesión o «agravio» del bien jurídico individual». Sin embargo, la mencionada circular continúa así y se aparta de la tesis que cabía extraer de las líneas anteriores: «En suma, los Fiscales entenderán que, en cualquier caso, está facultado para denunciar en los delitos o faltas sometidos al régimen semipúblico, tanto el sujeto pasivo de la infracción como el perjudicado por ella, aunque puedan ser personas distintas».

te de la víctima del hecho delictivo haría de todo punto inviable la modalidad de la acusación particular, tal como sucede en la actualidad por ejemplo con los delitos (consumados) de homicidio y asesinato, donde quien ha padecido el hecho no puede por definición ejercitar la acción penal, lo que explica la existencia de preceptos como el artículo 281.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴⁵¹. Además, sobre el hecho de la muerte, la norma procesal penal se centra en la parte de la defensa, como aparece en el artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil». No encontramos un precepto similar para la otra persona que ha intervenido en el hecho eventualmente delictivo, esto es, para la víctima, que también puede convertirse en parte activa en el proceso a través del mecanismo de la acusación particular. Ello viene motivado por el hecho de que su fallecimiento no extingue la acción penal. Volveremos más adelante sobre dicha cuestión y sobre el entendimiento que haya de darse a lo dispuesto en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴⁵².

Por su parte, la norma procesal penal –hasta la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del tribunal del jurado, que mediante su Disposición Adicional Primera lo derogó–, definía en su artículo 761 el término ofendido. Así, señalaba que se entiende por tal «aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito». Sin embargo, esta definición se consideró imprecisa e incorrecta¹⁴⁵³, dado que dicho término quedaba así más relacionado con la acción civil que con la penal, y este lugar ya lo había ocupado el vocablo perjudicado. En relación con la figura del perjudicado, si bien la doctrina no muestra duda a la hora de encuadrar al perjudicado como aquel sujeto que sufre las consecuencias económicas del hecho delictivo, no encontramos esta claridad conceptual en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, en ocasiones, parece que se equiparan los términos ofendido y perjudicado¹⁴⁵⁴. Quizá, como ha señalado la doctrina, ello sea debido a que habitualmente coinciden en una misma persona, quien sufre el perjuicio penal y el perjuicio civil¹⁴⁵⁵. Si se utiliza la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (antiguo artículo 761), habría de concluirse que perjudicado (y

1451 El artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exceptúa de cumplir con la obligación de prestar fianza: «2.º En los delitos de asesinato o de homicidio, el viudo o viuda, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, los colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado, los herederos de la víctima (...)».

1452 Concretamente, en este capítulo IV apartado IX epígrafe 3.1.

1453 ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, p. 555. Un sector de la doctrina ha entendido que dicha supresión fue debida a que el legislador se dio cuenta de su improcedencia. Así, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 45.

1454 En este sentido, el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala lo siguiente: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras (...); y, también el artículo 761 de la norma procesal penal, cuando dice así: «1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite. 2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, el Secretario judicial instruirá al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. (...)».

1455 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., p. 72; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 46.

no ofendido) será quien padece, de modo indirecto, la consecuencia dañosa del hecho delictivo¹⁴⁵⁶. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA se refería a dicha categoría incluyendo al sujeto titular de intereses extrapenales, circunscrito al ámbito de la acción civil¹⁴⁵⁷.

2.1. El fallecimiento de la persona agraviada sin presentación de la denuncia

Se plantean ciertas dudas en relación con los supuestos de infracciones penales perseguibles a instancia de parte en que el sujeto pasivo del hecho delictivo fallece, bien como consecuencia de éste bien por causas diversas. Los efectos lógicamente varían cuando la muerte se haya producido una vez presentada la correspondiente denuncia, pues ya no ostentará monopolio alguno en la esfera de la perseguibilidad.

En relación con lo señalado en el párrafo anterior, se deben distinguir dos tipos de situaciones. Por un lado, la falta de homicidio con imprudencia leve (art. 621.2 CP). Recordemos cómo el número 6 del mismo precepto exige la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, lo que no parece posible con respecto al supuesto contemplado en el artículo 621.2 de la norma penal. De nuevo se ha de traer a colación la Disposición Adicional Tercera del Código Penal¹⁴⁵⁸ que, si bien no resulta de fácil entendimiento, podría servir para solucionar el problema que se plantea en sede de incoación al hilo de lo dispuesto en el citado artículo 621 del texto penal¹⁴⁵⁹, permitiendo que sea el perjudicado quien remueva el obstáculo procesal existente.

Ahora bien, por otro lado, se ha de decidir, asimismo, lo pertinente en la esfera del resto de infracciones penales perseguibles a instancia de parte ante el fallecimiento de la persona agraviada, esto es, donde la muerte no es consecuencia lógica del hecho aparentemente delictivo cometido y donde no cabe aplicar la anterior disposición.

Por su parte, GIMÉNEZ SÁNCHEZ incluye a los herederos en el concepto de ofendido. La citada autora, a la hora de estudiar el radio de actuación de la acusación particular, ofrece una definición de ofendido amplia. Entendemos que la decisión tomada en ese punto tiene claras repercusiones en la esfera incoatoria. Así, el concepto amplio de ofendido manejado por la profesora GIMÉNEZ SÁNCHEZ abarca «tanto a la persona víctima directa del delito como a quienes, por muerte o incapacidad suya, le sucedan en sus derechos u ostenten su representación legal»¹⁴⁶⁰. Nos plantea ciertas dudas dicha extensión, dado que desvirtúa el ámbito

1456 GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 46.

1457 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, cit., pp. 256 y ss.

1458 Recordemos que la misma dice así: «Cuando, mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen».

1459 Además, téngase en cuenta que si bien el artículo 281.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite constituirse como acusación particular a los familiares más cercanos de la persona fallecida, en puridad se trata de dos cuestiones diversas, aunque íntimamente ligadas entre sí.

1460 GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., pp. 45, 46.

decisorio reservado, en principio, exclusivamente al sujeto pasivo del hecho delictivo (o a su representante legal). Tampoco se soluciona el problema eludiéndolo y acudiendo al razonamiento de que, con frecuencia, sólo la víctima conocía de la comisión de dicho hecho delictivo (así, en materia de libertad sexual, delitos contra la intimidad, etc.). Este argumento que no cabe desconocer, evita en nuestra opinión el posicionamiento en torno a lo que sucede cuando la persona agraviada ha fallecido antes de la presentación de la denuncia necesaria.

De acuerdo con nuestro criterio, en tales casos deviene imposible la persecución penal, dado que la facultad consistente en decidir sobre si se incoa o no el proceso penal no resulta transmisible: la ostenta, como norma general¹⁴⁶¹, la persona ofendida si ésta es mayor de edad, capaz y no desvalida, sin que en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas se pueda transmitir tal posibilidad, a diferencia de lo que sucede en los delitos privados a tenor de lo dispuesto en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello no obstante, la vía civil permanecerá abierta en estos casos, por lo que los perjudicados podrán reclamar la correspondiente indemnización ante los tribunales civiles.

2.2. La presentación de denuncia en las infracciones perseguibles a instancia de parte por personas ajenas al delito

La duda que se suscita resulta evidente, pues no es claro si en los casos de infracciones no perseguibles de oficio decae el deber de denuncia para todo aquel que tenga información sobre la posible comisión de un hecho con caracteres de delito (semipúblico) o, por el contrario, deberá producirse dicha puesta en conocimiento con independencia de que esta denuncia no produzca la incoación del proceso. Tales cuestiones no son meras especulaciones teóricas, sino que resultan de gran importancia práctica. Y es que, pese a que la primera reacción pudiera ser la de entender que no existe una obligación así, nos encontramos con algunos supuestos problemáticos, tendencia legislativa que ha ido en aumento en los últimos tiempos. Seguramente, ello sea debido a que a los cambios que en la esfera de la perseguibilidad se realizan en el articulado del Código Penal, se les ha de aplicar con posterioridad todo el entramado procesal penal, resultando finalmente tales reformas legales contradictorias, incongruentes o, cuanto menos, extravagantes.

En relación con la denuncia condicionante, se torna de especial interés la cuestión relativa a los sujetos ante quienes se puede presentar la *notitia criminis*, dado que está en juego la decisión sobre si cabe o no iniciar el correspondiente proceso. En este sentido, como ha diferenciado TORRES ROSELL, nos hallamos en un terreno en el que no resulta imprescindible la coincidencia entre aquellos sujetos receptores de la denuncia y los destinatarios de la misma¹⁴⁶². Recordemos que la citada autora entiende que cuando la denuncia se presenta ante la policía judicial o ante la fiscalía constituye una pre-denuncia, esto es, tiene naturaleza administrativa. En cambio, la denuncia que recibe el juez o magistrado entra en la categoría de acto procesal. Parece evidente

¹⁴⁶¹ Véase la excepción que supone lo dispuesto en el artículo 191.1 del Código Penal.

¹⁴⁶² TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 127 y ss.

que sólo los titulares de la potestad jurisdiccional deben decidir si procede la incoación procesal, al tratarse de un hecho con peculiaridades en el momento inicial del proceso.

Por ello, está fuera de toda duda una hipótesis tal que impusiera al ciudadano la carga de conocer el régimen en la órbita de la perseguibilidad de cada infracción penal. Pero, incluso, la propia policía carece de los conocimientos técnicos necesarios como para resolver este tema. Y, en último término, debe recordarse que el Ministerio Fiscal en la actualidad –dejando al margen el proceso de menores– no tiene entre sus funciones la dirección de la instrucción, con independencia de que para el procedimiento abreviado por delitos (art. 773.2 LECr.) se observe un atisbo de conversión del Ministerio Fiscal en instructor de la causa («practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido...»). Sin embargo, como dijera MUERZA ESPARZA, dicha intención inicial queda limitada por el propio legislador¹⁴⁶³, pues el precepto citado prevé a continuación la posibilidad de reiterar la denuncia ante el juez encargado de la instrucción.

Además, existe una segunda razón para cuestionar que en los casos de infracciones semipúblicas se haya de excluir del deber de presentación de denuncia a los sujetos que no configuran la categoría de la víctima (mayor de edad, capaz y no desvalida¹⁴⁶⁴). Y es que el Código Penal de 1995 ha previsto en ciertos casos de infracciones semipúblicas matizaciones a dicho régimen especial, estableciendo así a la excepción que representa la perseguibilidad a instancia, una ulterior salvedad, convirtiéndolas a aquéllas en ilícitos públicos. Concretamente, en las infracciones de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.2 CP), en los delitos societarios (art. 296.2 CP) y en los relativos al mercado y a los consumidores (art. 287.2 CP) encontramos una misma cláusula que establece que no será precisa denuncia (del ofendido o de su representante legal) «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas». En estos casos, tal como vimos al analizar los tipos penales que conforman la categoría de las infracciones perseguibles a instancia de parte, puede que no resulte sencillo determinar si el hecho puesto en conocimiento de la autoridad judicial afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas¹⁴⁶⁵. Ello significará que el proceso penal deberá incoarse como mínimo a los efectos de aclarar tan trascendental cuestión desde la óptica de la perseguibilidad. Y es que si concurriera alguna de las dos posibilidades detalladas en la norma penal (afectar a los intereses generales o a una pluralidad de personas), la denuncia (o querella) presentada por cualquier sujeto –incluido aquí el propio Ministerio Fiscal– debería ser admitida¹⁴⁶⁶, con lo que se produciría el inicio del correspondiente procedimiento criminal.

1463 MUERZA ESPARZA, *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, cit., pp. 50, 51.

1464 Nos limitamos a este supuesto, ya que cuando la víctima es menor de edad, incapaz o desvalida resultará facultado el Ministerio Fiscal, además del representante legal de aquélla (si es menor o incapaz).

1465 Concretamente, en el capítulo III apartado IV epígrafe 1.2.2 y apartado IX epígrafe 2.

1466 Lógicamente partimos del supuesto en que el hecho denunciado reviste caracteres de delito y la denuncia no se considera manifiestamente falsa.

Por último, no cabe olvidar que, como consecuencia de las investigaciones, varíe el tipo penal en el que pudieran tener cabida los hechos objeto del proceso, siendo así que podrían constituir una infracción penal pública y no una semipública.

2.3. Algunas peculiaridades existentes en los procesos por delito privado. La figura del acusador privado

Nos hallamos en el ámbito de la perseguibilidad a instancia de parte ante el único supuesto donde, a fin de entender removido el correspondiente escollo, se exige querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal (*ex art. 215.1 CP*) o, por emplear la terminología de la norma procesal, «querella privada» (*art. 105 LECr.*)¹⁴⁶⁷. En estos casos entendemos que no cabe efectuar una interpretación amplia en lo que respecta a la figura del acusador privado¹⁴⁶⁸. Y es que, de mantener dicha opinión en la esfera de los delitos privados, se produciría, por esta vía indirecta, una ampliación de la legitimación para entender removido el escollo previsto a través de la querella privada. No obstante lo anterior, se ha de tener en cuenta que no resulta frecuente en los delitos contra el honor la existencia de un perjudicado que no reúna la condición de titular del bien jurídico honor¹⁴⁶⁹. En otro orden de cuestiones, debe destacarse en el ámbito de los delitos privados la aparente, pero no pacífica, apertura como sujetos pasivos a las personas jurídicas. Lo anterior se halla indisolublemente ligado a la respuesta que se dé al interrogante de si tienen honor las personas jurídicas.

Las particularidades afectan, pues, no sólo al ámbito subjetivo, sino que entre las características más destacables de estos casos –que en lo referido a la preeminencia de la víctima comparten ciertas notas con las infracciones penales semipúblicas– destaca precisamente el elemento formal (la necesidad de querella) ya mencionado. Al respecto, el artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que las «acciones penales que nacen de los delitos de (...) calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal».

El otro caso en que la querella se convierte en el acto procesal requerido para entender superado el obstáculo previsto por la ley –con lo que la denuncia deviene insuficiente– se halla en el ámbito de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual cuando la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida¹⁴⁷⁰ (*art. 191.I CP*). Sin embargo, a diferencia de lo an-

1467 Se muestra especialmente crítico con la expresión «querella privada» MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», cit., p. 127.

1468 Cabría equiparar dicha situación a lo que sucede cuando se considera al perjudicado como acusación particular y no popular. Da cuenta de esta práctica en el foro, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional. III* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 15.ª ed., cit., p. 72, quien al respecto señala lo siguiente: «En sentido técnico preciso sólo debería poder actuar como acusador particular el ofendido por el delito, no el perjudicado por el mismo, quedando éste reducido a convertirse en acusador popular. Sin embargo, no es esto lo que viene ocurriendo en nuestra práctica judicial; los tribunales no se han percatado de la distinción y admiten regularmente como acusador particular al perjudicado».

1469 En este sentido, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 123.

1470 El Proyecto de Código Penal de 1994 no incluyó en este punto a la persona desvalida, lo cual resultó especialmente criticado por la doctrina penal. Sobre el particular, puede consultarse ALONSO RIMO, «Implicaciones

teriormente apuntado, en esta ocasión la referencia se realiza a la querella del Ministerio Fiscal (quien deberá, además, ponderar los legítimos intereses en presencia). El titular del bien jurídico protegido (o su representante) podría, a tal efecto, presentar denuncia.

Consecuentemente, en relación con la víctima, el instrumento de la querella sólo se ha previsto como obligatorio en la esfera de los delitos (privados) de calumnia e injurias. Téngase en cuenta, además, que tras la derogación expresa de la Ley 62/1978 mediante la Ley 38/2002, se ha producido una considerable ampliación de los supuestos que a día de hoy quedan integrados en los delitos privados. Durante la vigencia de aquella norma, la categoría de las infracciones penales privadas –que abarcaba sólo las calumnias e injurias contra particulares no realizadas por escrito y con publicidad– había sido calificada de «residuo delictual meramente formal»¹⁴⁷¹.

En los delitos privados el acto procesal de la querella hará coincidir en el tiempo el momento de la incoación y el de la adquisición de la condición de parte acusadora (acusador privado)¹⁴⁷². No nos parece, por tanto, suficiente la presentación de denuncia y el posterior empleo de alguno de los mecanismos existentes para mostrarse parte procesal activa (arts. 109 y 110 LECr.). Además, la acusación en esos procesos por delito privado resulta monopolio de dicho acusador privado¹⁴⁷³, dado que será el único que –en casos de víctimas mayores de edad y capaces– pueda integrar la posición activa¹⁴⁷⁴.

Y es que, en principio¹⁴⁷⁵, como establece el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Fiscalía no intervendrá¹⁴⁷⁶ al tratarse de una causa que el Código Penal reserva

de la perseguibilidad privada y del perdón en la esfera de los delitos contra la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal* (coord. Latorre Latorre), Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 266, 267.

1471 MUERZA ESPARZA, «Notas a la acusación privada», cit., p. 273.

1472 Y es que, como ya destacara ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., p. 534, en nuestro ordenamiento no sólo existen diferentes «clases» de acusadores (público, popular y particular), sino también diversos «tipos» de acusadores (públicos y privados) en función de la clasificación de las infracciones penales en públicas (y aquí incluye el autor, siguiendo a la jurisprudencia, las semipúblicas) y privadas.

1473 Éste es el sentido estricto de la expresión acusador privado, aun cuando en ocasiones el legislador se refiera al término acusador o querellante particular, incluyendo en el mismo al acusador privado (como botón de muestra, puede destacarse el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); en otros casos, el acusador privado ha de entenderse excluido (por ejemplo, en el artículo 105 de la norma procesal penal); mientras que, a veces, para referirse al acusador particular emplee la locución acusador privado (así, *v.g.* en el artículo 622.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Al respecto, véanse ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., pp. 551, 552; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional. III* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 15.ª ed., cit., p. 75.

1474 Además, téngase en cuenta lo dispuesto especialmente en los artículos 804-815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecen algunas particularidades aplicables a los procedimientos por delitos de injuria y calumnia contra particulares.

1475 Más adelante (capítulo IV apartado V epígrafe 2.4), analizaremos si ello resulta aplicable, asimismo, en los casos en que la víctima del delito de injuria o calumnia es un menor o incapaz.

1476 Recordemos, como destaca SERRA DOMÍNGUEZ, «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», cit., p. 726, que «independientemente de su función como parte, corresponde al Ministerio Fiscal la inspección de la instrucción». En relación con dicha función, JIMÉNEZ ASEÑO, *Derecho procesal penal*, vol. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, [1950?], pp. 37, 38, constataba que en la práctica judicial, de acuerdo con lo dispuesto actualmente en el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se producía esa inspección de la Fiscalía en los casos de delitos privados. Asimismo, JIMÉNEZ ASEÑO llegaba a idéntica conclusión con respecto al artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en el foro suponía que no se pasarían los

exclusivamente a la querella privada. Ahora bien, no obstante lo anterior, entendemos que en los procesos por delito de injuria o calumnia contra particulares con víctima menor o incapaz el Ministerio Fiscal podría en ciertos casos intervenir. Ello, a su vez, suscita la cuestión relativa a si será necesaria aquí también querella o, por el contrario, habría de aplicarse el régimen formal previsto para la Fiscalía en las infracciones penales semipúblicas con víctima menor o incapaz. Consideramos que nada impediría que en estos casos también, de modo semejante a lo que sucede en el resto de supuestos no perseguibles de oficio, la mera denuncia del Ministerio Público sirviera para remover el obstáculo existente. Además, cuando se ha querido insistir en la necesidad de querella en la esfera de la perseguibilidad a instancia, expresamente así se ha precisado en la norma penal (por ejemplo, en el art. 191.1 CP)¹⁴⁷⁷. Como excepción a la sincronización (incoación procesal + adquisición de la condición de parte acusadora) predicable de estos casos, destacan los supuestos en que el delito contra el honor se haya cometido contra una persona menor o incapaz.

Queda, asimismo, descartada la participación ciudadana mediante la institución de la acusación popular del ámbito de los procesos por delito privado. Y es que, a diferencia de la polémica suscitada en relación con las infracciones penales semipúblicas¹⁴⁷⁸, existe unanimidad sobre la exclusión de la acusación popular en los casos de injurias o calumnias contra particulares.

Por último, consideramos que las facultades atribuidas al acusador privado a la hora de poner fin al proceso por delito privado, constituyen la parcela más característica de esta figura y pueden reputarse una especie de reverso del monopolio que ostenta dicha figura en el mantenimiento de la acusación. Analizaremos más adelante las diversas opciones existentes en el ámbito de la conclusión del proceso penal por delito privado¹⁴⁷⁹.

autos para instrucción al Ministerio Fiscal. Como se puede observar, el término instrucción abarca varias acepciones, que analiza SERRA DOMÍNGUEZ, *ibid.* Volviendo a las cuestiones relacionadas con la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de los procesos por delito privado, nos gustaría poner de relieve algunas dudas que suscita su ausencia y que gráficamente recoge JIMÉNEZ ASENJO, *ibid.*, p. 37: «La solución parte de una premisa cierta: que el hecho perseguido es indiscutiblemente un delito privado. ¿Pero quién y cuándo se hizo semejante calificación con efectos vinculatorios para el tribunal y que aparta de su camino la acción predominante del Ministerio público? Puede argüirse que el juez instructor, desde el momento en que presentada una querella mantenedora de una acusación privada, no hace uso de su facultad de persecución inquisitiva del delito público posible que allí exista. Mas esta suposición es, desde luego, aventurada, y excesiva dado los poderes propios que informan la actividad del juez instructor. ¿Pero y si su criterio es erróneo e incluso negligente o apasionado, quedará imperseguido el delito público posible?». En parecido sentido se pronunciaba el profesor ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», cit., pp. 274, 275, en punto a la distinción de si un homicidio cometido por imprudencia, resultaba perseguible de oficio o precisaba la previa denuncia según que aquella fuera temeraria o simple.

1477 Se nos podría achacar que mediante esta línea argumental (como no se exige expresamente querella, al modo del artículo 191.1 del Código Penal, sería suficiente con la denuncia), cabría excluir la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiera intervenir en estos casos. Y es que el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene previsión alguna en relación con la intervención de la Fiscalía en los procesos por delito privado, con lo que pudiera entenderse descartada dicha opción por el legislador. Como analizaremos más adelante (en este capítulo IV apartado V epígrafe 2.4), en relación con el artículo 105 de la norma procesal penal ésta es la postura mantenida por GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 59 n. 154.

1478 Al respecto, véase en este capítulo IV apartado VI.

1479 Concretamente, en el capítulo IV apartado IX.

V. EL MINISTERIO FISCAL

1. La intervención del Ministerio Fiscal en infracciones penales públicas y semipúblicas

Según el artículo 124.1 de la Constitución, el «Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». Además, en desarrollo de lo preceptuado en el número tres de dicho precepto constitucional¹⁴⁸⁰, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguló el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En concreto, su artículo 3 ha fijado las funciones de la fiscalía, entre las que nos gustaría destacar las siguientes:

- (4) «Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda».
- (7) «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Téngase en cuenta la importante reforma que este apartado experimentó mediante la Ley 14/2003, pues hasta entonces dicho artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establecía lo siguiente: «Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos»¹⁴⁸¹.

En relación con las infracciones penales perseguibles a instancia de parte, debemos destacar el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fija los grandes regímenes aplicables en materia de ejercicio de la acción penal al Ministerio Público. Dicho precepto establece lo siguiente: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código

1480 El mismo dispone lo siguiente: «La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal».

1481 Obsérvese que este precepto, en principio referido al proceso civil, es el que constituye la base para justificar la intervención del Ministerio Fiscal en sede penal con víctimas menores, incapaces o desvalidas. Sin embargo, por un lado, tal consecuencia no se extrae necesariamente de la letra de la ley, pues parece que todo el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal estuviera dedicado a actuación de la Fiscalía en la esfera civil; y, por otro, en el proceso penal la actuación del Ministerio Público no queda imprescindiblemente asociada a la falta de representación. Con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley 14/2003, como botón de muestra, GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena, Cortés Domínguez y Almagro Nosete), Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 71, se refería, entre otros preceptos, a dicho artículo 3.7 a fin de fundamentar el papel del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal en tales casos; al respecto, puede consultarse, asimismo, la monografía de FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 478, 479.

Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad».

En esencia, el mencionado artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue resultando válido a la hora de concretar la actuación de la fiscalía en la órbita de las infracciones no perseguibles de oficio, tanto para las privadas como para las semipúblicas¹⁴⁸². Ahora bien, dentro de los tipos penales semipúblicos, la referencia que el precepto efectúa queda exclusivamente limitada a los «delitos contra la honestidad» y se señala que, tras la correspondiente denuncia de los «interesados», el Ministerio Fiscal deberá ejercitar la acción penal. La alusión a la honestidad deviene, por un lado, anacrónica, sobre todo cuando hace ya más de veinte años (a través de la Ley Orgánica 3/1989) que dicha referencia dejó de ser empleada en el texto penal. Pero, además, y lo que resulta aún de mayor trascendencia, el régimen previsto para tales casos se ha de extender a la totalidad de infracciones penales semipúblicas. Y es que, paradójicamente, nos encontramos con que cuestiones netamente procesales sólo encuentran acomodo legislativo actualizado en el Código Penal. Lo señalado no queda justificado bajo ningún punto de vista, dado que el texto penal vigente data de 1995 y desde entonces las diversas reformas habidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal han sido desaprovechadas para concordar el mencionado artículo 105 de la norma procesal con la perseguibilidad de los tipos penales. Con independencia de lo anterior, el artículo 105 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alude, en la esfera de las infracciones penales semipúblicas, a la denuncia –no del «interesado» sino– del Ministerio Fiscal cuando dichos hechos recaigan sobre personas desvalidas o faltas de personalidad.

En relación con los procedimientos por delitos privados, hemos de descartar cualquier actuación del Ministerio Fiscal, dado que al carecer de legitimación en dichos procesos no podrá en tales casos intervenir¹⁴⁸³. Lo apuntado parece que no plantea mayor dificultad en los supuestos en que la víctima es una persona mayor de edad, capaz y no desvalida. Dicha rotundidad, sin embargo, no puede ser mantenida en la esfera de las víctimas menores, incapaces o desvalidas.

Merece la pena destacar el criterio propuesto por GIMENO SENDRA a efectos de clasificar la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal¹⁴⁸⁴. Ahora bien, antes que nada, debe recalcar que la misma se centra en el papel que dicho órgano público

1482 En relación con estos últimos supuestos RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 117, considera que «la iniciativa del ofendido por el delito o de alguno de sus representantes es condición *sine qua non* para que el Ministerio Fiscal pueda ejercitar la acusación oficial».

1483 En sentido contrario se muestra el AAP Madrid n.º 864/2003 (Sección 23), de 12 de noviembre (JUR 2004\88806), [FJ 4.º], en un caso donde se discutía sobre la prescripción de un eventual delito de injurias, cuando señala lo siguiente: «la Sala no comparte el criterio del Ministerio Fiscal, mostrado al inhibirse de dar contestación al recurso, con la alegación de que la causa se ha incoado por un delito privado, porque, si bien es cierto que, al ser privado el delito no ha de intervenir, en el caso que nos ocupa lo que se está discutiendo es una cuestión de orden público, en la que, como defensor de la legalidad, consideramos que debería haber dado su parecer».

1484 Al respecto, véase GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 160-163, 190 y 191.

desempeña como parte procesal. Ello en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas podría, en principio, resultar insuficiente, pues olvida que a efectos de remover el correspondiente escollo también servirá la denuncia del Ministerio Público cuando la víctima es menor, incapaz o desvalida. Y es que, cualquiera que sea la posición mantenida en torno a si la denuncia supone o no ejercicio de la acción penal, dicha denuncia no convierte al citado órgano público en parte acusadora. No obstante lo señalado, dicha cuestión puede tener una importancia menor, pues, como analizaremos¹⁴⁸⁵, y el propio GIMENO SENDRA da cuenta de ello, el Ministerio Fiscal habitualmente se limita a la presentación de una denuncia –y no de la correspondiente querella– para constituirse en parte acusadora.

En concreto, el mencionado autor diferencia en el rol del Ministerio Público, por un lado, su faceta como parte acusadora; y, por otro, su función en el ejercicio de la acción civil. Nos interesa, especialmente, la primera categoría. Además, en la actuación del Ministerio Fiscal como parte acusadora, GIMENO SENDRA efectúa una ulterior distinción en materia de legitimación. Así, el Ministerio Fiscal tiene legitimación originaria e interviene como parte principal en la inmensa mayoría de casos. Sin embargo, dicha legitimación resulta derivada y representativa en los casos en que «el Ministerio Fiscal actúa en defensa de menores o de personas «desvalidas» (así, en las agresiones, acosos o abusos sexuales del art. 191 CP)». De lo señalado por GIMENO SENDRA, parece incluirse en el mismo saco el papel que dicho órgano público desempeña en la presentación de la denuncia, aun cuando todavía –sea cual sea la teoría de la acción manejada– no se haya convertido en parte acusadora.

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, ello puede deberse al escaso cumplimiento de lo exigido en el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece lo siguiente: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercitarán (...), en forma de querella, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105». De momento, dejamos ya formulada la cuestión a responder: ¿en la práctica de los tribunales, la (mera) denuncia del Ministerio Fiscal cuando la víctima es menor, incapaz o desvalida y los hechos denunciados tienen aparentemente cabida en una infracción penal semipública, convierte de manera automática a dicho órgano público en parte acusadora?

2. La denuncia del Ministerio Fiscal en casos de víctimas menores, incapaces o personas desvalidas

Como hemos aludido con anterioridad, el artículo 105 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresamente se refiere a la denuncia del Ministerio Fiscal en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas, cuando dichos hechos recaigan sobre «personas desvalidas o faltas de personalidad». En todos los casos en que la perseguibilidad queda en el Código Penal condicionada a la denuncia de la persona agraviada, el texto penal contempla, asimismo, la denuncia del Ministerio Público a los efectos de remover el correspondiente escollo. Para ello, hemos de estar ante una «víctima menor de edad, incapaz

¹⁴⁸⁵ Concretamente, en este capítulo IV apartado V epígrafe 5.2.1.

o desvalida». Además, se ha de resaltar que en el Código Penal de 1995 se ha producido prácticamente la uniformización de la cláusula empleada para estos casos¹⁴⁸⁶, a diferencia de lo que sucedía con el anterior texto punitivo. En concreto, con anterioridad a 1995 se podían encontrar las siguientes formulaciones que, como se observa, incluían diferencias relevantes en materia subjetiva:

- «Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se tratare de menores o incapaces» (art. 443.I CP anterior).
- «(...) El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal» (art. 487 CP anterior, que recogía el abandono de familia y, recordemos, que el impago de pensiones no se incluía entre las infracciones semipúblicas).
- «(...) El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuese de todo punto desvalida» (art. 563 *in fine* CP anterior en el ámbito de los delitos de daños).
- «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida» (como disposición aplicable a todas las faltas semipúblicas *ex* art. 602 CP anterior).

Como apuntábamos, el Código Penal vigente añade en todas las infracciones semipúblicas la denuncia del Ministerio Fiscal cuando la víctima es menor, incapaz o persona desvalida. Sin embargo, dicha previsión se ha puesto en tela de juicio en el ámbito de algunas infracciones semipúblicas, como por ejemplo en los delitos societarios¹⁴⁸⁷. Aun con todo, nos parece que como en algún caso –incluso en aquellas parcelas cuestionadas por la doctrina– pudiera tornarse de utilidad dicha fórmula, la previsión no está de más. Seguramente, a estos efectos, la redacción contenida en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta de mayor utilidad y evita el cuestionamiento de su conveniencia en tipos concretos. Por ello, echamos en falta –pese a que en este punto cabría con la redacción actual llegar a la conclusión señalada– la «puesta al día» del artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado el interés que reviste aglutinar en un único precepto la actuación del Ministerio Fiscal en la esfera del proceso penal.

1486 «Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal» (arts. 161.2, 201.1, 228, 287.1, 296.1 CP); «El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida (art. 267.II CP)»; «(...) también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida» (art. 639.I CP); «Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal» (art. 191.1 CP).

1487 Así, en relación con el supuesto de la persona desvalida, SILVA SÁNCHEZ, «Els delictes societaris en el Dret comparat, el Dret vigent i el nou Codi Penal», en *El Codi Penal de 1995: Part Especial*, Consejo General del Poder Judicial-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, [S.L], 1996, p. 74.

La cláusula que posibilita la denuncia del Ministerio Fiscal en ilícitos penales semipúblicos cuando la víctima es menor, incapaz o persona desvalida plantea diversas cuestiones de gran calado y complejidad que deben ser aclaradas. Desgraciadamente, este problema ha sido con frecuencia soslayado y no ha concitado toda la atención que, sin duda, merecía. Quizá ello sea debido a que nos hallamos en una materia en la que el mero hecho de detectar los puntos conflictivos cuesta cierto trabajo, pues las cuestiones a comentar con frecuencia se confunden y entremezclan entre sí. A tal efecto, consideramos que se debería arrojar luz en torno a los tres siguientes interrogantes¹⁴⁸⁸: ¿Quedan convertidas estas infracciones penales en públicas? ¿La intervención del Ministerio Fiscal resulta obligatoria o potestativa? ¿Se trata de una actuación principal o subordinada? Por último, debería responderse una cuarta pregunta que, a tenor de lo dispuesto en el Código Penal de 1995, incomprensiblemente no mereció la atención del legislador: ¿Qué ocurre en los delitos privados de injuria y calumnia cuando la víctima es un menor, incapaz o persona desvalida?

2.1. La no conversión en infracciones penales públicas

Nos hallamos ante un tema que tiene partidarios a favor de su consideración como infracciones penales públicas y literatura favorable a su encuadre entre las perseguibles a instancia de parte¹⁴⁸⁹. El encaje de estos casos entre las infracciones que contienen peculiaridades en materia de perseguibilidad permitirá modular con mayor facilidad tal intervención y, especialmente, resolver la importante cuestión relativa a la obligatoriedad o no de dicha actuación del Ministerio Público. Además, entendemos

1488 Resulta de enorme interés la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, de 1 de enero, [IV.E.1.º], que, en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 443.I del Código Penal derogado («Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se tratase de menores o incapaces») apuntaba las siguientes cuestiones que —aún hoy día y, además, con relación a la totalidad de infracciones penales semipúblicas— resultan de plena actualidad: «En cuanto al uso de esa acción de denuncia por el Fiscal, ha de concebirse más que como una facultad como una función, en cuyo ejercicio han de tenerse en cuenta no sólo los intereses públicos de la persecución del delito sino también los intereses personales del menor incapaz, al que ante todo viene obligado el Fiscal a tutelar, de modo que puede darse el caso de que tales intereses, bien por el impacto que en su formación pueda tener la celebración del juicio, bien por otras razones en que el beneficio para el menor esté a favor de la impunidad, aconsejen no denunciar. En caso de duda los Fiscales pedirán asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales en orden a ese punto, teniendo en cuenta que, como delito semipúblico, no estén en este terreno sometidos a la obligación que impone el art. 105 LECr. y sí en cambio a la defensa de los intereses del menor o incapaz (...). Es de tener en cuenta también que la facultad de denuncia del Fiscal *no es subsidiaria* a la de los otros representantes de los menores o incapaces que expresamente cita el art. 443 (...), como ocurre con estos últimos que habrán de hacerlo por «este orden», sino que la facultad del Fiscal es *alternativa* (el Ministerio Fiscal es citado disyuntivamente después de establecido el orden en que han de hacerlo otros representantes) y puede ser ejercida, aunque lo hayan omitido expresamente los demás representantes, cuando los intereses del menor o incapaz lo aconsejen y el Fiscal entienda que tales intereses no han sido debidamente atendidos por quien ejerce la patria potestad, tutela o guarda de hecho» [Cursiva añadida].

1489 Véanse, en este sentido, al hilo de la exposición de los delitos societarios (capítulo III apartado IX epígrafe 3.3), las diversas manifestaciones existentes.

definitivo como argumento el análisis de lo dispuesto en los artículos 201, 287 y 296 del Código Penal. Recordemos que, en materia de su perseguibilidad, estos tres preceptos son los únicos –tras distinguir en todos ellos en su primer número los supuestos en que la persona agraviada, su representante o el Ministerio Fiscal presenta la correspondiente denuncia– en que, acto seguido, se alude a la doble cláusula consistente en que «la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas». Téngase en cuenta que, en tales casos, «no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior». *A sensu contrario*, pues, cabe concluir que si el apartado 2 de los artículos 201, 287 y 296 establece la innecesariedad de la denuncia exigida en el apartado anterior y ello se relaciona con su conversión en delitos públicos, otra ha de ser la respuesta que se dé en punto a la naturaleza de la actuación del Ministerio Fiscal prevista en el apartado 1 de los tres preceptos mencionados. En consecuencia, parece que, en esos supuestos, dichos delitos no integrarán la categoría de las infracciones penales perseguibles de oficio. Consideramos que tal razonamiento deberá ser extendido al resto de los delitos y faltas semipúblicas, dado que el carácter que revista dicha denuncia ha de resultar en todos los supuestos idéntico.

2.2. La denuncia potestativa del Ministerio Público

En los casos en que la víctima entra en alguna de las tres categorías que venimos comentando la correspondiente denuncia no puede ser considerada como una actuación a realizar de manera preceptiva por la Fiscalía¹⁴⁹⁰. Y es que si así fuera, el hecho de que la persona agraviada fuera menor, incapaz o desvalida significaría, con respecto al resto de supuestos, la puesta en marcha en todo caso del proceso penal. Ello no guarda consonancia con la perseguibilidad a instancia prevista para esa misma infracción penal cuando la víctima reúne las características de mayoría de edad, capacidad y no desvalimiento.

Por ello, para no instaurar un régimen procesal más desfavorable para este tipo de víctimas –en cuanto que dota de una menor autonomía a dicho sujeto y a su representante legal– entendemos que la denuncia del Ministerio Fiscal en los supuestos analizados debe ser considerada como una actuación potestativa, que conllevará de forma necesaria una previa ponderación del Ministerio Público en torno a la conveniencia o no del comienzo de un procedimiento criminal. Con respecto al Código Penal derogado, el delito de daños previsto en el artículo 563, aludía expresamente a dicha cuestión, al establecer que el «Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuese de todo punto desvalida».

1490 En idéntico sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El delito de acoso sexual», cit., p. 320 n. 67; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 182; REBOLLO VARGAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), t. I, cit., p. 487; ESCOBAR JIMÉNEZ y DEL MORAL GARCÍA, «La violación: ¿Delito público o semipúblico? (Sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)», en *Actualidad Penal*, 1993-2, p. 505. De otra opinión se muestra GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), t. II, Trivium, Madrid, 1997, p. 2278.

2.3. El carácter principal de la actuación del Ministerio Fiscal

Se trata éste a buen seguro del aspecto que mayor atención ha generado tanto en la doctrina como en el foro. Concretamente, en la jurisprudencia menor se repite que la intervención del Ministerio Fiscal no se encuentra subordinada a la falta de representación legal, ni debe ser planteada de forma subsidiaria¹⁴⁹¹. En principio, nos mostramos de acuerdo con dicho posicionamiento. Sin embargo, consideramos que el mismo se ha de afinar aún en mayor medida. Ello se justifica, dado que en la práctica dicha cuestión deviene intrascendente a los efectos aquí analizados si el representante legal, cuando exista, se muestra favorable a la persecución de esos hechos en apariencia delictivos y presenta la correspondiente denuncia. Sólo, pues, cuando dicho representante no haya denunciado los hechos –y dejando ahora al margen los casos en que el menor o incapaz no tiene representación legal y los supuestos de personas desvalidas– será cuando la denuncia del Ministerio Fiscal revestirá interés en relación con la remoción del escollo existente en el ámbito de la perseguibilidad –dado que entendemos que no se trata de infracciones penales públicas.

Además, el dato de la no incoación del proceso por el ofendido o por su representante resultará una variable a tener en cuenta por el Ministerio Público a la hora de valorar sobre la procedencia o no de una eventual puesta en marcha del procedimiento penal. En consecuencia, antes de denunciar el Ministerio Fiscal, debería oírse siempre a la víctima o/y a su representante legal. Lo anterior nos lleva a la cuestión relativa a los supuestos de infracciones semipúblicas en que el Ministerio Fiscal podrá presentar denuncia. Y es que se ha de tener presente que dicha posibilidad no concurrirá únicamente cuando la víctima carece de representante legal, sino también cuando, existiendo dicha figura y no habiéndose producido denuncia alguna, el Ministerio Público considere preferible la persecución de tales hechos con apariencia delictiva.

En conclusión, consideramos que lo realmente importante en estos supuestos no es fijar si se trata de una facultad de denuncia escalonada o no, sino determinar que ha de concurrir una ponderación por parte del Ministerio Fiscal valorando los diversos intereses en presencia. En la misma se deberá oír –en función de sus características– a la víctima y, en su caso, a su representante legal. Ésta es a buen seguro la diferencia más importante con respecto a la denuncia que el Ministerio Fiscal haya de presentar en casos de infracciones penales públicas.

2.4. La intervención de la Fiscalía en las infracciones penales privadas

Resulta sorprendente¹⁴⁹² la ausencia de toda mención a la figura del Ministerio Fiscal en la esfera de los procesos por delito privado cuando la víctima es menor de edad o inca-

1491 Así, entre otras, véanse las siguientes resoluciones: SAP Córdoba n.º 51/2003 (Sección 2.ª), de 24 de marzo (ARP 2003\418), [FJ 1.º]; AAP Castellón n.º 474/2007 (Sección 2.ª), de 8 de noviembre (JUR 2008\77728), [FJ 2.º]; AAP Islas Baleares n.º 591/2007 (Sección 1.ª), de 18 de diciembre (JUR 2008\81566), [FJ Único].

1492 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 180, dice no comprender el tratamiento diferenciado concedido a estas víctimas en el ámbito de los

paz¹⁴⁹³. Dicha omisión se observa no sólo en el ámbito del artículo 215 del Código Penal, sino incluso en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que la norma procesal, en su artículo 105, si bien alude al papel desarrollado por el Ministerio Fiscal en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas¹⁴⁹⁴, no establece salvedad alguna, por razón de la víctima, a la excepción contenida en la esfera de la querella privada con respecto a la intervención del Ministerio Público, es decir, se echa a faltar una especie de excepción (actuación del Ministerio Fiscal) de la excepción (no obligación de la Fiscalía de ejercitar las acciones penales en los procesos por delito privado) en los supuestos de víctimas vulnerables.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER entendía que el Ministerio Fiscal podía actuar en los procesos por delito privado exclusivamente «para suplir la incapacidad de la víctima»¹⁴⁹⁵. En esta línea, precisando aún más la cuestión, DEL MORAL GARCÍA considera que, en los procesos por delito privado en que existe una falta de representante legal o se produce una contradicción de intereses con el mismo, el Ministerio Fiscal quedará facultado para actuar en representación de la víctima hasta tanto recaiga el nombramiento del defensor judicial¹⁴⁹⁶. Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ realizó las siguientes afirmaciones críticas en relación con quienes admitían la actuación del Fiscal para suplir la incapacidad de la víctima: «tienen que reconocer (...) lo excepcional del supuesto, su limitado alcance y que su intervención no es como postura de acusador en los delitos públicos, sino como representante de un particular y en una situación provisional que sólo puede justificarse por el breve plazo de prescripción de los delitos contra el honor. En este caso se exigirá al Ministerio Fiscal, como tal representante, querella iniciante, el acto de conciliación¹⁴⁹⁷ y una constante actividad para no hacer presumible el abandono de la acción»¹⁴⁹⁸. Entre quienes niegan una tal

delitos privados con respecto a lo establecido en los supuestos de infracciones penales semipúblicas. Sin embargo, quizá se entienda si se tiene en cuenta que en el Código Penal derogado no se contenía alusión alguna tampoco al representante legal. En este sentido, el artículo 467.III de la norma penal anterior establecía lo siguiente: «Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II de este libro». El artículo 4.1 de la Ley 62/1978 enmendó dicho olvido (entendemos nosotros) y añadió la referencia al representante legal, bien es cierto que en estos casos bastaba denuncia para la remoción del escollo existente en el ámbito de la perseguibilidad.

1493 Podríamos entender, aun con ciertas dudas, la exclusión del supuesto de la persona desvalida, dado que se trata de un concepto un tanto impreciso, pero creemos que la ausencia en los otros dos supuestos anteriormente citados no encuentra justificación alguna. Por su parte, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 180, extiende la conveniencia de dicha cláusula también a los casos de víctimas desvalidas.

1494 Recordemos que la literalidad del precepto sigue haciendo referencia a los delitos contra la honestidad.

1495 VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, «La legitimación activa en los delitos semipúblicos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, pp. 618, 619. Parece sumarse a dicha posición ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., pp. 556, 557.

1496 DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 130.

1497 Véase, en relación con esta cuestión, lo señalado en el capítulo IV apartado II epígrafe 4.2.2.5.

1498 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso penal por delito privado*, cit., pp. 42, 43.

intervención, cabe citar a GIMÉNEZ SÁNCHEZ, quien justifica su opinión en el sentido de que «el legislador de la Ley procesal quiso ser claro con el tenor literal del art. 105 LECrim»¹⁴⁹⁹.

En nuestra opinión, dicha actuación del Ministerio Público deberá ser potestativa y se habrá de valorar la conveniencia de la misma. Y es que se ha de recordar que el ejercicio exclusivo de la acción civil puede resultar otra vía a explorar en tales casos. Además, bajo nuestro punto de vista, a estos supuestos se deberán aplicar las notas que analizamos con respecto a la denuncia a presentar por el Ministerio Fiscal en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas con víctima menor de edad, incapaz o desvalida¹⁵⁰⁰.

3. La denuncia del Ministerio Fiscal y la concurrencia de alguna de las tres categorías de víctima. Especial consideración del supuesto concerniente a la persona desvalida

En primer lugar, lo señalado en relación con los menores o incapaces con carácter general resulta aplicable, asimismo, en la esfera de la denuncia del Ministerio Fiscal. Por ello, para la concreción de ambas categorías nos remitimos a lo ya expuesto en este mismo capítulo¹⁵⁰¹. Al hilo de lo anterior y con carácter previo al estudio de la tercera de las categorías de víctima –la de la persona desvalida– que permiten al Ministerio Fiscal la válida incoación del proceso penal en casos de infracciones semipúblicas, consideramos de interés incidir en el siguiente aspecto: la denuncia del Ministerio Público se aplicará tanto en aquellos casos no perseguibles de oficio en que la víctima sea menor o incapaz y tenga su representante legal, como cuando no exista éste.

El ya mencionado artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señala que corresponde a la Fiscalía «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Dicho precepto suscita diversas cuestiones de interés. Y es que, por un lado, resulta ciertamente forzado entender que la segunda parte del mismo es aplicable a los cuatro órdenes jurisdiccionales. Ello se justifica, sobre todo, si se tiene en cuenta que este número fue reformado y reducido su (anterior) radio de actuación¹⁵⁰² mediante la Ley 14/2003, cuya Exposición de Motivos (II) señalaba lo siguiente: «Se consagra en esta reforma la actuación del Minis-

1499 GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 59 n. 154.

1500 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.

1501 En concreto, véase el capítulo IV apartado IV epígrafe 1.2.1.

1502 Recordemos que con anterioridad a la modificación de 2003, dicho artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establecía lo siguiente: «Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

terio Fiscal en los procesos civiles cuando esté comprometido el interés social o afecten a menores, incapaces o desvalidos, (...)». Pero, por otro lado, dicho artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal queda en principio limitado a los supuestos en que no exista representante, por lo cual no abarca el conjunto de casos en que la denuncia del Ministerio Fiscal sirve para iniciar el proceso penal por infracción semipública, ya que esta posibilidad existirá con independencia de que el menor o incapaz tenga representante legal.

El entendimiento que haya de darse a la víctima desvalida se presenta como la labor más complicada en esta esfera. En relación con la misma, cabe ya adelantar que no existe consenso sobre aquello que haya de ser incluido en tal categoría y, además, se observa entre los autores que han abordado la cuestión posiciones en gran medida antagónicas. Como aproximación inicial, cabe destacar que la categoría del desvalimiento se ha de vincular con casos en que la víctima del hecho delictivo carece de representante legal. Sin embargo, lo anterior permitiría dos lecturas, una restrictiva y otra más amplia.

Así, desde un planteamiento *sensu stricto*, podemos hallarnos ante un supuesto en que la víctima no sea menor de edad ni incapaz, lo que obligará a fijar cuándo existe dicho desvalimiento y, en consecuencia, la denuncia del Ministerio Fiscal por hechos que pueden conformar las infracciones penales semipúblicas servirá para incoar el proceso. Sin embargo, en un entendimiento más extenso, también podría considerarse que entran en la categoría de «persona desvalida» aquellos casos en que la víctima es un menor o incapaz que carece de representación y que, hasta tanto se provea, la misma será asumida por el Ministerio Fiscal. Ahora bien, el mantenimiento de una tesis como la expuesta en segundo lugar puede sembrar cierta confusión, pues quedarían incluidos en un mismo saco supuestos en que la víctima es menor o incapaz (pero no tiene representante o, aun teniéndolo, no actúa) junto con otros casos¹⁵⁰³. Como se puede observar, la delimitación del propio concepto plantea serios problemas.

Al respecto, y adelantando ya nuestra posición, preferimos la adopción de una tesis estricta donde la expresión persona desvalida abarque únicamente supuestos distintos al de la víctima menor de edad o incapaz. Todo ello, además, con independencia de que en estos dos supuestos exista representante legal y, en su caso, de la actuación que el mismo pudiera realizar. Y es que, desde un entendimiento estricto como el que se propone, cabe distinguir casi tantos conceptos como autores han abordado la cuestión. Se detecta, incluso, distintas opiniones en torno a la conveniencia de dicha actuación del Ministerio Fiscal, lo

1503 Parecían decantarse por un entendimiento *lato* algunos preceptos del Código Penal anterior, que, por su interés, pasamos a reproducir: Artículo 563: «Los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe exceda de 30.000 pesetas, serán castigados con la pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas.

Cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación el artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio. Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado y, en su defecto, de sus herederos o representante legal. *El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuese de todo punto desvalida*»; artículo 602: «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal. *El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuese de todo punto desvalida. (...)*» [Cursiva añadida].

que indudablemente influirá en la configuración del propio concepto de desvalimiento. Intentaremos exponer en las próximas líneas las distintas posiciones existentes sobre dicha cláusula. A tal efecto, procederemos al análisis desde las tesis más amplias para, a continuación, estudiar las más estrictas o limitadas. En cualquier caso, se ha de tener presente que el objetivo perseguido es el de concretar los supuestos –además de cuando la víctima es menor o incapaz– en que la denuncia del Ministerio Público ante hechos aparentemente constitutivos de infracciones penales no perseguibles de oficio tendrá efectos semejantes, en relación con la remoción del obstáculo en materia de perseguibilidad, a los de la denuncia del sujeto pasivo.

A. Algunas posiciones amplias

Nos parece de utilidad traer a colación la definición ofrecida en el diccionario de la Real Academia Española, dado que la misma ha podido resultar fuente de inspiración de algunas de las posiciones manejadas en la literatura científica. Concretamente, la primera acepción del adjetivo desvalido(a) según la Real Academia Española de la Lengua alude al «desamparado, privado de ayuda y socorro». Rápidamente se observa la extensión del concepto, lo que permitirá su modulación y adaptación a situaciones diversas.

Antes de exponer algunas de las interpretaciones otorgadas al concepto de desvalimiento, debe remarcarse que la doctrina ha insistido en la dificultad existente a la hora de concretar dicho concepto, dada su indeterminación¹⁵⁰⁴. Como botón de muestra de las tesis amplias mantenidas por los autores que han abordado la cuestión, nos gustaría en primer lugar destacar la de ARMENTEROS LEÓN. Este autor entiende por tal al «sujeto que por determinadas circunstancias se encuentra en una situación de indefensión. Esto puede ocurrir con personas con enfermedades psíquicas o físicas que no reúnan las características (...) que configuran la incapacitación por su levedad o por su carácter no persistente o con personas de edad avanzada o discapacitadas que no se encuentran en condiciones de defender por sí solas sus intereses y derechos»¹⁵⁰⁵. Por su parte, SALOM ESCRIVÁ considera que el concepto de desvalido «equivale al de desamparado, de persona que es incapaz de valerse por sí misma, necesitando de la ayuda de terceros para hacer valer sus derechos bien sea debido a su falta de medios económicos o a sus carencias personales o familiares que sin llegar a poder considerarle como incapaz a efectos penales justificarían la intervención del Ministerio Fiscal para su protección»¹⁵⁰⁶. Se trata, pues, de una definición que recuerda a la de la Real Academia antes reproducida.

En el ámbito de los delitos de abandono familiar, GARCÍA ARÁN –relacionando el entendimiento amplio con la interpretación que efectúa del bien jurídico protegido en esos casos– se muestra partidaria de una interpretación generosa de la categoría de persona des-

1504 Así, entre otros, se han referido a esta cuestión ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, cit., p. 294; DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 24.

1505 ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, cit., p. 294.

1506 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 129.

valida¹⁵⁰⁷. Según GONZÁLEZ RUS, cabe reputar personas desvalidas «las que están faltas, por inexistencia o por abandono real, de otras que velen por ellas o por sus intereses, las que carecen de medios económicos para afrontar la iniciación del proceso o, incluso, de conocimientos que les permitan valorar la infracción de la que han sido objeto»¹⁵⁰⁸. Por su parte, FERNÁNDEZ TERUELO considera como tal a «aquella que, por cualquier circunstancia, se ve imposibilitada de un modo absoluto para presentar la denuncia»¹⁵⁰⁹. En parecido sentido, MARCOS AYJÓN se refiere a la idea de la imposibilidad para denunciar por el motivo que sea. Como dicha idea excede del concepto previsto en los artículos 199 y siguientes del Código Civil, pero también del artículo 25 del texto penal, acude a la categoría de persona desvalida. Por ello, en su opinión, conformará el concepto de persona desvalida el agraviado, cuando, por la razón que sea, resulte materialmente incapaz para formular una denuncia y ello aunque no exista una declaración formal que así lo indique¹⁵¹⁰. DEL ROSAL BLASCO entiende que «una persona desvalida, por oposición al concepto de incapaz, habrá de serlo aquella que, no siendo incapaz, carece, sin embargo, de recursos económicos propios o de ayuda ajena para emprender la defensa de sus intereses»¹⁵¹¹. Por último, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC extienden dicha categoría a «todo ciudadano desamparado por cualquier motivo o causa (v.gr. edad, situación económica, jurídica, extranjeros, etc.) ... como también a los menores de edad e incapaces en proceso de tramitación de nombramiento de representante legal. Además, se ha de extender a supuestos donde el Ministerio Público aprecie discrepancias entre el representado y su representante legal, o bien, estime una mala gestión de este último, ya que en ambos casos comportaría una auténtica situación de desamparo. Por consiguiente, la Ley contiene un concepto material y no formal de «persona desvalida»»¹⁵¹².

1507 Según GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», cit., pp. 23, 24, «las razones tradicionales en las que se fundamentaba la exigencia de denuncia en los clásicos delitos de abandono de familia se basaban en la necesidad de proteger a la familia como institución, que podía resultar destruida o violentada como tal si intervenía el Derecho Penal en la exigencia de los deberes familiares. Por tanto, según tal planteamiento, la protección de la institución prevalece sobre la lesión de los derechos de sus miembros. Pues bien, tanto en el abandono de familia del art. 226 CP como en el impago de pensiones del art. 227, una de dos: o se protegen bienes jurídicos personales auténticamente esenciales y la perseguibilidad pública de los hechos no debería encontrar ningún obstáculo o predomina la protección de la institución familiar y el incumplimiento de una deuda económica (a la que empuja la exigencia de denuncia) y tales hechos no deberían estar recogidos en el Código Penal.

Puesto que creo debe mantenerse la interpretación basada en el bien jurídico tantas veces aludida y para no detenerme en la simple crítica al texto, entiendo que el concepto de «persona desvalida» en relación a la actuación del Ministerio Fiscal (art. 228) debe interpretarse generosamente en el sentido de permitir la intervención pública en los supuestos de auténtico abandono que, en todo caso, son los únicos que hemos considerado dignos de la intervención penal».

1508 GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.ª ed., cit., p. 566.

1509 FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., p. 148.

1510 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 653.

1511 DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., p. 79.

1512 CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), vol. I, cit., p. 1010.

B. Hacia una tesis más limitada

En nuestra opinión, las anteriores posiciones pecan de cierta laxitud, que, *de facto*, pueden dejar convertidas dichas infracciones, teóricamente semipúblicas, en perseguibles de oficio por razón de la víctima. Se constata, además, que se trata éste de un ejemplo más¹⁵¹³ en que el legislador en el ámbito de la perseguibilidad a instancia opta por un criterio flexible que le exime de tener que ofrecer una definición concreta.

Pero volvamos a nuestro tema de análisis. El entendimiento laxo comentado no se desprende necesariamente del texto penal, con lo que consideramos de interés el intento de limitar –aun a sabiendas de la complejidad que conlleva– el sentido que haya de darse a la expresión persona desvalida. Y es que el legislador perfectamente podría haber establecido para estos casos que tales infracciones resulten perseguibles de oficio, cosa que en ninguno de los delitos y faltas semipúblicos realiza, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los artículos 201.2, 287.2 y 296.2 del Código Penal cuando el delito afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas, donde se establece que «no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior». Ahora bien, ello no exime de crítica en cuanto a la vaguedad con la que se han formulado también estos últimos supuestos.

No consideramos, en consecuencia, una buena técnica legislativa la consistente en acudir a instrumentos tan flexibles¹⁵¹⁴ que puedan admitir interpretaciones en un sentido y en el contrario, como sucede con la categoría de la persona desvalida. A la hora de abordar la restricción de la cláusula de la persona desvalida, nos parecen sugestivos los dos siguientes criterios. En primer lugar, según el prisma de análisis que aporta DE LA RÚA MORENO, se desprende su preferencia por una concepción restrictiva de dicha expresión, lo que significará «calibrar hasta qué punto carece de posibilidades para acceder a deducir el requisito de la denuncia dada la extrema flexibilidad en que ésta puede efectuarse según la normativa reguladora prevista en los arts. 259 y ss LECr.»¹⁵¹⁵. Asimismo, en segundo término, nos parece interesante para restringir al máximo la interpretación de tan vaga e indefinida cláusula, la propuesta que efectúa ALONSO RIMO. Dicho autor excluye, acertadamente, de los argumentos que justificarían la actuación en estos casos mediante denuncia del Ministerio Fiscal, el de la falta de recursos económicos. Y es que la denuncia como acto que conlleva la incoación procesal «no requiere ningún tipo de esfuerzo dinerario»¹⁵¹⁶.

1513 Otros ejemplos en que cabría alegar idéntico argumento son los siguientes: a) el sentido que deba darse a las cláusulas que convierten en públicas las infracciones previstas en otro caso como semipúblicas «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» (arts. 201.2, 287.2 y 296.2 CP); b) el supuesto en que se permite la querrela del Ministerio Fiscal en el ámbito de los delitos sexuales, al señalarse escuetamente que dicho órgano público «actuará ponderando los legítimos intereses en presencia» (art. 191.1 CP).

1514 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 179, quien señala lo siguiente: «Se trata, pues, de un complemento de los dos términos anteriores que, a modo de expediente subsidiario, aspira a no dejar flecos a través de los cuales se pueda deslizar en este contexto una vulneración del derecho constitucional a la *tutela judicial efectiva*» [Cursiva en el original].

1515 DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 24.

1516 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 179. Somos conscientes de que ALONSO RIMO emplea dicho argumento para justificar, precisamente,

Entendemos que existe un evidente riesgo de sustitución de la voluntad de la persona agraviada mayor de edad y capaz que, en principio, ha optado por la no denuncia. Por ello, nos mostramos de acuerdo con la posibilidad de que el Ministerio Fiscal se interese en conocer las razones que han llevado a la víctima a su inacción e, incluso, informe a ésta del derecho que tiene en sede de incoación del proceso, por si desconociera tal posibilidad. Pero nos cuesta trabajo admitir supuestos en que la voluntad de una persona mayor de edad capaz –con la acepción amplia (aunque limitada al ámbito médico) que reviste la incapacidad *ex* artículo 25 del Código Penal– quede reducida a la nada en casos en los que a tenor de las previsiones del texto penal cabría precisamente pensar que el criterio seguido ha sido el contrario.

En el fondo nos parece que nos hallamos ante una especie de «fraude de etiquetas», acudiendo a un argumento de carácter tutelar (para asegurar lo mejor para la víctima), por el que se consigue ampliar el ámbito de las personas facultadas en orden a incoar el proceso penal por una infracción en principio considerada como semipública por el legislador en casos en que la víctima reúne las categorías de la mayoría de edad y de capacidad.

Además, téngase en cuenta que no cabe descartar la posibilidad de que el proceso penal se incoe en algunos casos, pensando que se trata de unos hechos que constituirán una infracción penal pública y, sin embargo, como resultado de la instrucción realizada, se excluya dicha perseguibilidad de oficio. Siendo ello posible, entendemos que debe dejarse entonces en manos de la víctima, insistimos, mayor de edad y capaz, la decisión en torno a la continuación del proceso penal. En cambio, la denuncia del Ministerio Fiscal por entender que se trata de una persona desvalida extraería del ámbito de esta última la decisión en punto a continuar con el proceso.

4. La «investigación» de la Fiscalía en sede de incoación del proceso por infracciones penales semipúblicas cuando la víctima es menor de edad, incapaz o persona desvalida

Tras el análisis de las complejidades que plantea en este punto la delimitación de los supuestos en donde cabe la actuación del Ministerio Fiscal –aun en contra de la voluntad de la persona agraviada–, se ha de concretar el trámite procedimental en el que cabrá insertar

lo contrario a lo que mantenemos, esto es, dicho autor se muestra favorable a la no restricción de la circunstancia del desvalimiento a la exclusiva falta de medios económicos. ALONSO RIMO llega incluso (*ibid.*, n. 165) a plantearse si dicha cláusula pudiera incluir, aun reconociendo lo forzado de la misma, «a las víctimas fallecidas, y colmar de esta forma la falta de previsión legal que concurre en estos casos para que se pueda iniciar de oficio el proceso penal». En esta línea parece pronunciarse, asimismo, MONTÓN REDONDO, «Algunas reflexiones que nos sugiere el Código Penal de 1995 sobre competencia y legitimación», cit., p. 953, en relación con la falta semipública de homicidio por imprudencia leve. Estamos de acuerdo con el problema que plantea dicho supuesto. Sin embargo, en nuestra opinión, deben restringirse al máximo los casos que queden incluidos en la expresión persona desvalida que posibilitará, a su vez, la denuncia del Ministerio Fiscal como mecanismo que remueve el escollo existente, dejando así de lado la decisión de la víctima, aun siendo ésta una persona capaz y mayor de edad.

las diligencias que hubiera de realizar la Fiscalía al objeto de adoptar su decisión. Ello deviene consecuencia de que, como hemos señalado con anterioridad¹⁵¹⁷, se trata de una decisión potestativa en la que se deberá efectuar una ponderación sobre la conveniencia de su intervención. Dicha decisión del Ministerio Público, además, deberá poder ser controlada judicialmente, para lo cual será preciso que los motivos que han llevado a la presentación de denuncia por parte del Ministerio Fiscal consten por escrito.

4.1. Existencia de una doble vía legal

Siguiendo a SALOM ESCRIVÁ¹⁵¹⁸, dos son las vías que puede seguir la Fiscalía a fin de decidir sobre la presentación de la denuncia en aquellos casos de infracciones penales semipúblicas en que la víctima es menor, incapaz o desvalida¹⁵¹⁹. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, como regla general, los delitos que integran la categoría de las infracciones penales semipúblicas entran en el ámbito penológico del procedimiento abreviado. Para este tipo de juicio, el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla las diligencias que el Ministerio Fiscal podrá realizar a fin de formarse una opinión en torno a lo ocurrido y a sus eventuales autores: «Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos».

Según el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. Además, «el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar co-

1517 Concretamente, en el capítulo IV apartado V epígrafe 2.2.

1518 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 129.

1519 En relación con el concepto de persona desvalida, DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», cit., p. 24, señala que «por su grado de indeterminación precisará de una inicial preinvestigación para constatar la situación de desamparo en que se encuentre (...)». En consecuencia, parece que para DE LA RÚA únicamente procederá dicha investigación previa al objeto de concretar si concurre el supuesto de desvalimiento. Esto es, de sus palabras no queda claro si la actuación del Ministerio Fiscal se dará de manera automática siempre que la víctima «carezca de posibilidades para acceder a deducir el requisito de la denuncia» o no.

nocimiento del contenido de las diligencias practicadas». La duración de tales diligencias será limitada y «habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el apartado Cuatro del artículo Diecinueve del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado». Dicho precepto continúa así: «Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella, a menos que resultara procedente su archivo». Entre los delitos incluidos en dicho artículo 19. Cuatro del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que permitirán la ampliación del plazo de las diligencias a realizar por la Fiscalía, se hallan las siguientes infracciones semipúblicas: los delitos (l) relativos al mercado y a los consumidores; y, los (m) societarios.

La segunda de las posibilidades es la prevista en el artículo 5 *in fine* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que señala lo siguiente: «También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye». A diferencia del mecanismo anterior, estas diligencias preprocesales, como destaca SALOM ESCRIVÁ, no quedan sometidas a plazo ni exigen la audiencia de la persona contra la que podría seguirse el eventual proceso penal que se incoara¹⁵²⁰.

4.2. La audiencia a la víctima menor, incapaz o desvalida como elemento común a ambas vías

Las dos opciones mencionadas tienen en común la audiencia de la víctima. Dicho aspecto, a aplicar en cualquiera de los tres supuestos de víctima menor, incapaz o desvalida, nos parece ineludible, independientemente de la existencia de representante legal. Eso sí, en caso de existir éste debería oírsele también. Dicha audiencia de la víctima y, en su caso, de su representante legal, guarda ciertas semejanzas –pese a que en este caso será el fiscal ante quien se realice– con la previsión existente en el ámbito del perdón, en donde el juez deberá, *ex* artículo 130.5.^{o1521} del Código Penal, oír antes al ofendido.

La necesidad de tal audiencia queda establecida así a modo de garantía y permitirá en el caso de la denuncia a presentar por el Ministerio Fiscal cuando la infracción penal semipública ha sido cometida sobre un menor, incapaz o persona desvalida, la formación lo más exacta posible de la voluntad de la víctima y, en su caso, del representante legal. Por ello, consideramos que nos hallamos ante un mecanismo ulterior de comunicación, si bien limitado a ciertos tipos de víctimas, para informarle a ésta (cuando existan dudas sobre la existencia de una situación de desvalimiento) o a su representante legal en torno a la posibilidad de presentar denuncia; sobre la posibilidad de convertirse, en su caso, en parte acusadora; para averiguar las razones por las cuales no han querido denunciar la víctima o su representante legal, etc.

¹⁵²⁰ SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 129.

¹⁵²¹ A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, pasará a ser el artículo 130.1.5.º del Código Penal.

4.3. La ponderación a realizar por parte del Ministerio Fiscal

Aun cuando no se establece de manera clara que en estos casos el Ministerio Fiscal deba efectuar una valoración en torno a la conveniencia de su actuación, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la única referencia que a tal efecto hallamos. En concreto, nos referimos al artículo 191.1 del Código Penal, que establece lo siguiente: «Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal».

Consideramos que la ponderación de los legítimos intereses en presencia, prevista, en principio, para los casos en que la víctima no entra en alguna de las categorías «menor de edad, incapaz o una persona desvalida», se ha de extender a los supuestos en que concurre dicha circunstancia en la víctima y, en consecuencia, se torna suficiente con la presentación de la denuncia del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, dichas tres posibilidades (víctima menor, incapaz o persona desvalida), cuyo ámbito de aplicación abarca la totalidad de las infracciones penales semipúblicas, acarrearán algunos matices en el ámbito de la ponderación a realizar por el Ministerio Fiscal. Así, en primer lugar, nos parece que en los casos en que la víctima es menor o incapaz y siempre que exista representante legal, la negativa de este último a fin de que se persiga la infracción penal semipública habrá de ser respetada¹⁵²². Consideramos que lo único que deberá comprobar el Ministerio Fiscal es que su voluntad no estuviera viciada. Incluso cuando la decisión del representante haya sido tomada más pensando en su beneficio que en el de su representado, difícilmente cabrá que el Ministerio Público modifique dicha decisión negativa y estime más favorable la opción de la incoación del proceso penal.

Se podría alegar que la indemnización que pudiera resultar como consecuencia del ejercicio de la acción civil *ex delicto* podrá perderse de no sustanciarse el correspondiente procedimiento criminal. Pero tampoco es correcta dicha aseveración, pues la reclamación ante un juez civil, a buen seguro, consistirá en una vía menos traumática para dicho sujeto. Y es que lo único que deberá probarse será la existencia de un hecho y que el mismo ha ocasionado unos daños. El proceso civil, por ello, le permitirá la reparación (cuanto menos en el plano económico) de los daños sufridos.

En aquellos casos en que no exista la figura del representante, como sucede en la situación prevista en el artículo 299 bis del Código Civil¹⁵²³, la ponderación que haya de realizar la Fiscalía adquiere singularidad propia. Aun así, dudamos mucho de que se trate de una comparación a realizar con dos elementos a un mismo nivel, pues el interés de la persona

¹⁵²² Partimos del supuesto en que entre el representante y el representado no existe un conflicto de intereses (art. 163 Ccivil). Dicho conflicto se plantearía, por ejemplo, en el caso de que el imputado por un delito semipúblico contra la indemnidad sexual resultara el propio representante legal y la víctima de dicho hecho fuera el menor o incapaz representado.

¹⁵²³ En concreto, dicho precepto establece lo siguiente: «Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. (...)».

cuya representación y defensa asuma el Ministerio Fiscal resultará el objeto más importante de tutela. De ser esto así, parece claro que la sustanciación de un proceso penal con la victimización ulterior que acarrea para quien ya sufrió el hecho delictivo (victimización secundaria), no puede considerarse la mejor manera de velar por el bienestar de esa persona con independencia, por tanto, de la gravedad del hecho en cuestión.

Quizá por ello, la situación que puede generar más problemas a la hora de la presentación de una eventual denuncia por parte del Ministerio Fiscal es la de la existencia de una persona desvalida como víctima. Y es que, como señalábamos¹⁵²⁴, la fórmula cae en la indefinición, contraria a la taxatividad requerida, a lo que se ha de añadir que en tales casos no existe representación legal. Con más razón si cabe en este supuesto, deberá concluirse que la voluntad negativa de la víctima (desvalida) en punto a la incoación de la maquinaria penal, siempre que haya sido emitida de forma libre y con la información necesaria acerca de la significación de lo que supondría el comienzo del proceso, deberá ser respetada por el Ministerio Fiscal.

4.4. El posterior control judicial sobre la decisión de denunciar del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal deberá motivar las razones por las que, excepcionalmente, considera procedente presentar la correspondiente denuncia ante un proceso por infracción penal perseguible a instancia de parte. Debemos tener en cuenta, además, que ello puede suceder, en algunos casos, en contra de la voluntad del representante legal de un menor o incapaz; y, en otros, siendo la víctima mayor de edad y capaz, si entra en opinión del Ministerio Público en la vaga categoría de persona desvalida, lo cual debería, asimismo, ser justificado¹⁵²⁵.

A tal efecto, el órgano judicial deberá, *a limine litis*, analizar, entre otras cuestiones, no sólo la apariencia de delito del hecho y la comprobación de que el mismo puede tener encaje en un tipo penal semipúblico, sino, además, la justificación que ofrezca el Ministerio Fiscal en materia de la procedencia de su denuncia (o querella). Como ha destacado GARBERÍ LLOBREGAT, en estos casos la víctima o su representante legal podrá oponerse a dicha iniciativa del Ministerio Fiscal¹⁵²⁶.

En conclusión, consideramos de aplicación a los casos de menores, incapaces y personas desvalidas lo que se dirá en las próximas líneas con relación al otro supuesto contemplado en

¹⁵²⁴ Concretamente, en este capítulo IV apartado V epígrafe 3.

¹⁵²⁵ Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos+delitos societarios): aspectos procesales», cit., p. 3, considera que «la petición de incoación del proceso por parte del fiscal habrá de incorporar una fundamentación específica sobre la concurrencia de alguna o algunas de dichas circunstancias en la víctima del delito, pues, de lo contrario, si al juez de instrucción no le queda claro desde el principio que se encuentra en el caso en presencia de este régimen excepcional, deberá denegar sin más la solicitud del Ministerio Público. También la persona ofendida por el delito, claro está, podrá oponerse a la iniciativa del Ministerio Fiscal, instando al efecto el archivo o sobreseimiento de las diligencias, si considera que en sí misma no concurre ninguna de las situaciones taxativamente establecidas por la norma (...)».

¹⁵²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos+delitos societarios): aspectos procesales», cit., p. 3.

el artículo 191.1 del Código Penal. Dicha previsión posibilita la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal cuando la víctima de una agresión, abuso o acoso sexual es una persona mayor de edad, capaz y no desvalida, ponderando –eso sí– los legítimos intereses en presencia.

5. La querrela del Ministerio Fiscal en el ámbito de los delitos sexuales

5.1. La novedad de la cláusula legal

El Código Penal de 1995 ha abierto, por vez primera¹⁵²⁷, la puerta al Ministerio Público, a fin de que en aquellos delitos semipúblicos contra la libertad sexual con víctima mayor de edad, capaz y no desvalida pueda este órgano, tras ponderar los legítimos intereses en presencia, incoar el procedimiento sin necesidad de la previa denuncia o querrela del ofendido. En concreto, el texto penal dispone al respecto lo siguiente en su artículo 191.1: «Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal».

Con anterioridad, hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 3/1989, parece que cabía sostener en el ámbito de los delitos contemplados en el artículo 443 del Código Penal entonces vigente¹⁵²⁸, la existencia de control judicial del perdón conferido por víctimas mayores de edad capaces (párrafos IV y V del art. 443 del Código Penal anterior) –aun cuando tal redacción no pudiera ser considerada absolutamente concluyente, interpretación esta última que parecía confirmarse tras la lectura de lo dispuesto en el art. 112.5.º del mismo texto¹⁵²⁹–. De mantener tal posibilidad de control judicial del perdón también para víctimas mayores de edad y capaces, dicha previsión guardaría ciertas notas comunes con

1527 Por su parte, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 184, encuentra en el anterior Código Penal un precedente de la facultad prevista para el Ministerio Fiscal en el artículo 191.1 del vigente texto penal. En concreto, el delito de abandono de familia previsto en el artículo 487 del Código Penal derogado incluía la siguiente cláusula en materia de perseguibilidad: «El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal». Según ALONSO RIMO, dicha última referencia se trataba de una facultad «(...) no restringida a una tipología concreta de víctima (que no había de ser entonces –o, al menos, no necesariamente– menor, incapaz o desvalida)». En nuestra opinión, sin embargo, dicho «en su caso» debía ser entendido en clave restrictiva, limitado a aquellos casos en que el Ministerio Fiscal interviniera en el ejercicio de su función «tutelar».

1528 En concreto, dichos IV y V del artículo 443 del Código Penal anterior establecían lo siguiente: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal».

1529 El mencionado artículo 112 del Código Penal, que mantuvo su redacción hasta la entrada en vigor del nuevo texto penal, decía así: «La responsabilidad penal se extingue:

la fórmula actualmente contenida en el artículo 191.1 del Código Penal, dado que parece –insistimos, con las cautelas apuntadas– que se somete a fiscalización pública la decisión vinculada a la perseguibilidad –en punto a la finalización (artículo 443 del texto penal derogado) o al inicio (artículo 191.1 del vigente Código Penal) del proceso– de la víctima mayor de edad y capaz.

Y es que como apunta MARCOS AYJÓN¹⁵³⁰, se ha de descartar la posibilidad de que la referencia a la «querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia», pueda ser interpretada como una cláusula aplicable en todos aquellos casos en que la víctima necesita de la actuación de su representante legal, esto es, básicamente en supuestos de minoría de edad o de incapacidad. Por ello, no cabe entender dicha previsión como alternativa a la intervención del representante legal. Esta exégesis debe ser rechazada, pues dejaría sin sentido lo establecido a continuación en el propio artículo 191.1 del Código Penal que contempla expresa y específicamente la intervención del Ministerio Fiscal para aquellos casos en que la víctima es menor, incapaz o desvalida. De lo dispuesto en el mencionado artículo 191.1 cabe, pues, concluir que en el ámbito de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual la querrela del Ministerio Fiscal se torna en instrumento válido –independientemente de la condición de la víctima¹⁵³¹– a fin de remover el escollo existente.

5.2. La necesidad de la querrela del Ministerio Fiscal y su posible flexibilización

5.2.1. La intrascendencia de la distinción entre denuncia y querrela en el caso del Ministerio Fiscal: Regla general y excepción

En principio, la diferencia existente en el plano de los efectos cuando se presenta una denuncia y cuando se interpone una querrela se extiende a los supuestos en que el sujeto de dichos actos procesales es el Ministerio Público. Y es que la redacción del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece que no permite otra solución: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercitarán también, en forma de querrela, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105».

5.º Por perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado.

En los delitos contra menores o incapacitados, el Tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal».

1530 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 654.

1531 En este mismo sentido, véase MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 654.

Sin embargo, como han puesto de manifiesto, entre otros, MARCOS AYJÓN¹⁵³² y GIMENO SENDRA¹⁵³³, en la práctica forense dicha previsión queda frecuentemente incumplida. Según este último autor, a partir de 1897 se impuso la tesis en el Ministerio Público de que también podía la Fiscalía presentar denuncia y comparecer posteriormente como parte acusadora¹⁵³⁴. La opinión del profesor SERRA DOMÍNGUEZ resulta más matizada, al considerar que no existe inconveniente en la presentación de denuncia en aquellos casos en que el Ministerio Fiscal no posea datos suficientes para la interposición de la querella¹⁵³⁵. Y es que, según RAMOS MÉNDEZ, dicha exigencia de querella resulta absolutamente desproporcionada¹⁵³⁶.

Pareciera, pues, que el único supuesto donde la exigencia de la querella del Ministerio Fiscal se torna insoslayable es en el ámbito de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual. Ello se basa en la distinción que, en función de la condición de la víctima, efectúa el artículo 191.1 del Código Penal. Ahora bien, cabe plantearse si en tales casos también resulta posible la «edulcoración» de dicho requisito formal. Esto es, ¿la presentación del escrito que contenga las conclusiones provisionales convalida o subsana la ausencia de querella del Ministerio Fiscal en un delito semipúblico contra la libertad sexual con víctima mayor de edad, capaz y no desvalida?

Al respecto encontramos en el foro, con relación a un mismo caso, posiciones de signo contrario. Así, en opinión del Ministerio Público, «la falta de querella del Ministerio Fiscal (...), podía considerarse convalidada por el mantenimiento de su escrito de conclusiones, de la misma manera que la jurisprudencia ha considerado que la omisión de la denuncia de la víctima es convalidable por actuaciones posteriores, como su declaración sumarial o su

1532 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 655, donde gráficamente señala lo siguiente: «si el Ministerio Fiscal se limita a interponer denuncia, no se producen las mismas consecuencias que si la denuncia es formulada por cualquier ciudadano, ya que el Ministerio Fiscal es parte en todos los procesos penales abiertos para la represión de delitos, salvo los que el CP reserva exclusivamente a la querella privada (art. 105 LECr.). Por lo tanto, la consecuencia práctica de que el Ministerio Fiscal formule querella o interponga denuncia para la persecución de los delitos contra la libertad sexual, es idéntica y no se comprende el motivo de su diferenciación».

1533 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 190.

1534 Por su parte, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 166, 167, entiende que en el fondo se trata, más que de una denuncia, de una querella oral. Y es que «el Ministerio Fiscal, a la vez que denuncia, solicita, acto seguido, del Juez Instructor la realización de determinadas diligencias, facultad esta última reservada exclusivamente al querellante (...). Las necesidades de economía, rapidez y de evitar formulismos innecesarios (...) han conducido en el orden doctrinal a explicar la naturaleza jurídica de tal práctica en una denuncia (...) y en una posterior comparecencia del mismo como parte. Pero esta distinción no sucede realmente en la práctica forense, puesto que el Ministerio Fiscal denunciante se comporta como parte (v. gr. solicitando la realización de diligencias)».

1535 SERRA DOMÍNGUEZ, «El Ministerio Fiscal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, p. 645.

1536 RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 120, quien sobre el particular señala lo siguiente: «Tradicionalmente se ha dado excesiva importancia a la querella como vehículo de expresión de la acción penal. De ahí que se haya exigido hasta la exageración la forma de querella para el ejercicio de las acciones penales, incluso las del Ministerio Fiscal (art. 271 LECr.). Tal concepción es absolutamente desproporcionada. Para iniciar una investigación sumarial basta por regla general la *notitia criminis* (...). Véase, asimismo, ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», en *Código penal de 1995* (coord. Ignacio Serrano Butragueño), Comares, Granada, 1999.

calificación»¹⁵³⁷. En nuestra opinión, sin embargo, resulta preferible un entendimiento más estricto y considerar insoslayable el acto formal de la querella para entender salvada la exigencia procesal prevista en el artículo 191.1 del Código Penal¹⁵³⁸. Dicho posicionamiento se basa en la diferencia existente entre el régimen establecido para las víctimas de infracciones penales semipúblicas cuando son menores, incapaces y personas desvalidas (según el propio n.º 1 del art. 191 CP «basta la denuncia del Ministerio Fiscal»), y el concebido en los delitos contra la libertad sexual perseguibles a instancia de parte cuando la víctima no entra en ninguna de las categorías anteriores («será precisa ... querella del Ministerio Fiscal»). Entendemos, pues, que la letra de la Ley no invita a otra solución. Además, esta querella necesariamente deberá contener la ponderación requerida en el artículo 191.1 del Código Penal. Una posición semejante es la mantenida por la Audiencia Provincial de La Rioja, cuando considera que «no cabe entender subsanada esta falta por la posterior actuación del Ministerio Fiscal, presentando escrito de conclusiones provisionales, cuando en el caso de la promoción por medio de querella (que no se ha presentado) exige también el precepto sustantivo que se actúe «ponderando los legítimos intereses en presencia», referencia a la que se ha hecho caso omiso en el procedimiento y por la propia acusación pública»¹⁵³⁹.

Lo anterior enlaza, asimismo, con la preeminencia que la voluntad de la persona (plenamente capaz) titular del bien jurídico vulnerado en las infracciones penales semipúblicas ha de tener. De este modo, la exigencia de querella en estos casos se puede considerar como una especie de barrera formal; y, la ponderación de los legítimos intereses en presencia otro «plus» más a cumplir por el Ministerio Público. Esta última valoración deberá ser incorporada a la querella¹⁵⁴⁰.

5.2.2. La querella del Ministerio Fiscal: Un supuesto de legitimación sucesiva

Otro aspecto relevante sobre el particular es el de la existencia o no de algún tipo de jerarquía entre el ofendido y el Ministerio Fiscal a la hora de incoar el procedimiento en estos casos. Así, GONZÁLEZ RUS afirma que la decisión final reside en el Ministerio Público, quien si lo estima conveniente, interpondrá la correspondiente querella, pues entiende dicho autor que tal interpretación se desprende de la propia redacción del precepto penal «denuncia (...) o querella».¹⁵⁴¹ En esta línea, CANCIO MELIÁ señala que «no se trata de una

1537 Argumento empleado por el Ministerio Público –precisamente sería el contenido de la última (3.ª) de las consideraciones efectuadas por la Fiscalía para justificar su recurso–, tal como recoge la STS n.º 637/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de abril (RJ 2002\4950), [FJ 1.º].

1538 De idéntica posición se muestra GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal español (Para Agentes de la Autoridad, Criminólogos y no Juristas en general)*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 130.

1539 SAP de La Rioja n.º 136/2002, de 8 de agosto (JUR 2002\279733), [FJ 2.º] que puso fin a la instancia, tras la casación y anulación a través de la STS n.º 637/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de abril (RJ 2002\4950) del AAP de La Rioja n.º 115/2000 (Sección Única), de 14 de julio (ARP 1000\2859).

1540 En el caso de que se omitiera la ponderación exigida por el artículo 191.1 del Código Penal al presentar la querella, consideramos que se debería conceder un plazo al objeto de poder subsanar dicha deficiencia procesal.

1541 GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 59, p. 367.

atribución *escalonada* de la facultad de iniciar el procedimiento (...), sino *alternativa*, es decir, por un lado –mediante denuncia–, el agraviado (...), o, por otro, –mediante querella–, el Ministerio Fiscal»¹⁵⁴². La profesora FUENTES SORIANO se adhiere a un entendimiento tal, pues, ante la inactividad de la víctima, su voluntad «puede, perfectamente, ser suplida por la actuación del Ministerio Fiscal; ésta, no obstante, habrá de revestir, necesariamente, la forma de querella que se interpondrá previa ponderación de los intereses en presencia. Según ello, la voluntad de la víctima de no denunciar podrá ser relevante (a efectos de ponderar los tales intereses en presencia) pero no decisiva en lo que a la iniciación del procedimiento se refiere»¹⁵⁴³.

A nuestro entender, debería, en primer término, tenerse en cuenta la voluntad de la víctima, pues, pese a la inclusión de la cláusula comentada, habría de concedérsele cierta relevancia a la decisión de la persona ofendida, para acto seguido, «subsidiariamente», y teniendo en cuenta aquélla, proceder a la ponderación exigida por mandato legal. Bien es cierto que podría alegarse que cuando el legislador pretende establecer un orden excluyente, así lo indica. Como botón de muestra, cabe traer a colación la redacción existente en el ámbito de los delitos sexuales para remover válidamente el escollo previsto con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1995¹⁵⁴⁴. El artículo 191.1 del texto penal actual, en cambio, sitúa en un mismo nivel la denuncia de la persona agraviada (o de su representante legal) y la querella del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, nos resulta preferible otorgar la iniciativa a la víctima¹⁵⁴⁵, máxime teniendo en cuenta la interpretación que se propone en el epígrafe siguiente sobre el sentido que debe atribuirse a la cláusula «ponderando los legítimos intereses en presencia». Por su parte, el profesor ORTIZ BERENGUER, inicialmente, se mostraba partidario de dicha tesis al señalar lo siguiente: «A quien corresponde en primer lugar interponer la denuncia es al agraviado y si éste no está en condiciones de hacerlo, a su representante legal o al Ministerio Fiscal, por este orden. Cuando el ofendido, plenamente imputable, acuerde no denunciar los hechos no pueden suplirle los otros. Aun cuando nada se diga al respecto, resulta obvio que es al titular del bien jurídico a quien compete tomar la decisión sobre si denuncia o no, por ser el titular y porque es a él a quien van a afectar muy directamente las con-

1542 CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632 [La curativa es del autor]. En este sentido, también ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 176, 184, 286. Sin embargo, este último autor, tal como analizamos en el siguiente epígrafe (5.3), dota de un contenido restrictivo a la cláusula analizada al relacionar la misma con el fundamento de los mecanismos de perseguibilidad a instancia de parte.

1543 FUENTES SORIANO, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir. Hurtado Pozo), Lima-Friburgo (Suiza), 2001, p. 280.

1544 En concreto, el artículo 443.I del Código Penal derogado disponía lo siguiente: «Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se tratase de menores o incapaces». Rápidamente se observa la cláusula «por este orden», que no afecta a la actuación de la Fiscalía.

1545 Aun cuando en nuestra opinión dicha intervención del Ministerio Fiscal no puede ser considerada alternativa, sino subsidiaria a la de la víctima, coincidimos con las razones aportadas por FUENTES SORIANO. En consecuencia, puede que la divergencia sea, más que de fondo, terminológica.

secuencias de su resolución en el ámbito de su intimidad, sobre todo»¹⁵⁴⁶. Sin embargo, el citado autor, en un trabajo posterior, matiza la posición mantenida con anterioridad: «La redacción dada al artículo 191 mejora notablemente la del antiguo artículo 443, pero introduce algún problema, concretamente en lo que hace a la intervención del Ministerio Fiscal, pues aun cuando, en principio, parece que a quien corresponde en primer lugar interponer la denuncia es al agraviado y si éste no está en condiciones de hacerlo, a su representante legal o al Ministerio Fiscal, por este orden; de suerte que cuando el ofendido, plenamente imputable, acuerde no denunciar los hechos no pueden suplirle los otros, es lo cierto que el tenor literal del precepto permite otra lectura: que el fiscal puede querellarse aunque no haya denuncia del ofendido, «ponderando los legítimos intereses en presencia»»¹⁵⁴⁷.

5.3. Análisis de la cláusula legal que ordena ponderar «los legítimos intereses en presencia»

5.3.1. Algunas posiciones doctrinales existentes sobre el particular

En primer lugar, MONTALBÁN HUERTAS expone distintos supuestos en los cuales la citada intervención del fiscal se torna sumamente relevante¹⁵⁴⁸. Así, tanto cuando la víctima mayor de edad no denuncie por desconocimiento de sus derechos, por pudor o vergüenza, como cuando presentada la correspondiente denuncia decida retirarla¹⁵⁴⁹, la mencionada autora se decanta por la conveniencia de dicha incoación del proceso por parte de la Fiscalía, siempre que ello no suponga a la víctima un daño moral equiparable al que ya le ocasionó el hecho ilícito o cuando el interés público a proteger prime sobre el privado de la persona ofendida (por ejemplo, en casos de reincidencia o habitualidad del agresor). Sin embargo,

1546 ORTS BERENGUER, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 974, 975.

1547 ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Vives Antón, Boix Reig, Carbonell Mateu y González Cussac), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 267.

1548 Véase MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 65. Mantuvimos una posición en esta línea en el trabajo «Régimen procesal de los delitos semipúblicos contra la libertad sexual», cit., p. 315, donde consideramos al respecto lo siguiente: «(...) conviene matizar oportunamente los supuestos en los que cabe la referida intervención del Ministerio Público, ya que la iniciación procesal por esta vía resulta subsidiaria a la actuación de la víctima y no ostenta un carácter general. En nuestra opinión, este supuesto podría quedar reservado para aquellos casos en los que a pesar de no mostrar el ofendido interés por el proceso, al no presentar la oportuna denuncia o no interponer la correspondiente querrela, la incoación del procedimiento no suponga una victimización secundaria de excesiva intensidad para el ofendido. Un segundo supuesto en el que cabría dicha posibilidad sería aquél en que existiera un interés público prevalente en la referida persecución (supuestos de reincidencia, etc.). Un entendimiento del tenor referido, en relación con la cláusula habilitante al Ministerio Fiscal para la incoación del procedimiento en estos supuestos, permitiría cohonestar el interés personal del ofendido con los intereses públicos en juego». Sin embargo, como intentaremos justificar en el epígrafe siguiente (5.3.2), esta tesis resulta, aun con todo, excesiva y precisa de una ulterior restricción.

1549 Práctica ciertamente frecuente en el quehacer forense, que, sin embargo, no encuentra acomodo legal.

y en opinión de un sector doctrinal¹⁵⁵⁰, ello no significará la desaparición del carácter semipúblico de las agresiones, acoso y abusos sexuales, ya que la utilización de dicha posibilidad por el Ministerio Público deberá ser, en todo caso, excepcional¹⁵⁵¹.

Mediante la ruptura en este tipo de delitos semipúblicos del monopolio que en sede de incoación del proceso ostentaba el ofendido hasta la introducción del actual Código Penal, se pretendería erradicar los chantajes a los que la víctima podría verse sometida¹⁵⁵². Tal como posteriormente será analizado¹⁵⁵³, la ausencia de efectos jurídicos del perdón en los delitos semipúblicos que venimos estudiando –para algunos de estos tipos penales ya desde la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 8/1983, y, definitivamente, para todos ellos, tras la Ley Orgánica 3/1989–, manteniendo el monopolio del ofendido en la incoación del procedimiento, propició la posibilidad de extorsión a la persona ofendida en el momento de interposición de la denuncia, como destacara GONZÁLEZ MONTES¹⁵⁵⁴.

La citada cláusula introducida por el Código Penal de 1995 no ha pasado desapercibida. En este sentido, un sector de la doctrina destaca que, en casos excepcionales, sí que puede resultar de utilidad dicha incoación del proceso por parte del Ministerio Público. En concreto, CANCIO MELIÁ considera positiva la reforma habida, pues al Ministerio Fiscal se le exige, por una parte, la presentación de querrela –no es suficiente con denuncia–, y, por otra, se hace necesaria una ponderación en la cual primen los intereses de la víctima¹⁵⁵⁵. Sin embargo, una aplicación abusiva de dicha posibilidad priva de la naturaleza semipública a las agresiones, acoso y abusos sexuales, convirtiéndolos así en delitos públicos. Aun con todo, encontramos posiciones más amplias, como la de LATORRE LATORRE, quien entiende que el Ministerio Fiscal deberá ponderar los legítimos intereses en presencia, esto es, la intimidad y la persecución del delito¹⁵⁵⁶.

A diferencia de las posturas doctrinales expuestas, ALONSO RIMO ha configurado un paradigma argumentativo para intentar encontrar una justificación ciertamente restringida a la

1550 Véase, en este sentido, MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», cit., p. 65; y, CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632.

1551 Frente a esta opinión, véase GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal español (Para Agentes de la Autoridad, Crimínólogos y no Juristas en general)*, 2.ª ed., cit., p. 130, quien considera que ello convierte a dichas infracciones en figuras de complicado encaje: «Novedad importante con relación a estos delitos es que el Ministerio Fiscal (...) puede instar la perseguibilidad independientemente del ofendido, ponderando los legítimos intereses en presencia (lo que dicho así, por obvio, puede resultar ofensivo), presentando la correspondiente querrela, expresión que no indica que el delito sea privado, lo que es imposible porque los delitos privados excluyen precisamente la presencia del Ministerio Público, sino que el delito deja de ser privado o semipúblico, para pasar a ser público, en consonancia con la moderna tendencia a castigar más gravemente los delitos sexuales, pero dependiendo de criterios de oportunidad su persecución, lo que hace difícilmente clasificable este supuesto (...)».

1552 Una de las razones por las cuales se rechazó la operatividad del perdón en los delitos contra la libertad sexual fue, precisamente, para evitar que la víctima pudiera resultar objeto de «mercadeo».

1553 Concretamente, en este capítulo IV apartado IX epígrafe 3.

1554 GONZÁLEZ MONTES F., «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», cit., p. 86.

1555 Véase CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632.

1556 LATORRE LATORRE, *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, p. 125.

cláusula que venimos comentando. Y es que el mencionado autor relaciona la fórmula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal con el fundamento de los mecanismos de perseguibilidad a instancia de parte¹⁵⁵⁷. Por el interés que contiene la propuesta desarrollada por ALONSO RIMO, destacaremos algunos de los puntos que nos parecen más relevantes de su teoría. Y es que si bien en un principio pudiera parecer que dicho estudio nos aleja del análisis de la concreta cláusula prevista en el artículo 191.1 del texto penal, como el propio autor aduce, ello finalmente conducirá a la interpretación de la ponderación de los legítimos intereses a realizar por el Ministerio Fiscal en casos de víctimas mayores de edad y capaces (no desvalidas).

Como punto de partida de su posición, ALONSO RIMO acude a uno de los argumentos tradicionalmente alegados a la hora de justificar las excepciones existentes a la perseguibilidad de oficio. Nos referimos, en concreto, a lo que él denomina la tesis del interés prevalente. Dicha teoría considera que en algunos supuestos integrados en la perseguibilidad a instancia, entre los que incluye a los delitos sexuales, existe una pugna de intereses contrapuestos, que habitualmente se dividen en dos bloques: por un lado, el del Estado en la persecución y, en su caso, castigo de los hechos aparentemente delictivos; y, por el otro, el de la víctima consistente en la no investigación de tales supuestos. El sistema procesal penal se basa en la preferencia por dicho interés estatal que posibilita la persecución de aquellos comportamientos que, por ser considerados los más lesivos para la sociedad, han quedado incluidos en el Código Penal.

En cambio, entre los argumentos empleados para justificar las infracciones perseguibles a instancia de parte se encuentra el de la preeminencia de la voluntad contraria de la víctima para iniciar el correspondiente proceso ante un hecho con aparente encaje en un tipo penal. Y es que entre los intereses en juego se considera, en ciertos casos, predominante el de la víctima, que –para no ver lesionados otros bienes altamente preciados como pueden ser su intimidad, su bienestar psicológico, etc., relacionados con la victimización experimentada como consecuencia del propio proceso penal y de todo lo que lo rodea (declaración policial...)– puede preferir la no persecución de tales hechos. En estos casos, la preferencia general por el interés estatal queda postrada a un lugar secundario.

Habitualmente el interés de la víctima suele considerarse de índole privado, con lo que, según la teoría que venimos comentando, saldría victorioso el interés privado sobre el público. Tal conclusión le resulta insatisfactoria a ALONSO RIMO, quien muestra su desacuerdo con la clásica configuración privada del interés de la víctima en estos supuestos¹⁵⁵⁸. En su opinión, el interés individual de la persona titular del bien jurídico lesionado no puede considerarse antónimo de lo público, esto es, lo individual no se contrapone a lo público. Por el contrario, aporta como argumento a favor de su posición el de que los bienes de carácter individual resultan los más relevantes desde el punto de vista de la generalidad y, en consecuencia, serán éstos los bienes cuya lesión comporte una mayor dañosidad social¹⁵⁵⁹. De esta forma, ALONSO RIMO pone fin a la tradicional crítica consistente en entender que

1557 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 185.

1558 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 384-386.

1559 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 385.

los mecanismos de perseguibilidad a instancia de parte convierten a la justicia penal en un instrumento de carácter privado.

En relación con los riesgos ínsitos en las infracciones penales perseguibles a instancia de parte, destacan de manera muy especial los relativos a las presiones y amenazas que puede sufrir la víctima, dado el monopolio que se le ha conferido en punto a la incoación procesal. A fin de evitar estos inconvenientes, ALONSO RIMO conceptúa la cláusula del artículo 191.1 del Código Penal de manera restrictiva. Entiende así que se trata de una fiscalización pública en torno a la existencia de vicios de la voluntad a la hora de decidir sobre la incoación del proceso penal. En concreto, reproduciendo literalmente las palabras del referido autor en relación con la fórmula contenida en el artículo 191.1 del texto penal, «la iniciativa pública deberá quedar restringida a los supuestos en que se detecten factores que vicien la voluntad del agraviado –por la presión ejercida sobre él por parte del agresor o su familia– y a aquellos otros en que la renuncia a la intervención punitiva de la víctima no obedezca a la necesidad de tutela de determinados derechos fundamentales de la misma (su intimidad o su bienestar psicológico), sino a otros motivos (dinerarios principalmente) que se aparten de la repetida finalidad garantista»¹⁵⁶⁰. Merece ser destacada, asimismo, la extensión que, *de lege ferenda*, propone ALONSO RIMO de la cláusula prevista en el artículo 191.1 del Código Penal a otras infracciones no perseguibles de oficio que tengan como base la existencia de la aludida confrontación de intereses¹⁵⁶¹.

Aun cuando no estemos abordando el estudio del perdón, no nos resistimos a mencionar ya la idea que sugiere ALONSO RIMO –que, seguramente, obedece a la misma finalidad que la conferida a la fórmula del artículo 191.1 del Código Penal– consistente en ampliar el control judicial previsto en el ámbito de las víctimas menores de edad, capaces y desvalidas a cualquier tipo de persona agraviada, independientemente, por tanto, de sus concretas características¹⁵⁶².

5.3.2. Reflexiones sobre las concepciones anteriores

El esfuerzo realizado por ALONSO RIMO a la hora de encontrar justificación a la enigmática cláusula del artículo 191.1 del Código Penal nos parece meritorio. Sin embargo, nos genera cierta duda, ante la valoración positiva que le merece la misma, la propuesta que realiza consistente en extender la fórmula contenida en el artículo 191.1 del texto penal a otras infracciones semipúblicas. Además, nos parece que los intereses que la víctima pueda tener a la hora de preferir la no persecución de dichos hechos, según la definición que se dé de lo público y privado, pueden compartir caracteres de ambas categorías (privados, pues no pertenecen a órganos o entidades públicas; y, públicos, en cuanto que su salvaguarda interesa a la generalidad). Y es que fórmulas como la del artículo 191.1 del Código Penal evi-

¹⁵⁶⁰ ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 419.

¹⁵⁶¹ ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 416, 417.

¹⁵⁶² ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 408. Al respecto, véase en este capítulo IV apartado IX epígrafe 3.3.3.

dencian que en el ámbito de la perseguibilidad a instancia de parte las decisiones adoptadas por el legislador son más bien puntuales, sin tener en cuenta el estudio más de conjunto donde cada reforma guarde sentido y conexión con el resto de los tipos penales con peculiaridades persecutorias. Por ello, consideramos que nos hallamos ante auténticas decisiones ligadas a la política legislativa del momento, en donde la perseguibilidad de las diversas infracciones obedece no tanto a un análisis meditado y sosegado, sino a una decisión de política criminal, en donde la inercia legislativa parece desarrollar un papel no menor.

La advertencia de QUERALT JIMÉNEZ en torno al carácter paternalista de la cláusula prevista en el artículo 191.1 del Código Penal¹⁵⁶³ resulta en cierta medida acertada, sea cual sea la interpretación que se mantenga en relación con la ponderación concreta a realizar. Ello enlaza, a su vez, con posiciones como las de la profesora LARRAURI PIJOAN, quien resalta la importancia que se concede a la voluntad de la víctima en el ámbito de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte, por cuanto que queda en sus manos la puesta en marcha de la maquinaria penal y, en algunos casos, incluso su paralización¹⁵⁶⁴.

No tenemos la seguridad de que dicha cláusula haya de ser considerada como algo positivo a insertar en el marco de las modernas tendencias político-criminales orientadas hacia las víctimas del delito, como sostiene ALONSO RIMO¹⁵⁶⁵. Nos parece que puede convertirse en un arma de doble filo y tornarse en un elemento para controlar en última instancia la decisión sobre la incoación del proceso penal en casos en que, en principio, quedaba dicha esfera en manos de la víctima. Y es que nos cuesta trabajo pensar que el Ministerio Fiscal no quede tentado al empleo de dicha cláusula para perseguir supuestos con pluralidad de víctimas o cuando los hechos hayan causado alarma social —opinión ésta mantenida por un sector doctrinal—, incluso bajo el vaporoso manto de supervisar la eventual decisión viciada de la víctima, por mucho control judicial posterior de que se quiera dotar a dicha cláusula.

Con independencia de lo señalado, nos parece de gran utilidad el esfuerzo teórico realizado por ALONSO RIMO. Compartimos su tesis relativa a la necesidad de un entendimiento restrictivo de la cláusula prevista en el artículo 191.1 del Código Penal. Consideramos

¹⁵⁶³ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5.ª ed., cit., p. 228.

¹⁵⁶⁴ Además, desde tales posiciones, podría achacarse que precisamente dicha cláusula se ha previsto para la delincuencia sexual, donde los casos en los que la víctima es una persona mayor de edad y capaz tienen en la inmensa mayoría de supuestos rostro de mujer. Sobre la relación existente entre la institución de la perseguibilidad a instancia de parte y la autonomía de la víctima, pueden consultarse los siguientes trabajos de LARRAURI PIJOAN: «Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres», en *Mujeres, Derecho penal y Criminología* (comp. Larrauri Pijoan, siglo veintiuno, Madrid, 1994, pp. 94, 95; «Una crítica feminista al Derecho penal», en *Violencia doméstica y legítima defensa* (con Varona Gómez), EUB, Barcelona, 1995, p. 175; «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en Cuadernos penales José María Lidón, n.º 2, 2005, p. 163. Asimismo, si bien referido al ámbito del maltrato —en principio infracción penal perseguible de oficio, aun cuando en otro trabajo SOLÉ RIERA y LARRAURI PIJOAN, «Violencia doméstica y situación de la víctima», en *Justicia* 1999, n.º 1, pp. 80-82, se cuestionan la idoneidad de mantenerlo como delito público—, resultan de especial interés en el trabajo de LARRAURI PIJOAN, «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 12 (2003), los epígrafes titulados «La tradicional desconsideración de la víctima» (pp. 284-288) y «El sistema penal no escucha a las mujeres» (pp. 299-303).

¹⁵⁶⁵ ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 404.

que el sentido de la misma no puede ser otro que la constatación de la existencia de una voluntad libre y no viciada por parte de la víctima o su representante legal. Sin embargo, una vez sentado lo anterior, empiezan a surgir problemas. En primer lugar, resalta la indefinición¹⁵⁶⁶ de la fórmula empleada por el legislador al referirse a la intervención del Ministerio Fiscal en los delitos semipúblicos contra la libertad sexual con víctima mayor de edad, capaz y no desvalida. Y es que en estos casos el fiscal deberá actuar «ponderando los legítimos intereses en presencia». Además, como indicábamos en su momento¹⁵⁶⁷, dicha ponderación resulta en principio extensible, asimismo, a la denuncia que en el ámbito de (todas) las infracciones penales semipúblicas puede presentar el Ministerio Público cuando la víctima es menor de edad, incapaz o desvalida. De ahí que también en estos casos mantuviéramos la preferencia, aun sin negar que dicha actividad sea principal, por un orden excluyente que situara en último lugar al Ministerio Fiscal. Y es que, de esta manera, la Fiscalía podría tener en cuenta, a la hora de realizar la correspondiente ponderación, el dato relativo a la voluntad (negativa) del representante legal del menor/incapaz o de la persona desvalida¹⁵⁶⁸. No obstante lo anterior, centraremos la exposición en la querella exigida por el legislador para que el Ministerio Fiscal en casos de agresión, acoso o abuso sexual con víctima mayor de edad y capaz pueda, tras la ponderación de los legítimos intereses en presencia, convertirse en motor del proceso penal.

Concretamente, la doctrina dominante contrapone a la hora de fijar los elementos que integran la ponderación exigida en el Código Penal, por un lado, la persecución de unos hechos aparentemente constitutivos de una infracción penal (a modo de interés público); y, por otro, la preservación de la intimidad de la víctima (como un bien de carácter más

1566 Con relación a esta opinión, dominante además en la doctrina, destacan las observaciones realizadas por MARCOS AYJÓN y ALONSO RIMO. En concreto, MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 654, tilda de «(...) desafortunada (...) la expresión que emplea el legislador para la actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de casos (...). Y ello, en primer lugar, porque no parece claro lo que se quiere decir con esta expresión, cuando la norma penal debe ser clara, concisa y fácilmente entendible por todos los ciudadanos a quienes va dirigida; y en segundo lugar, porque una expresión tan poco definida puede implicar múltiples interpretaciones y aplicaciones, y llevar en la práctica a que el Ministerio Fiscal pueda interponer querella siempre que se dé uno de estos delitos, independientemente de la intención de la persona agraviada o su representante legal, y todo en aras del interés del Estado en castigar los delitos, lo que conllevaría a eliminar de *factum* la naturaleza semipública de estos delitos». Por su parte, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 184-186, señala sobre el particular lo siguiente: «No es mucha, sin embargo, la ayuda que nos presta el legislador en punto a determinar tal extremo, habida cuenta de que es de suyo presumible que la actividad del Ministerio Público habrá de estar regida en todo momento por una suprema atención a los (legítimos) intereses concurrentes, sin necesidad de que le sea recordado. La utilidad de la referencia legal apuntada se restringe, pues, a poner de manifiesto el aludido carácter potestativo de la facultad limitadora de la trascendencia de la perseguibilidad privada atribuida al fiscal en los delitos que nos ocupan».

1567 Concretamente, en este capítulo IV apartado V epígrafe 2.

1568 Ahora bien, a tal efecto, cabe diferenciar supuestos diversos. Y es que, si bien habitualmente el menor o incapaz tendrá representante legal, no siempre será así. En el primer caso, la Fiscalía debería tener en cuenta la decisión (negativa en cuanto a la incoación del proceso) tomada por el representante legal de la víctima. En cambio, la segunda situación expuesta nos remite a la tradicional función del Ministerio Fiscal como órgano, en tanto se proveen de los mecanismos ordinarios, de representación. Por último, la categoría –difusa donde las haya– de la víctima (mayor de edad y capaz) desvalida nos lleva a conceder la máxima relevancia a la voluntad de dicha persona, aspecto éste que debería ser analizado por el fiscal.

personal)¹⁵⁶⁹ ¹⁵⁷⁰. Sin embargo, entendemos que precisamente ése es el origen de la propia existencia de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte, donde la víctima será quien haya de decidir sobre dicho extremo. Por ello, no consideramos plenamente satisfactoria aquella interpretación, pues desplazaría de la víctima a la Fiscalía su ámbito decisorio.

Independientemente de la posición que se mantenga en torno a la cláusula que venimos comentando, no queda en ningún caso explicado –aun cuando normalmente se haya ligado la misma con la esfera íntima a la que afectan dichos supuestos– por qué se ha concedido esta facultad al Ministerio Fiscal sólo en los delitos de agresión, acoso y abuso sexual en que la víctima es mayor de edad y capaz. Los chantajes a los que puede verse sometida dicha persona no justifican la interferencia consistente en que el Ministerio Público pueda finalmente tener en sus manos la decisión sobre tal aspecto. Por ello, el argumento consistente en que, ante la desaparición paulatina¹⁵⁷¹ de los efectos del perdón en esta esfera de la criminalidad, la totalidad de las presiones se concentrarán en el momento inicial del proceso, no deviene motivo suficiente a la hora de legitimar la novedosa intervención del Ministerio Fiscal –en contra normalmente de la voluntad del titular del bien jurídico lesionado– para que remueva el escollo previsto por el legislador.

Ello obligaría, asimismo, a justificar por qué en los delitos semipúblicos contra la libertad sexual el Ministerio Fiscal tiene en sus manos dicha decisión, y no así en el resto de infracciones penales no perseguibles de oficio en que la víctima es una persona mayor de edad y capaz. Como veremos, ese interrogante se mantiene cualquiera que sea la posición asumida, dado que supone el establecimiento de una diferencia difícilmente explicable cuando el legislador ha configurado dichas infracciones como perseguibles a instancia de parte. Quizá el problema final resida en que el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso consistente en convertir los delitos sexuales en públicos, y tuvo que acudir al subterfugio previsto en artículo 191.1 del Código Penal a fin de posibilitar algún tipo de control público sobre tal cuestión.

Acertada y gráficamente, MARCOS AYJÓN resume el contenido del artículo 191.1 del Código Penal en relación con el papel a desempeñar por la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, cuando dicho ejercicio, además, acarrea la incoación procesal. Y es que en el ámbito de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual «el Ministerio Fiscal podrá interpo-

¹⁵⁶⁹ Así, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 179, considera que el «interés que ha de legitimar la interposición por parte del Ministerio Fiscal de una querrela, en contra incluso de la voluntad de la ofendida, no puede ser otro sino el *interés público en la prevención de la libertad sexual en tanto bien jurídico, no sólo individual, sino también socialmente relevante*» [Cursiva añadida].

¹⁵⁷⁰ En varios lugares hemos destacado nuestra preferencia por una configuración escalonada de esta iniciativa del Ministerio Fiscal en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas –con independencia, por tanto, de las características que reúna la víctima–. Una razón ulterior para sustentar dicha tesis la proporciona el argumento que subyace en el lado del interés «privado» o de la víctima. Nos referimos, más exactamente, a que el mismo parte de una especie de presunción en torno a la no intervención de la víctima. En consecuencia, cabría reputar tal idea manifestación de la atribución subordinada que postulamos.

¹⁵⁷¹ Téngase en cuenta así las reformas habidas en el artículo 443 del Código Penal anterior mediante las Leyes Orgánicas 8/1983 y 3/1989.

ner querrela para la persecución de estos delitos independientemente de la condición de la víctima, pero dicha condición deberá ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal a fin de valorar la conveniencia o no de ejercer la acción penal»¹⁵⁷².

Una vez sentado lo anterior, ha llegado el momento de dar nuestra opinión sobre el entendimiento que merece la ponderación prevista en el artículo 191.1 del Código Penal. Consideramos en este sentido que una vez la víctima mayor de edad y capaz ha mostrado su negativa al comienzo del proceso penal no puede dejarse en manos de la Fiscalía una especie de «comodín» final que le permita, en contra de aquélla, incoar dicho procedimiento. El argumento de que su actividad debería realizarse en forma de querrela, a modo de garantía, nos parece insuficiente para intentar dotar de sentido a su intervención. Además, dicha facultad entendemos que carece de límites, por más que se venga diciendo que debería resultar excepcional. Y es que nada impide que se pudiera mantener en la Fiscalía el criterio contrario, convirtiendo así –de hecho, ya que de la letra del Código Penal parece desprenderse otra conclusión– en públicos los delitos de agresión, acoso y abuso sexual con víctima mayor de edad y capaz. Se estaría sustrayendo del monopolio de la víctima la cuestión relativa a la conveniencia de perseguir ese hecho, para dejar la decisión final sobre tal aspecto a la Fiscalía¹⁵⁷³.

Bajo nuestro punto de vista, y dada la literalidad de la ley, la tarea asignada al Ministerio Fiscal ha de consistir en la comprobación de que la decisión adoptada por la víctima en cuanto a la no persecución de tales hechos ha sido tomada de manera voluntaria. A nada más debería extenderse el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en tales casos cuando tras oír a la víctima se llega a la conclusión de que ésta ha actuado libremente, con independencia de sus razones. Se trata de comprobar así que la voluntad del titular del bien jurídico lesionado no estaba mermada o disminuida.

Para concretar dicho ámbito, quizá sirva de soporte inicial el artículo 1265 del Código Civil, previsto en el ámbito de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Dicho precepto considera nulo el consentimiento prestado «por error, violencia, intimidación o dolo». No tenemos tan claro en este sentido, como sugiere ALONSO RIMO, que, necesariamente, vicie la voluntad de la víctima a la hora de preferir la no incoación del proceso la existencia de motivos que no coincidan con la tutela de su intimidad o bienestar psicológico, o incluso si se dan razones de tipo dinerario. Y es que en este último caso, por ejemplo, cabría imaginar algún supuesto en que la víctima, libremente, considerara así reparado el daño causado por dicho hecho y prefiriera no dar luz verde a la persecución penal del mismo, al tratarse, recordemos, de infracciones en donde su voluntad puede impedir la incoación del proceso¹⁵⁷⁴.

1572 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., pp. 654, 655.

1573 Relacionado con lo anterior, cabe destacar la denominación de infracciones penales «cuasipúblicas» otorgada a estos supuestos por ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 184.

1574 En este sentido, se ha de tener en cuenta la interpretación que realiza ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 419, quien considera que en tales casos «la iniciativa pública deberá quedar restringida a los supuestos en que se detecten

Coincidimos con ALONSO RIMO en uno de los supuestos que menciona. Nos parece que el entendimiento restrictivo del que debe dotarse a la ponderación de los legítimos intereses en presencia obliga a reducir al máximo el margen de acción de dicha intervención del Ministerio Fiscal, dado que la víctima en principio es mayor de edad y capaz. Por ello, el supuesto en que la víctima sufra presiones, amenazas, etc., a fin de que no presente la correspondiente denuncia, podría justificar la querrela con la pertinente ponderación de la Fiscalía. Sin embargo, entendemos que aun en estos casos no existen soluciones únicas, y deberán valorarse las razones que pueda aportar la víctima o incluso la trascendencia que ésta conceda a las mismas, dado que su voluntad debería seguir siendo la que decidiera en torno a la conveniencia o no de iniciar un proceso penal. Y es que si el legislador considera que en estos casos de delitos sexuales –recordemos la gravedad que alcanzan algunas de estas infracciones– la víctima no puede tener en sus manos tan importante decisión, debería modificar su perseguibilidad y convertirlas en públicas. En cualquier caso, nos parece que la introducción de fórmulas como la contenida en el artículo 191.1 del Código Penal, que no se sabe bien cómo interpretar, debe ser una técnica legislativa a erradicar.

De esta manera, pues, los dos pesos ínsitos en toda ponderación quedarían integrados por la decisión de la víctima en punto a la persecución o no de dicho hecho con apariencia de delito de los contemplados en los artículos 178-184 del Código Penal. Sólo a ella le compete dicha decisión y el Ministerio Público habrá de velar únicamente por que la víctima al decantarse por una de las dos opciones de que goza haya actuado de manera libre¹⁵⁷⁵. Lógicamente dicha decisión la debería poder tomar la víctima de un delito de agresión, abuso o acoso sexual –desiderátum que afecta a cualquier infracción penal independientemente de su perseguibilidad– habiendo sido informada de los aspectos básicos, pero más relevantes para su persona, que conlleva la sustanciación de un proceso penal. Y es que se trata de evitar en la medida de lo posible la denominada victimización secundaria consecuencia del mismo desarrollo procesal. Dentro del ámbito de temas que deberían ser tratados con la víctima, la facultad que ostenta en relación con la eventual incoación del proceso penal habría de ocupar un lugar destacado¹⁵⁷⁶.

factores que vicien la voluntad del agraviado –por la presión ejercida sobre él por parte del agresor o su familia– y a aquellos otros en que la renuncia a la intervención punitiva de la víctima no obedezca a la necesidad de tutela de determinados derechos fundamentales de la misma (su intimidad o su bienestar psicológico), sino a otros motivos (dinerarios principalmente) que se aparten de la repetida finalidad garantista».

1575 En este sentido, nuestra posición encontraría cierto engarce con las tesis mantenidas por la profesora LARRAURI PIJOAN en relación con la idea-fuerza consistente en dotar de la mayor autonomía posible a la víctima, tal como hemos mencionado con anterioridad en este mismo epígrafe.

1576 Por su parte, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 424, también se refiere a la «necesidad de proporcionar al ofendido información durante todas las fases de la intervención penal –también durante la policial–, y de procurar medidas de protección asistencial –sobre todo de carácter psicológico y social–». Se percibe, asimismo, dicha preocupación en el trabajo de ESCALER BASCOMPTÉ, «La atención a la víctima después de las últimas reformas procesales», en *Justicia*, n.º 1-2, 2004, pp. 111-127. Dicho autor se detiene en la importancia de la creación de un estatuto de la víctima y aborda la cuestión relativa al modelo de ofrecimiento de acciones comprensible para la víctima; LARRAURI PIJOAN, «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», cit., pp. 284-288.

VI. LA ACUSACIÓN POPULAR. LA POLÉMICA EXISTENTE SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN LOS PROCESOS POR DELITO SEMIPÚBLICO

Sin ánimo de exagerar, la institución de la acción popular no atraviesa últimamente por su mejor momento. Gran parte de culpa cabría atribuírsela a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁵⁷⁷, que la dejó gravemente herida. Asimismo, la brecha abierta por algunas leyes autonómicas en materia de violencia contra las mujeres, con base en la previsión contenida en el artículo 149.1.6.^a *in fine* de la Constitución¹⁵⁷⁸ —que, en apariencia, parecía más ligada a especialidades procesales derivadas del Derecho civil propio existente en algunas Comunidades Autónomas—, ha posibilitado el surgimiento de un conglomerado de regímenes en el ámbito de la acusación penal popular por persona jurídica pública¹⁵⁷⁹. Por

1577 Nos referimos a la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, conocida como el caso Botín. Téngase en cuenta que dicha resolución, de un plumazo, y con argumentos meramente formales en cuanto a la interpretación del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se cargó prácticamente la acción popular en los procesos abreviados por delito. Se privaba así de operatividad a la figura de la acusación popular, que, en general, recordemos adquiere especial trascendencia en casos como los siguientes: aquellos supuestos en que el gobierno carece de interés en la continuación del correspondiente proceso penal (por ejemplo, por la eventual implicación de algún miembro del mismo), ejerciendo en este sentido una «cierta» influencia (derivada del contenido previsto en el art. 124.4. Const., junto con el principio de dependencia jerárquica) en la actuación del Ministerio Fiscal en relación con la solicitud de sobreseimiento; y, en aquellos otros donde la víctima no se atreve (por ejemplo, por miedo a futuras represalias en delitos relacionados con el terrorismo) a mostrarse como parte procesal. Previsiblemente, esta interpretación podría haber tenido consecuencias con respecto a los juicios rápidos también, y no alcanzamos a entender por qué no se podría haber acabado aplicando, asimismo, a los procedimientos por delito ordinarios. Sin embargo, con posterioridad, y nos gustaría pensar que ante la avalancha de críticas, dicha tesis resultó matizada en la STS 54/2008, de 8 de abril (caso Atutxa). Para un comentario de las resoluciones en cuestión, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: ORTEGO PÉREZ, «Restricción «Jurisprudencial» al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida «doctrina Botín»)», en Revista «La Ley», n.º 6912, 27 de marzo de 2008, ref.ª D-93; GIMENO SENDRA, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «Botín» y «Atutxa»», en Revista «La Ley», n.º 6970, 18 de junio de 2008, ref.ª D-190; BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», cit., pp. 22, 46-50; MUERZA ESPARZA, «A vueltas con la acusación popular», en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 746, 28 de febrero de 2008, pp. 3, 4; MUERZA ESPARZA, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», en Revista de Derecho y Proceso penal, n.º 21, 2009, p. 44; GÓMEZ AMIGO, «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 765, 18 de diciembre de 2008, pp. 1-8; HUALDE LÓPEZ, «Acusación popular y violencia de género», en Revista de Derecho y Proceso penal, n.º 21, 2009, pp. 57, 59.

1578 El artículo 149 de la Constitución dice así: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 6.ª (...) legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

1579 Al respecto, véanse los trabajos de GISBERT GISBERT, «La acción popular y las personas jurídicas públicas», en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, n.º 22, abril 2007, pp. 101-111; JUAN SÁNCHEZ, «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», en Revista «La Ley» n.º 6897, 5 de marzo de 2008, ref.ª D-70; MUERZA ESPARZA, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», cit., pp. 43, 44; GÓMEZ AMIGO, «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», cit., pp. 1-8; HUALDE LÓPEZ, «Acusación popular y violencia de género», cit., pp. 55-60.

último, la polémica habida sobre la exclusión de su radio de actuación de los procesos por delito semipúblico, no ayuda a su recuperación. Nos detendremos en este último aspecto.

Resulta opinión unánime la que sostiene que el monopolio del acusador en los procesos por delito privado excluye, en principio¹⁵⁸⁰, la intervención del Ministerio Fiscal y, *a fortiori*, el ejercicio de la acción popular¹⁵⁸¹. Sin embargo, se detecta una división en la doctrina en punto a la actuación de la acusación popular en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas una vez removido el correspondiente escollo¹⁵⁸². Sorprendentemente, con relativa frecuencia, la única referencia que se encuentra en los trabajos que abordan tal cuestión es la mera opinión favorable o contraria a dicha posibilidad, sin ulterior argumentación o explicación sobre el particular. Como punto de partida –admitido de manera pacífica incluso por quienes niegan la actuación de la acusación popular en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas–, podemos destacar la inexistencia de referencia expresa¹⁵⁸³ ni prohibición¹⁵⁸⁴ alguna al respecto. En este sentido, consideramos que no son definitivos los preceptos legales frecuentemente alegados al objeto de justificar una posición negativa a la admisión de la acción *quivis ex populo* en los casos de infracciones penales semipúblicas. Así, se ha acudido al artículo 125 de la Constitución¹⁵⁸⁵; se ha echado mano de los artículos 270 y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵⁸⁶; asimismo, se ha traído a colación el contenido de los artículos 644 y 645 de la norma procesal penal¹⁵⁸⁷; también el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵⁸⁸; y, por último, cabría mencionar el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵⁸⁹. Señalábamos que dichos preceptos no nos parece que zanján la cuestión, dada la imprecisión terminológica que se detecta en nume-

1580 Como excepción, cabría destacar el supuesto en que la víctima del delito de injuria o calumnia contra particulares es menor de edad o incapaz. Sobre el particular, véase nuestra opinión en este capítulo IV apartado V epígrafe 2.4.

1581 Así, como botón de muestra, MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», cit., p. 131; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, cit., p. 123; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., p. 69.

1582 No encontramos razones para justificar la teórica posibilidad consistente en que la víctima, en vez de convertirse en acusación particular, decidiera, como ciudadano, ejercitar la acción popular en defensa de la legalidad. Ello se fundamenta en los límites existentes en relación con esta última figura en comparación con aquella, si bien es cierto que tales limitaciones se hallan cada vez más difuminadas (por ejemplo, en materia de fianza, con relación a la acción civil *ex delicto*, en cuanto a la exigencia de querrela). En este sentido, asimismo, ARIAS DOMÍNGUEZ, «Delito ecológico y acción popular», en *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre 1997, p. 12657; RODRÍGUEZ TIRADO, «La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», cit., p. 63.

1583 SOLÉ RIERA, «Acción popular y proceso penal militar», en *Justicia* 1996, p. 522.

1584 SALOM ESCRIVÁ, «La querrela», cit., p. 410; PÉREZ GIL, *La acusación popular*, cit., p. 436.

1585 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 138.

1586 SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 138.

1587 GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 87.

1588 GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, cit., p. 87.

1589 GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, cit., pp. 86, 87; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., cit., p. 171.

rosos artículos de la norma procesal¹⁵⁹⁰. Ello daría lugar a que fuera, asimismo, posible dar la vuelta a la letra de la ley, y entender que el precepto en cuestión debía interpretarse admitiendo además la figura del acusador popular, aunque expresamente nada se dijera al respecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, y reconociendo que albergamos alguna duda al respecto, bajo nuestro punto de vista resulta preferible la opción de la interpretación permisiva de la acción popular en los procesos por delito semipúblico¹⁵⁹¹. Por un lado, y teniendo en cuenta el reconocimiento constitucional de la institución (art. 125 Const.), parece que la exégesis más acorde con dicho reconocimiento ha de propiciar, al máximo, el impulso del ejercicio (no torticero) de la *actio quivis ex populo*. Podrían encajarse en esta línea, entre otras, las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en el ámbito de la proporcionalidad de la fianza, o en lo referente al entendimiento del término «ciudadano»¹⁵⁹² como sinónimo de persona física pero también jurídica (de naturaleza privada).

Además, el escollo procesal previsto en la esfera de los delitos semipúblicos –que significará la existencia de ciertas limitaciones formales y, sobre todo, subjetivas– queda limitado al momento de la incoación del proceso. Es aquí donde debe excluirse la posibilidad de que la querrela de un tercero ajeno al hecho delictivo pueda servir para poner en marcha un procedimiento criminal¹⁵⁹³. Pero ello no significará que, con posterioridad, esa opción haya

1590 Tal como señala el propio MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., 2007, p. 75, y ofrece en tal sentido diversos ejemplos, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal «existe una grave confusión terminológica, hasta el extremo de que en ella el manejo del término acusador carece de toda precisión técnica».

1591 Se muestran, asimismo, entre otros, favorables a un entendimiento permisivo con respecto a dicha intervención: MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», cit., p. 132; GONZÁLEZ MONTES, F., «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», cit., pp. 90, 91; GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Notas en torno a la acción penal y su ejercicio», cit., pp. 273, 274; TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., pp. 383, 384; de la misma autora, «Aspectos procesales del perdón», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 46, 1992, pp. 212 y 217; LATORRE LATORRE, *Acción popular/Acción colectiva*, cit., pp. 125-127; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, cit., p. 48; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 227. Para un análisis detallado de la cuestión, puede consultarse PÉREZ GIL, *La acusación popular*, cit., pp. 433-439, quien también se muestra a favor de dicha posición (*ibid.*, pp. 438, 439). Por el contrario, rechazan tal posibilidad: GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, cit., pp. 226 y 458; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 107, 108; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., p. 69. Mantienen, asimismo, una opinión negativa en torno al ejercicio de la acción popular: GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, cit., pp. 86, 87; del mismo autor, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 171; SALOM ESCRIVÁ, «La querrela», cit., p. 410; SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», cit., p. 138; SOLÉ RIERA, «Acción popular y proceso penal militar», cit., p. 521; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 87; MONTÓN REDONDO, «Algunas reflexiones que nos sugiere el Código Penal de 1995 sobre competencia y legitimación», cit., pp. 951 y 952; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, cit., pp. 30 y 62 n. 134; ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 57; BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», cit., pp. 10, 20, 23, 24.

1592 El artículo 125 de la Constitución establece lo siguiente: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...)».

1593 Sin embargo, parece mostrarse de otra opinión, OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular*, cit., pp. 84, 85.

de quedar excluida. Por tanto, una vez cumplido con dicho presupuesto procesal¹⁵⁹⁴, cuando la tramitación de los procesos por infracción penal semipública coincide casi¹⁵⁹⁵ íntegramente con la prevista para las perseguibles de oficio, la intervención del Ministerio Fiscal se torna necesaria, y entendemos que la acusación popular (a través de querrela) resultará contingente. Quizá el ejemplo más claro donde se plantea la intervención de la acusación popular en sede de los delitos semipúblicos se encuentre en la esfera de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual, donde pueden existir personas jurídicas de naturaleza privada interesadas en constituirse como parte acusadora en un proceso penal por violación (v.gr. una asociación que trabaje por los derechos de las mujeres y por la erradicación de todo tipo de violencia que pueda sufrir dicho colectivo)¹⁵⁹⁶.

Podría considerarse como un intento de suavizar las posiciones mantenidas por sus más firmes detractores y los fervientes partidarios de la acción popular en la persecución de hechos constitutivos de infracciones penales semipúblicas, el tener en cuenta el parecer de la víctima sobre dicha intervención. Tal posibilidad se ha previsto ya en el ámbito de algunas leyes autonómicas en materia de violencia contra las mujeres, donde siempre que la víctima lo solicite se activará la acusación popular (bien es cierto que la mencionada previsión se incardina en la esfera de la tan cuestionada acción popular pública)¹⁵⁹⁷. Y es que, al margen de la crítica que pueda merecer la asunción por parte de las comunidades autónomas de la competencia en la regulación de los contornos de la acusación popular, conviene

1594 Recuérdese que, incluso en este punto, se observa en la doctrina y jurisprudencia una tendencia marcadamente flexibilizadora. Incidimos una vez más en la importancia que, en el ámbito de la perseguibilidad, tiene que la víctima decida sobre la incoación o no del proceso con toda la información sobre las consecuencias de su decisión, no sólo en cuanto al comienzo del proceso, sino también en lo que respecta al devenir del mismo y, en su caso, a su conclusión.

1595 Con algunas excepciones, como la vigencia del perdón en ciertos tipos penales semipúblicos.

1596 En este sentido, asimismo, MUERZA ESPARZA, *Derecho Procesal Penal* (con de la Oliva Santos, Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia y Tomé García), 7.ª ed., cit., 152. Parece llegar a admitir, incluso, que la acción popular en delitos semipúblicos permitiera la incoación procesal OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular*, cit., pp. 84, 85. En contra de la intervención del acusador popular en esos casos, BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», cit., pp. 23, 24 n. 22.

1597 Así, por ejemplo, artículo 16 de la Ley de Castilla La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas: «Ejercicio de la acción popular». La Administración regional ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado»; artículo 16 ter de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (introducido por la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo): «Acción popular». La Administración de la Comunidad Foral y las entidades locales promoverán, a través de organismos de igualdad o entidades y asociaciones entre cuyos fines se encuentren la defensa de los derechos de la mujer, el ejercicio de la acción popular en los casos más graves de violencia sexista si la víctima así lo solicita o cuando la acción delictiva provoque la muerte de ésta»; artículo 10.5 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (en redacción dada por la Ley 7/2007, de 22 de octubre, de modificación de la Ley 1/2003): «La Administración Autonómica se personará en los procedimientos penales sobre violencia contra mujeres en la forma y condiciones establecidos por la legislación procesal, siempre que las circunstancias lo aconsejen y la víctima o sus familiares hasta el cuarto grado lo soliciten. Reglamentariamente se determinará el procedimiento administrativo dirigido a autorizar el ejercicio de las acciones judiciales en estos casos».

cuanto menos, de cara a futuro, analizar los pros y los contras sobre la idoneidad de adoptar un enfoque como el mencionado en el ámbito de las infracciones penales semipúblicas¹⁵⁹⁸.

VII. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y LAS INFRACCIONES PENALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

En los últimos años, uno de los temas estrella del Derecho procesal, ligado al desarrollo de las sociedades modernas¹⁵⁹⁹, ha sido el de la protección que haya de dispensarse a intereses que exceden del ámbito individual¹⁶⁰⁰. En este sentido, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce expresamente tutela jurisdiccional a los derechos e intereses supraindividuales cuando establece lo siguiente: «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

En lo que respecta a la protección penal, aun cuando no encontramos previsiones específicas en la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶⁰¹ —a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000—, la doctrina ha dedicado en los últimos tiempos un esfuerzo muy meritorio a esta cuestión (así, cabe destacar el tema relativo al papel de los grupos de afectados en el proceso penal, que, como sabemos, pueden actuar válidamente en el procedimiento civil; en relación con lo anterior, se ha planteado la pertinencia de la acusación popular —que, recordemos, algunos autores limitan a los procesos por infracciones penales públicas— o particular para la tutela de los intereses de grupo, etc.)¹⁶⁰².

1598 Véanse las atinadas observaciones que en relación con la intervención de la administración pública como acusador (también popular) efectuaba, ya en 1998, PÉREZ GIL, *La acusación popular*, cit., pp. 418-431.

1599 ALMAGRO NOSETE, «Nuevos horizontes del derecho a la justicia», en *Consideraciones de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 135-140.

1600 La propia terminología a emplear en estos casos resulta extremadamente compleja y confusa. Para un estudio detallado de las diversas formulaciones existentes y de los conceptos implicados, véase BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 25-106 (especialmente, pp. 55-106). Nos parece sugestiva la propuesta terminológica de BUJOSA VADELL, *ibid.*, pp. 62, 81-84, quien, tras referirse a la dificultad existente en este ámbito, se decanta por la expresión «intereses de grupo». El interés de grupo queda referido «a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos» (*ibid.*, p. 81).

1601 Se han de recordar las, no tan antiguas, reticencias jurisprudenciales en punto a admitir la legitimación de las personas jurídicas (privadas) en el ejercicio de la acción popular.

1602 Como botón de muestra, y sin ánimo exhaustivo, cabe resaltar los siguientes trabajos, que abordan diversos aspectos de interés sobre la materia, aun cuando no siempre lo hagan desde una óptica exclusiva-

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la pregunta que se plantea con respecto a la presente investigación es la repercusión de este tema en el ámbito de los delitos y faltas perseguibles a instancia de parte. Sin lugar a duda, en la esfera penal, los intereses de grupo se han de relacionar especialmente con la categoría de los bienes jurídicos colectivos¹⁶⁰³. En este sentido, con relación a las infracciones penales no perseguibles de oficio, la mirada se centra especialmente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores¹⁶⁰⁴. Sin embargo, dicha identificación resulta insuficiente, pues recordemos¹⁶⁰⁵ cómo las cláusulas previstas en ambos grupos de delitos convierten tales infracciones penales, aparentemente semipúblicas, en perseguibles de oficio («No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior ...») cuando «la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» (art. 287.2 CP)¹⁶⁰⁶. Además, encontramos idéntica formulación en la esfera de los delitos societarios (art. 296.2 CP), y de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.2 CP), aun cuando en estos casos su fundamento adquiere ciertos tintes propios. Ello se debe a que, aun admitiendo la posibilidad de que nos hallemos ante una manifestación de los intereses de grupo, se trata, más que de bienes jurídicos colectivos, de

mente procesal-penal: ALMAGRO NOSETE, «Nuevos horizontes del derecho a la justicia», cit., pp. 133-149; del mismo autor, «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia* 83, pp. 69-86; LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, R. García Blanco, Madrid, 1983; BUJOSA VADELL, «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular», en *Justicia* 90, pp. 101-120; BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit.; SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995; ACOSTA ESTÉVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995; GERMÁN MANCERO, «La víctima en el proceso penal: La protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995, pp. 239-265; MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, cit., en especial pp. 44-51; PÉREZ GIL, *La acusación popular*, cit., pp. 621-668; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999; ARAGONESES MARTÍNEZ, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III). Acción penal y víctima colectiva», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, n.º 1, pp. 7-23; RODRÍGUEZ TIRADO, «La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», cit., pp. 43-80; ARAQUE IZAGUIRRE, «Acusación particular y protección de intereses de grupo en el proceso penal», en *Revista «La Ley»*, n.º 6621, 3 de enero de 2007, ref.ª D-2; BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», cit., pp. 36, 37.

1603 Un dato a tener en cuenta en esta materia es el relativo al aumento habido en el número de infracciones penales con bien jurídico colectivo en el Código Penal de 1995, con respecto a la situación legislativa anterior. Además, otra posible variable a manejar puede ser la de la tenuidad de la línea que separa la protección penal de la administrativa o civil.

1604 En esta línea, puede considerarse paradójica la reforma habida en 2003 por la cual se convirtieron en públicos los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, hasta entonces incluidos en el radio de aplicación de las peculiaridades en materia de perseguibilidad previstas en el artículo 287 del Código Penal. Y es que en estas infracciones penales se protegía un bien jurídico de marcadas características individuales.

1605 Véanse, al respecto, en el capítulo III los apartados VIII y IX.

1606 Este supuesto se aproxima a la primera de las opciones que BUJOSA VADELL *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 81, incluía en los intereses de grupo («la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva»).

casos con pluralidad (o multitud) de sujetos pasivos que comparten tal condición¹⁶⁰⁷. Y es que, como acertadamente ha puesto de manifiesto el profesor BUJOSA VADELL, «en la práctica, la naturaleza peculiar de muchos intereses difusos produce frecuentemente una cierta objetivación del interés, que se asimila al interés general o a los intereses públicos»¹⁶⁰⁸.

VIII. LAS INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE Y LA EXISTENCIA DE DEFECTOS PROCESALES

1. Planteamiento inicial

Habitualmente, al abordar las infracciones penales perseguibles a instancia, se asume que el requisito previsto por el legislador (denuncia o querella del ofendido, aunque recordemos que el Ministerio Fiscal en algunos casos también goza de cierto margen de actuación) queda satisfecho. Normalmente así será, pero, en ocasiones, se plantearán problemas precisamente debido a la falta de aquél. En el presente epígrafe analizaremos el tratamiento procesal que procede en tales supuestos, cuestión ésta no exenta de polémica. Además, nos gustaría subrayar que la solución que deba ser adoptada coincidirá tanto en lo que se refiere a las infracciones penales semipúblicas, como en las denominadas privadas.

Sin embargo, en la práctica nos encontramos con que se trata de una cuestión que afecta a los delitos (y faltas) semipúblicos, dado que en el ámbito de los procesos penales privados, en principio, el único que válidamente puede intervenir es el titular cuyo honor ha sido lesionado o, en su caso, su representante velará por la válida sustanciación de las actuaciones procesales a fin de quedar convertido en acusador privado¹⁶⁰⁹. De ahí que a lo largo de la exposición, en ocasiones, aludamos directamente a la falta de denuncia del ofendido (mayor de edad, capaz y no desvalido) en procesos por delitos semipúblicos, campo donde en mayor medida se planteará la existencia de tales deficiencias procesales.

¹⁶⁰⁷ De las dos posibilidades que incluía BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 81, en la definición de los intereses de grupo, estaríamos en estos casos en la segunda de las mismas («la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación (...) con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos»).

¹⁶⁰⁸ BUJOSA VADELL, «La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): Estado de la cuestión en España», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación* (dir. Gimeno Sendra y coord. Cabezudo Bajo), Iustel, Madrid, 2007, p. 615; asimismo, del mismo autor, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 237.

¹⁶⁰⁹ Sin embargo, acertadamente apunta CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 133 n. 175, que no siempre resultará tarea sencilla la de determinar si las injurias o calumnias constituyen o no un delito privado, por lo que también aquí podría darse el tratamiento procesal propio de las infracciones penales perseguibles de oficio. Al hilo de lo anterior, GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 80 n. 201, se refiere al supuesto de denuncia del ofendido en un proceso privado que haya servido para poner en marcha la actividad jurisdiccional.

Por tanto, cuando en esta esfera nos referimos a los defectos procesales se tiene en mente, sobre todo, el ámbito de la persona facultada para incoar el proceso por infracción no perseguible de oficio, más que el concreto instrumento procesal empleado a tal fin. Como excepción a lo anterior, cabe distinguir dos supuestos en los que se exige de la interposición de querella a fin de entender removido el escollo existente: en el ámbito de los delitos privados, se exige la querella de la persona injuriada o calumniada (art. 215.1 CP); y, en la esfera de los delitos sexuales de agresión, abuso y acoso sexual cuando la víctima es mayor de edad y capaz recordemos la facultad conferida al Ministerio Fiscal (art. 191.1 CP).

Resultan relativamente frecuente los supuestos en que el proceso penal por infracción no perseguible de oficio se incoa¹⁶¹⁰ y, sin embargo, no se ha producido la remoción del escollo procesal previsto en la Ley. Ahora bien, habitualmente tal deficiencia, una vez detectada, se suele subsanar o convalidar mediante la intervención de la persona facultada para ello. Por tanto, la dificultad estriba cuando no existe dicha voluntad tendente al otorgamiento del visto bueno con respecto a la continuación del proceso perseguible a instancia de parte.

2. Sobreseimiento *versus* sentencia: Inexistencia de una ulterior posibilidad

Un sector de la doctrina ha entendido que, de no concurrir el óbice procesal y en función del momento procesal en el que se esté, deberá decretarse el sobreseimiento o, en su caso, sentencia absolutoria. Y es que en nuestro sistema queda prohibida la absolución en la instancia¹⁶¹¹. De esta opinión se muestra FERNÁNDEZ, quien tras decantarse por dichas opciones¹⁶¹², señala en relación con la última de ellas que una vez seguido el proceso hasta el final, el único pronunciamiento posible del Juez ha de ser sobre el fondo, absolviendo definitivamente al procesado¹⁶¹³.

1610 A lo largo del trabajo hemos aludido a diversos supuestos en que dicha situación puede plantearse. Así, como botón de muestra, caben destacar aquellos casos en que se practican las primeras diligencias o los procesos en que, inicialmente, se considera que la infracción entra en la categoría de las perseguibles de oficio.

1611 En relación con la absolución en la instancia, véase, asimismo, CHOZAS ALONSO, «Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal», en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n.º 1, 1997, p. 206, quien señala lo siguiente: «En buena lógica procesal, la falta de aquello que condiciona la propia existencia de una sentencia sobre el fondo (los presupuestos procesales), debiera dar lugar a una sentencia absolutoria de la instancia, quedando imprejuizado el fondo del asunto en tanto en cuanto no se subsane, si esto es posible, el defecto de que se trate; mientras que, si se presenta un óbice de punibilidad, una cuestión material, debiera dictarse una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Sin embargo, la LECr. parece no distinguir entre lo que condiciona la pena y lo que condiciona la admisibilidad del juicio, puesto que sólo prevé sentencias absolutorias en todos los casos; o, lo que es lo mismo, se deduce del tenor literal de sus artículos 742 y 144 que no pueden existir sentencias absolutorias de la instancia».

1612 FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 349, quien señala que «es perfectamente posible que el proceso que fue incoado porque no era conocido ningún óbice de procedibilidad que se opusiera a ello, deba ser sobreseído sin llegar a juicio oral, porque el óbice de procedibilidad aparezca (...)».

1613 FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», cit., p. 350. Por su parte, según FENECH NAVARRO, «Estudio sistemático del

Por su parte, merece la pena destacar la posición mantenida por TORRES ROSELL, quien, si bien considera subsanable la falta de denuncia o la realizada por persona no facultada para ello cuando dicha ausencia sea apreciada con anterioridad a la conclusión del sumario e incluso durante la fase intermedia, entiende TORRES ROSELL que cuando tal falta se detecta posteriormente a la apertura del juicio oral, dicho defecto deviene insubsanable y determinará que el proceso finalice con sentencia absolutoria sin declaración previa de la responsabilidad criminal. Como justificación de su solución, argumenta la citada autora que este supuesto se halla excluido de los artículos de previo pronunciamiento, con lo que no existe otra resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso¹⁶¹⁴.

Consideramos a tal efecto, que el auto de sobreseimiento (libre) o la sentencia absolutoria puede en estos casos ser considerado una garantía para el imputado o acusado, que evitará que en el futuro se vuelva a perseguir ese hecho, pero no cabe extraer idéntica conclusión para la víctima. Y es que, en ocasiones, el defecto procesal se ha podido producir sin que ésta haya tenido nada que ver¹⁶¹⁵. La consecuencia de que una resolución adquiera la autoridad de cosa juzgada, es que se torna en instrumento hostil para la víctima, quien verá esfumada cualquier tipo de pretensión en relación con la futura persecución, ésta vez sí, concurriendo su intervención preceptiva para el eventual castigo de los hechos, dado que la deficiencia procesal apreciada en el anterior proceso penal cerrará a la persona del ofendido el acceso a los tribunales.

3. La nulidad de actuaciones

La otra gran posibilidad existente cuando se detecta un defecto procesal relacionado con la exigencia del requisito previsto por la norma, es la declaración de la nulidad de actuaciones. Ello puede suceder bien por cuanto la forma empleada no es la prevista en la ley (aun cuando aquí, como se ha mencionado a lo largo del trabajo, se detecta una postura jurisprudencial altamente flexible, favorecedora de la subsanación), bien, sobre todo, porque el acto procesal se realiza por persona no legitimada para ello y dado lo avanzado del

sobreseimiento», en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, p. 406, «el proceso sólo puede acabarse por sentencia o por sobreseimiento».

1614 TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, cit., p. 374. Curiosamente, más adelante, TORRES ROSELL, *ibid*, p. 386, admite que los «vicios que afectan a la legitimación están sancionados con la nulidad del acto realizado, sin posibilidad de subsanación y provocando la nulidad de toda actividad procesal que se realice con posterioridad, de tal manera que si llegados al juicio oral se pone de manifiesto que el denunciante no era el ofendido o el legitimado lo procedente es la absolución del procesado sin previa declaración de la responsabilidad criminal».

1615 En este sentido se muestra la SAP de La Rioja n.º 136/2002, de 8 de agosto (JUR 2002\279733), [FJ 2.º], cuando señala que «resulta paradójico que cuando ya se ha obligado a la celebración del juicio, los principios que tienden a preservar los derechos e intereses de la víctima (cuya voluntad no habría sido respetada) y tampoco ha habido ocasión de ponderar la oportunidad de proseguir el procedimiento aun en contra de la decisión de ésta —se refiere la sentencia a la posibilidad contenida en el artículo 191.1 del Código Penal en relación con la querrela del Ministerio Fiscal que ponderará los legítimos intereses en presencia—, la omisión o incumplimiento del precepto se vuelve a favor del procesado, presentándose como otro argumento que también llevaría a la absolución del acusado».

proceso no cabe acudir ya a la mencionada subsanación de la deficiencia procesal existente. Lo anterior, además —aun cuando no resulta imprescindible—, habitualmente se planteará en supuestos en que la persona facultada para remover el escollo existente no tiene interés especial en el proceso, el cual ha avanzado sin su (ulterior) intervención.

En concreto, debemos destacar el contenido del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece lo siguiente: «2. (...) el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. (...)». Por tanto, el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite que se decrete la nulidad de actuaciones, *ex officio* o a instancia de parte, tras comprobar la improcedencia de la subsanación de la deficiencia procesal en cuestión.

3.1. La nulidad de actuaciones seguida del auto de sobreseimiento libre o de sentencia absolutoria

El profesor FENECH NAVARRO entendía que estos supuestos daban lugar a la nulidad de actuaciones; sin embargo, como el proceso penal sólo podía finalizar mediante sobreseimiento o sentencia debía, a continuación, dictarse el correspondiente auto o sentencia¹⁶¹⁶. Quizá dicha solución se basaba en lo previsto para el ámbito de los artículos de previo pronunciamiento con respecto a la falta de autorización para procesar. Y es que el artículo 677. II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece al respecto lo siguiente: «Si solicitada ésta se denegare, quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente en la causa».

Con relación al apartado concreto del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que situar dichos casos, FENECH NAVARRO consideraba que la vía correcta era la aplicación del número 3, dado que lo que indirectamente se impedía era la «punibilidad del imputado»¹⁶¹⁷. En cambio, entendía desacertado acudir al artículo 637.2 de la norma procesal penal, pues aquí no entraba en discusión la inexistencia de delito, sino que lo que correspondería sería la «declaración de estar mal instruido el sumario»¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁶ FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, II, Librería Bosch, Barcelona, 1945, pp. 520, 521. Aborda el tema con más detenimiento FENECH NAVARRO, «Estudio sistemático del sobreseimiento», cit., p. 404, y, entre otros, distingue los dos grandes apartados que más nos interesan, a saber, el ámbito de la ausencia de denuncia de la víctima en los procesos por delitos semipúblicos y la falta de querrela de la persona ofendida en los privados. En relación con la ausencia de denuncia (cuando la víctima es mayor de edad y capaz) en las infracciones penales semipúblicas, señala que «no se recoge en la Ley este presupuesto como una de las causas del sobreseimiento, pero una interpretación lógica del contenido de este precepto, inserto en el derecho material pero de indudable significación procesal, nos obliga a sostener que cuando se inicie un proceso sin que se haya producido la denuncia a que hemos hecho referencia, salvo los supuestos de incapacidad o desvalidez que excepciona la Ley, (...) se debe proceder a declarar la nulidad de lo actuado y sobreseer libremente, fundándose, (...) en el n.º 3 del art. 637 LECr.»; y, más adelante, *ibid.*, p. 406, estudia el caso de la falta de querrela en los procesos por delito privado, llegando a la misma solución.

¹⁶¹⁷ FENECH NAVARRO, «Estudio sistemático del sobreseimiento», cit., pp. 402, 403, afirmaba que «los presupuestos de la admisibilidad de la pretensión son también, aunque indirectamente, presupuestos de la punibilidad».

¹⁶¹⁸ FENECH NAVARRO, «Estudio sistemático del sobreseimiento», cit., p. 406.

3.2. La exclusiva declaración de la nulidad de actuaciones

Entre las opciones posibles encontramos la consistente en decretar la nulidad de actuaciones, tanto cuando la ausencia del requisito persecutorio se detecta en la fase de instrucción, como durante el juicio oral. En la actualidad, tal solución encuentra acomodo legal, si bien, con anterioridad, existía ya una línea jurisprudencial en este sentido, uno de cuyos exponentes fue la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1972 (RA 2187)¹⁶¹⁹.

La posición mantenida por FENECH NAVARRO —y, entendemos que, por extensión, también cabe aplicar dicha doctrina a la teoría que postula la conclusión procesal en estos casos exclusivamente mediante el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria—, es brillantemente rebatida por el profesor CACHÓN CADENAS. En concreto, el referido autor señala lo siguiente: «no basta aducir que el proceso penal sólo puede finalizar por sobreseimiento o por sentencia. Este argumento parte de un doble equívoco: a) por un lado, hay casos en que el proceso penal puede terminar sin sobreseimiento ni sentencia; b) en segundo lugar, si, a causa de la falta de un presupuesto procesal, se decreta la nulidad de todas las actuaciones, no hay razón para plantearse la necesidad de dictar una resolución que ponga fin al proceso, porque éste, en términos estrictamente jurídicos, carece ya de existencia. Por esta razón, ni tan siquiera resulta procedente decretar el sobreseimiento provisional en esos casos¹⁶²⁰, aunque esta medida no implicaría tan graves inconvenientes como el sobreseimiento libre. La improcedencia del sobreseimiento en las hipótesis mencionadas rige, desde luego, en el caso de que la falta del correspondiente presupuesto

¹⁶¹⁹ Se refieren a dicha resolución, MONTERO AROCA, «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal», en *Trabajos de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 582, 583, quien reproduce parte de la misma; y, CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 133. La mencionada sentencia no se refería específicamente a una deficiencia procesal en materia de la perseguibilidad, sino que se trataba de un caso donde el procedimiento seguido resultaba inadecuado. Como botón de muestra de las discrepancias existentes, todavía en la actualidad, entre los diversos tribunales sobre la pertinencia de la declaración de nulidad de actuaciones ante la ausencia del escollo preciso para proceder, pueden consultarse las distintas opiniones ofrecidas por el órgano de instancia —que decretó la nulidad de actuaciones a través de auto—; la Fiscalía que recurrió en casación dicha resolución; y, el Tribunal Supremo que casó el mencionado auto y devolvió la causa a la Audiencia Provincial. En concreto, nos referimos al AAP de La Rioja n.º 115/2000 (Sección Única), de 14 de julio (ARP 2000\2859), [FJ 2.º]; STS n.º 637/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de abril (RJ 2002\4950); SAP de La Rioja n.º 136/2002, de 8 de agosto (JUR 2002\279733). En cuanto a la posición del Ministerio Fiscal, queda resumida en la STS mencionada [FJ 1.º.1], donde se destaca que la Fiscalía considera contrario a derecho el auto en cuestión y estima absurdo el archivo de la causa, «dejándola imprejuzgada con una declaración de nulidad por la supuesta ausencia de una condición de procedibilidad que supondría, en el peor de los casos, desde el punto de vista de la acusación, la imposibilidad de condenar, pero nunca la nulidad del procedimiento». El propio Tribunal Supremo asume dicha posición, aludiendo a la diversidad de tratamientos procesales existentes en el ámbito de los distintos procedimientos penales («Lleva razón el Ministerio Fiscal y el recurso ha de ser estimado porque la cuestión que se planteó, al iniciarse las sesiones del juicio oral en un procedimiento ordinario, tenía que haber sido resuelta por sentencia» [FJ 2.º.1 y 2]).

¹⁶²⁰ Se refiere, asimismo, a la importante diferencia existente en materia de prescripción entre el sobreseimiento provisional y la nulidad de actuaciones CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., pp. 136, 137 n. 185. Ello se debe a que el plazo de prescripción del delito en un caso en que se decrete el sobreseimiento provisional comenzará a computarse a partir del momento en que dicha resolución deviene firme (en la actualidad, artículo 132.2 del Código Penal); mientras que, en el supuesto de la nulidad por faltar el requisito de procedibilidad previsto en la Ley, el *dies a quo* del plazo de prescripción del delito debería retrotraerse al día de comisión del hecho (actualmente, artículo 132.1 del Código Penal).

o requisito procesal se aprecie durante la instrucción o en el periodo intermedio. Pero también es aplicable dicho criterio cuando la omisión indicada se conoce durante la fase de juicio oral. Naturalmente, también se ha de excluir en este último caso la posibilidad de dictar sentencia»¹⁶²¹.

Por su parte, la opinión de MONTERO AROCA también es clara al respecto. El mencionado autor incluye, en el ámbito de los delitos semipúblicos, entre los presupuestos procesales insubsanables la falta de denuncia de quien ostenta el monopolio persecutorio, y señala además que «en cualquier momento de la causa el juez instructor o el tribunal sentenciador pueden y/o deben declarar la nulidad de lo actuado; en el mismo sentido las partes pueden alegar su falta»¹⁶²². Asimismo, refiriéndose concretamente a la querella del ofendido en los delitos privados, parecen defender esta posición los profesores SERRA DOMÍNGUEZ¹⁶²³ y GIMENO SENDRA¹⁶²⁴.

En suma, al adoptar esta posición, se soluciona el importante problema que se planteaba con la institución de la cosa juzgada de decantarse por el auto de sobreseimiento o sentencia, con o sin previa declaración de la nulidad de actuaciones. Y es que no cabría soslayar tal consecuencia, aun en aquellos casos en que el proceso se hubiera sustanciado sin ningún tipo de colaboración por parte de la víctima de una infracción penal semipública o privada y ésta, incluso, pudiera ver lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva¹⁶²⁵. Semejante conclusión, que no puede ser considerada de recibo, debe ser desechada.

1621 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., pp. 136, 137.

1622 MONTERO AROCA, «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal», cit., pp. 584, 585.

1623 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 794, señala lo siguiente: «Sin haber precedido querella por parte de la persona ofendida, el proceso no puede abrirse; y si pese a tal prohibición el proceso sigue adelante, son nulos con nulidad absoluta y por ende insubsanable, todos y cada uno de los actos procesales, sin que pueda supeditarse tal nulidad a la denuncia del procesado, sino que debe ser declarada de oficio por el tribunal, cuya resolución no contendrá pronunciamiento alguno sobre el fondo, lo cual no impide que el proceso se inicie de nuevo en virtud de querella si la acción no ha prescrito».

1624 Por su parte, según GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 80 n. 201, «los efectos que se producirían en un proceso penal sometido al ineludible presupuesto de la querella privada, aun cuando concurriese la legitimación activa (vgr. el ofendido ha conseguido excitar la actividad jurisdiccional mediante denuncia con ocasión de la comisión de un delito privado), se pueden resumir en la máxima: «quod nullum est nullum efectum producit». El proceso adolece de un vicio esencial determinante de la nulidad del mismo. La alternativa procesal a dicho supuesto, sería, pues, la declaración de la nulidad (mediante su estimación ex officio) de todas las actuaciones practicadas desde el momento de la presentación de la querella (excepto las cautelares de los arts. 273 y 282.2.º) y la retroacción de los efectos de dicha declaración (ex tunc) hasta ese momento». En otro lugar, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez), t. II, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 406, parece sumarse a la tesis favorable a decretar el sobreseimiento provisional ante la ausencia de denuncia y querella en los delitos semipúblicos y privados, a fin de evitar los efectos de cosa juzgada del sobreseimiento libre. La consecuencia a extraer parece ser, pues, que, según GIMENO, en tales casos, lo procedente será la declaración de nulidad de todas las actuaciones y el sobreseimiento provisional.

1625 En relación con la denuncia, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 248, señala que el sujeto pasivo del delito ostenta «un derecho absoluto a la incoación del procedimiento que hay que considerar implícito en el derecho a la tutela del art. 24.1 CE».

IX. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PENAL EN LOS SUPUESTOS DE INFRACCIONES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

1. Apuntes preliminares

En las siguientes líneas abordaremos algunas de las particularidades ínsitas en la finalización del proceso penal por infracción perseguible a instancia de parte. Como hemos destacado con anterioridad, tales peculiaridades no concurren *sine qua non* en todo supuesto incardinado en la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte. Ello diferencia este momento final de lo que sucede en sede de incoación del proceso, donde la totalidad de las infracciones penales no públicas presentan alguna nota distintiva¹⁶²⁶. En concreto, a estos efectos, resulta insuficiente la clásica distinción de las infracciones penales no perseguibles de oficio en privadas y semipúblicas, que hemos empleado en sede de incoación del proceso. Y es que en las infracciones penales semipúblicas no existe un único régimen predicable de todos los supuestos. Así, la norma punitiva admite dicha facultad remisoría en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), en el delito de daños imprudentes (art. 267.III CP) y en las faltas semipúblicas (art. 639.III CP). Lógicamente, los mencionados preceptos de la ley penal se deberán conectar con el articulado previsto a tal fin en la norma procesal.

En este ámbito de las infracciones semipúblicas se plantea, asimismo, un problema añadido con respecto a lo que sucede en los procesos por infracción penal privada. Y es que una vez removido el escollo existente, el Ministerio Fiscal intervendrá en tales procedimientos por delito¹⁶²⁷ semipúblico. De ahí que la institución del perdón de la víctima pueda plantear ciertas dificultades a la hora de justificar la intervención del Ministerio Público en este tipo de procesos penales. Ello lleva a afirmar que en los procesos por delito semipúblico la labor de la Fiscalía quedará, de alguna manera, condicionada a la inexistencia del perdón de la víctima, lo cual denota un cierto monopolio dispositivo también durante la sustanciación del correspondiente proceso penal. Además, se ha de tener en cuenta que la institución del perdón resultará aplicable con independencia de que la víctima se haya constituido en parte acusadora.

Sin embargo, antes de abordar los problemas que se plantean en relación con la finalización «anormal» del proceso por infracción no pública, nos gustaría detenernos en el

¹⁶²⁶ De ahí que no comulgemos con posiciones en que, admitiendo la incoación de oficio, se concede operatividad al perdón del ofendido.

¹⁶²⁷ Y es que a tenor de lo dispuesto en el artículo 969.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los procesos por falta semipública el Ministerio Fiscal no siempre intervendrá. En concreto, dicho cuestionable precepto establece lo siguiente: «El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena». Al respecto, puede consultarse la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1992, de 22 de septiembre (apartado B. La reforma del Juicio de Faltas: Asistencia del Fiscal a los mismos).

análisis de algunas cuestiones ligadas al tema de la vinculación del órgano decisorio con respecto a la acusación en el ámbito de los procesos por delito privado. Hemos considerado, dado su concreto encuadre que lo sitúa próximo al momento final del proceso, tratar aquí la referida cuestión, aun cuando en sentido estricto la misma no se refiera a la conclusión («anormal») del proceso.

2. El debate sobre la vinculación del tribunal sentenciador a las tesis de la acusación privada

Se plantea la cuestión relativa a si en un proceso por delito privado en donde el acusador privado ha sostenido la pretensión por un delito de calumnia el órgano sentenciador podría condenar por un delito de injuria, y viceversa. Con facilidad se constata que no se trata éste de un problema exclusivo de los procesos por delito privado, pero, indudablemente, la cuestión se plantea aquí con especial intensidad y caracteres propios. Y es que, por un lado, en estos casos no intervendrá más acusador que el privado, que será el único que haya calificado los hechos; y, por otro, la potestad contenida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶²⁸ queda excluida del ámbito de los procesos por delito privado, según dispone su párrafo III: «Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte (...)»¹⁶²⁹.

Se ha de tener, además, en cuenta que, en la esfera del procedimiento abreviado, el artículo 789.3 de la norma procesal penal establece lo siguiente: «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3». Por su parte, este último precepto reza así: «Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

¹⁶²⁸En concreto, los párrafos I y II del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen lo siguiente: «Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiéndose el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal»».

¹⁶²⁹Más problemas puede plantear la exclusión de dicha facultad en la esfera de los delitos semipúblicos. Consideramos que, en principio, el régimen general de los delitos públicos resultará aplicable a las infracciones penales semipúblicas, por lo que no presenta características propias. Incluye, asimismo, en la esfera del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los procesos por delito semipúblico GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 15.ª ed., cit., p. 290.

El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados».

A tal efecto, entendemos que resultan pertinentes las tres ideas siguientes. En primer lugar, los delitos contra el honor entran en el radio de acción del procedimiento abreviado, con las especialidades procedimentales previstas en los artículos 804 a 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶³⁰. En segundo, aun cuando queda excluido el «planteamiento de la tesis» de los procesos por delito privado, el contenido de los preceptos reproducidos nos pone sobre la pista de los casos en que se permite al órgano decisor algún tipo de desvinculación con respecto a lo solicitado por la acusación, sin necesidad de acudir a aquella facultad. Además, por último, debemos destacar que curiosamente la única referencia contenida en lo que respecta a la potestad otorgada al órgano sentenciador en relación con los delitos privados es la prevista en el procedimiento ordinario, proceso que como hemos señalado tiene un ámbito de aplicación que excede, con creces, del marco penal previsto para los delitos contra el honor.

El problema que abordamos¹⁶³¹ podría, pues, resumirse de la siguiente manera: ¿cabe modificar en la sentencia el *titulus condemnationis* con respecto a tipos penales que además de mantener el mismo bien jurídico gozan de idéntico régimen persecutorio? De mantenerse una opinión favorable, y así posibilitar la condena por un delito privado distinto, quedaría atacada la concepción de *dominus litis* del acusador privado, pues supondría una seria injerencia en la exclusividad de la que goza en su posición procesal activa¹⁶³². Si, por el contrario, se entendiera que esa desvinculación no es posible, por disponer en estos casos la parte acusadora de la acción penal¹⁶³³, el órgano decisor no tendría más opción que dictar sentencia absolutoria¹⁶³⁴, la cual acabará por desplegar efectos de cosa juzgada. La primera de las dos opciones expuestas plantea ciertas dificultades en cuanto a su compatibilidad con algunas de las (inexcusables) garantías constitucionales aplicables al proceso (en especial, con el derecho de defensa, y con la audiencia y contradicción). La segunda, en cambio, que preferimos, se muestra más respetuosa en este ámbito, a costa, eso sí, de evidenciar alguno de los límites ínsitos en nuestro actual sistema procesal penal. Y es que procedería la absolución, pese a la sustanciación de un proceso penal por unos hechos con apariencia de delito (asimismo, privado).

1630 Recuérdense las reflexiones efectuadas al hilo de la aplicabilidad del procedimiento ante el tribunal del jurado y del «juicio rápido» en los supuestos de delito privado (capítulo III apartado V epígrafe 1.1).

1631 Plantean, en relación con esta cuestión, otros aspectos de interés GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., pp. 209; ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., pp. 558-564.

1632 GIMENO SENDRA, *La querella*, cit., p. 217, quien señala que «los efectos de una defectuosa calificación del hecho criminoso, sea éste subsumible en un delito público o privado, no pueden vincular en momento alguno al órgano jurisdiccional que en todo momento puede estimar cualquier otra apreciación jurídica».

1633 Tal como señala GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional. III* (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), 15.ª ed., cit., p. 290.

1634 Partidario de esta solución se muestra ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., pp. 561, 562.

3. La finalización «anormal» del proceso penal referido a delito privado e infracciones semipúblicas.

Especial consideración del perdón del ofendido

3.1. Identidad entre la figura procesal de la renuncia a la acción penal y la institución material del perdón

En un campo donde reina cierta confusión nos parece que arroja luz la postura de GIMENO SENDRA. En este sentido, el referido autor señala que, en el ámbito del proceso por delito privado, «la renuncia a la pretensión¹⁶³⁵ no es más que el acto procesal a través del cual se hace valer el *perdón del ofendido* como acto material de extinción de la penalidad regulado en el art. 130 (...) del CP»¹⁶³⁶. Encontramos en la jurisprudencia menor, asimismo, manifestaciones que enlazan con esta línea interpretativa¹⁶³⁷.

No cabe duda de que GIMENO SENDRA ha dado un paso más con respecto a lo que venía siendo habitual en la doctrina, esto es, la (mera) equiparación de efectos en materia de perdón y de renuncia a la acción penal en procesos por delito privado. Como botón de muestra de tal concepción, podemos traer a colación las palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, quien entre las especialidades del procedimiento especial para los delitos de injurias y calumnias destacaba «la posibilidad de que el perdón extinga en cualquier momento procesal (...) la acción penal, produciendo la renuncia idénticos efectos (...)»¹⁶³⁸.

1635 La preferencia de GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 611, por el término pretensión (renuncia a la pretensión) con respecto al, más habitual, de acción (renuncia a la acción penal, según la terminología empleada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) resulta coherente con su concepción de acción.

1636 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 613 [Cursiva en el original]. Con anterioridad, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 168, mantuvo una posición semejante cuando señalaba, con respecto al Código Penal anterior, que «los artículos 25 y 112.5 del código penal y 106 de la LECr. regulan el perdón de forma general como causa de la extinción de la acción penal». En la misma línea, GONZÁLEZ MONTES, F., «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», cit., p. 92, constata, en relación con la situación legislativa instaurada tras la Ley Orgánica 8/1983, que «tanto en los delitos privados, como en los semipúblicos (excluido el delito de violación), el perdón de la persona agraviada implica la renuncia y consiguiente extinción de la acción penal. Al menos, ésta es la eficacia que el legislador reconoce al perdón. Aun siendo en estos casos el perdón y la renuncia la misma cosa (...)».

1637 Al respecto, nos parece especialmente clara la SAP Girona n.º 337/2000 (Sección 3.ª), de 14 de julio) (JUR 2000\295941), [F 1.º], si bien referida a un supuesto de falta semipública. Por ello, y olvidándonos en este momento de otras cuestiones, cabe reproducir el siguiente extracto de la misma: «(...) aunque no se diga con palabras literales, hemos de interpretar que quien renuncia al ejercicio de las acciones (...) penales expresamente y mediante una comparecencia realizada al efecto y como único fin en el Juzgado Instructor, alegando la razón de ser el denunciado un hijo, lo que hace es perdonarlo». Parece indudable la connixión que se produce en el texto anterior entre renuncia de la acción y perdón, que es lo que pretendíamos destacar.

1638 SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», cit., p. 805. Por su parte, MUÑOZ ROJAS, «Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, p. 206, consideraba que «la renuncia por parte del acusador privado, en el proceso penal por delitos privados, equivale al perdón del ofendido. La renuncia o el perdón producen la extinción de la acción penal (...)»; las siguientes palabras de ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., p. 570, resultan,

En concreto, el precepto que nos interesa es el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone lo siguiente: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan». Como punto de partida del análisis, se ha de aclarar la cuestión relativa a si la expresión perseguibilidad a instancia de parte se ha empleado como sinónimo de delito privado, o si, por el contrario, abarca, asimismo, las denominadas infracciones penales semipúblicas. En este sentido, de manera generalizada se ha entendido aquella en un sentido restrictivo¹⁶³⁹, esto es únicamente aplicable en la actualidad a los delitos de injuria y calumnia contra particulares. Lo que, en cualquier caso, parece indiscutido es que en el ámbito de las infracciones penales públicas la «renuncia de la persona ofendida» no extinguirá la acción penal (art. 106.I LECr.). Ello enlaza con la falta de efectos jurídicos del perdón en estos supuestos.

Ahora bien, de seguir el planteamiento que propone GIMENO SENDRA, reputando la renuncia como materialización procesal del perdón, parece que dicha locución habrá de abarcar no sólo el radio de los delitos privados, sino también el de los semipúblicos¹⁶⁴⁰. El propio GIMENO, consciente de la falta de uniformidad entre lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal —no en todos los tipos penales semipúblicos el perdón ostenta virtualidad jurídica— propone la reforma del artículo 106 de la norma procesal penal, al objeto de poner en consonancia las disposiciones del Código Penal y las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶⁴¹.

Además, en los procesos por delito privado se produce, en principio, una especie de simbiosis entre la categoría extra-procesal de la víctima y la de la acusación (como acu-

asimismo, significativas: «La especial característica de estos delitos privados que no pueden ser perseguidos más que por determinadas personas, indica que si éstas han ejercitado la acción penal privada, es porque desean el castigo del ofensor u ofensores, por lo que se deduce que «perdonan», sin realizar el acto expreso del perdón si se apartan de la querella»; MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 137: «el perdón y la renuncia a la acción penal por delito privado operan como idénticos conceptos funcionales»; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., pp. 415, 419 y 420, siendo así que, en esta última, constata cómo el perdón y la renuncia a la acción en los delitos de injuria o calumnia contra particulares llevan aparejado idéntico efecto.

1639 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, cit., p. 561; SOTO NIETO, «Renuncia de la acción penal o perdón del ofendido en infracciones culposas perseguibles previa denuncia del perjudicado», en Revista «La Ley», 1991-3, p. 853.

1640 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 612, 613. Asimismo, partidario de un sentido amplio de la expresión perseguibilidad a instancia de parte en este caso se mostraba AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, ed. Reus, Madrid, 1912, pp. 552 y 556, siendo en esta última donde claramente señala que «las diferencias que pueden existir entre el perdón y la renuncia sólo se refieren a los delitos que pueden dar lugar a procedimiento de oficio para su represión, y que, por el contrario, constituyen una misma cosa y producen iguales efectos en cuanto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin instancia ó conocimiento de las personas ofendidas ó de sus legítimos representantes, en cuyo caso se encuentran aquellos que requieren la previa denuncia de las personas llamadas a denunciarlos».

1641 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 613, quien se refiere no sólo a la modificación del artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también a la del artículo 104 del mismo texto legal.

sador privado), dado el carácter de parte necesaria de la persona agraviada en este tipo de procedimientos. Ello aúna en mayor medida las figuras de la renuncia y el perdón. Y es que, como norma general, los efectos del perdón se producen independientemente de que la víctima (por sí o mediante su representante legal) adquiriera la condición de parte activa en el correspondiente proceso penal¹⁶⁴². Sin embargo, como acabamos de señalar, en los procesos por delitos de injuria o calumnia contra particulares tal circunstancia concurrirá.

Incluso el legislador se detuvo en los supuestos en que hubiera varias personas injuriadas o calumniadas y sólo alguna de ellas renunciara¹⁶⁴³ a la acción penal (o perdonara). En tales casos, el proceso sólo finalizaría –mediante sobreseimiento libre o sentencia absolutoria, como se analizará más adelante¹⁶⁴⁴– en lo que respecta al delito cometido contra aquélla. Así, el artículo 107 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: «La renuncia de la acción (...) penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere».

El artículo 112.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal»), en cambio, se ciñe exclusivamente a los procesos por delito privado, e introduce en estos casos la figura de la renuncia tácita a la acción penal¹⁶⁴⁵. Por último, nos gustaría mencionar el supuesto del abandono de la querella previsto en el artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, en principio, y siguiendo a GIMENO SENDRA, producirá la finalización del proceso por delito

1642 Aspecto ya destacado por GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, cit., p. 551, quien señalaba que «el derecho al perdón, conceptualmente, no depende de que el titular sea o pueda ser actor penal». A su vez, cabe destacar la sugestiva idea de MARTÍN RÍOS, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 24, p. 32, cuando pone de manifiesto lo siguiente: «el CP no afirma en ningún momento (...) que sólo pueda perdonar aquel ofendido que hubiera previamente denunciado. En consecuencia, sería posible que, iniciado el proceso –tras ser presentada por el MF la necesaria denuncia–, el representante legal del ofendido menor o incapaz, sin ser preciso que se hubiera constituido como parte en la causa, compareciera ante el juez competente para manifestar el perdón de su representado (...)».

1643 Un aspecto a tener en cuenta a la hora de abordar el tema de la renuncia a la acción penal es si se concibe la acción penal como unidad, o, en cambio, se alude a la misma, en el concreto análisis, en cuanto facultad individual. Parecen inscribirse en esta última tendencia los artículos 106 y 107 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues cuando se realiza la referencia a la renuncia de la acción, dicha aseveración se ha de entender limitada a la extinción de la acción penal del renunciante, con independencia de que continúe para el resto de sujetos. Por ello, no resultan frontalmente opuestas, y en cierta medida pueden considerarse compatibles, pese a la opinión contraria de GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, cit., pp. 549, 550 –quien consideraba que la acción penal es inextinguible por renuncia–, las posiciones de este autor y las que mantuvo anteriormente AGUILERA DE PAZ al respecto, que detallamos en el texto.

1644 Concretamente, en este capítulo IV apartado IX epígrafe 3.3.

1645 En este sentido, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, cit., p. 558, quien, en relación con la subsistente acción civil, atinadamente ponía de manifiesto cómo «no pudiendo existir por la naturaleza especial de dichos delitos un procedimiento criminal en vigor donde puedan exigirse las responsabilidades civiles nacidas del delito cometido, tiene que ser utilizada la indicada acción en la vía civil».

privado mediante «caducidad»¹⁶⁴⁶. Dicho precepto reza así: «Si la querella fuese por delito que no pueda ser perseguido sino a instancia de parte, se entenderá abandonada por el que la hubiere interpuesto cuando dejare de instar el procedimiento dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que el Juez o Tribunal así lo hubiese acordado.

Al efecto, a los diez días de haberse practicado las últimas diligencias pedidas por el querellante, o de estar paralizada la causa por falta de instancia del mismo, mandará de oficio el Juez o Tribunal que conociere de los autos que aquél pida lo que convenga a su derecho en el término fijado en el párrafo anterior». RAMOS MÉNDEZ considera que tanto el artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reproducido como el artículo 276 de mismo texto legal¹⁶⁴⁷ exigen, aun cuando el delito sea de los denominados privados, cierta diligencia del querellante¹⁶⁴⁸.

3.2. La reducción de la operatividad del perdón en el vigente Código Penal

A buen seguro, la figura del perdón, institución de gran abolengo en nuestro derecho¹⁶⁴⁹, es la que en mayor medida se asocia con la finalización del proceso penal en casos de infracciones con peculiaridades persecutorias. No obstante lo señalado, se observa una considerable reducción de la operatividad del perdón en el Código Penal actual. Para ello, basta con com-

1646 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., pp. 613, 614. En cambio, DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., pp. 421, 423, lo concibe como un supuesto de desistimiento. Las discrepancias doctrinales existentes en este ámbito tienen, en buena medida, origen en las diferencias que separan el proceso civil del penal. El mayor o menor apego a aquél al analizar este último puede llevar a soluciones en apariencia distintas, aun cuando las tesis de fondo puedan, incluso, resultar coincidentes.

1647 El artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: «Se tendrá también por abandonada la querella cuando, por muerte o por haberse incapacitado el querellante para continuar la acción, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les hará dándoles conocimiento de la querella». Tradicionalmente, ha existido cierta polémica alrededor del radio de acción de dicho precepto, habiéndose discutido en torno a si afecta a todo tipo de proceso penal (por infracción pública, semipública o privada) o si únicamente se ciñe a la esfera de los procedimientos por delito privado. En concreto, las dudas se nos plantean especialmente en relación con el supuesto del fallecimiento del querellante. Siguiendo la opinión de AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, cit., p. 555, y, del mismo autor, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1924, pp. 134, 135, consideramos que el referido artículo se ha de limitar exclusivamente a las injurias y calumnias contra particulares, esto es, a las infracciones penales privadas. Entendemos, además, que dicho precepto guarda sintonía con lo que preveía el artículo 466 del Código Penal derogado, que disponía lo siguiente: «Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria (...) en todo caso el heredero». Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 49, afirmaba que dicho precepto, «de clara naturaleza procesal, indica una auténtica transmisión del derecho de persecución y elimina de la acción privada su carácter personalísimo».

1648 RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, cit., p. 140.

1649 Para un estudio histórico del perdón como institución penal en el derecho de Castilla (siglos XVI-XVIII), véase TOMÁS VALIENTE, «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano», en *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961-62, pp. 55-114.

parar los artículos 25 y 112.5.º del Código Penal derogado y el vigente artículo 130.5.º (art. 130.1.5.º, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) de la norma penal¹⁶⁵⁰.

En concreto, el artículo 25.I del texto penal anterior señalaba lo siguiente: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley». El perdón quedaba así convertido en norma general en los procesos por infracciones penales¹⁶⁵¹ no perseguibles de oficio y la excepción a tal operatividad del perdón debía establecerse en la concreta infracción no pública. Por su parte, el artículo 112.5.º incluía en el ámbito de la extinción de la responsabilidad penal el «perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado.

En los delitos contra menores o incapacitados, el Tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal».

En cambio, el artículo 130 (art. 130.1, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) del Código Penal de 1995, entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, ha previsto la siguiente: «5.º (...) el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz». Como se observa, el prisma ha variado con respecto a la situación legislativa previa. Y es que, actualmente, la operatividad del perdón en los ilícitos penales con peculiaridades persecutorias no se presume, siendo necesario que dicho perdón se prevea mediante disposición expresa para cada caso.

¹⁶⁵⁰ Inexplicablemente, pese a que dicha variación se produjo en 2003 mediante la Ley Orgánica 15/2003, todavía en la actualidad encontramos en el ámbito del perdón referencias al número 4 de dicho precepto, como sucede, entre otros, en los artículos 201.3, 215.3 y 267.III del Código Penal. Por su parte, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado al Consejo de Ministros el 15 de noviembre de 2008 subsanaba dicho error (artículo Único apartados Trigésimo quinto, Trigésimo sexto y Trigésimo noveno). Dicho criterio se ha visto definitivamente confirmado mediante la Ley Orgánica 5/2010.

¹⁶⁵¹ Tal como destacamos al analizar las faltas perseguibles a instancia de parte (capítulo III apartado X epígrafe 2), el artículo 25 del Código Penal anterior únicamente contenía una referencia expresa al perdón en casos de delitos. Sin embargo, se entendió que debía realizarse una interpretación amplia [así, véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, de 1 de enero, apartado IX.B)], que abarcara asimismo la esfera de las faltas perseguibles a instancia de parte. Ahora bien, la situación legislativa existente con anterioridad a la aprobación del Código Penal vigente nos parece que planteaba alguna disonancia de mantener tal posición. Y es que en una infracción penal leve (art. 586.1.º CP derogado) se realizaba una expresa mención a la operatividad del perdón. En el resto de faltas semipúblicas nada se establecía en torno al mismo.

En buena parte, dicho cambio se debe a la crítica generalizada que se desprende del análisis de la literatura especializada¹⁶⁵². Además, se ha producido una paulatina reducción legislativa en el número de infracciones penales en las cuales el perdón cobra efectos jurídicos. En algunos casos, dicho recorte se debió a la despenalización de ciertos delitos (por ejemplo, el adulterio y el amancebamiento mediante la Ley 22/1978). En otros, se constata un progresivo estrechamiento en cuanto al ámbito operativo, pues se ha reducido el número de tipos penales que, tras exigir la denuncia de la víctima, admiten la posibilidad del perdón. En esta línea, resulta paradigmático el caso de los delitos sexuales. Y es que, con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, el perdón en los delitos contra la honestidad resultaba plenamente operativo. Dicha reforma legislativa trajo consigo la exclusión del ámbito del perdón de la violación, siendo, por tanto, objeto de perdón únicamente los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto¹⁶⁵³. Los fraudes de ley que podían acaecer como consecuencia de la despenalización del aborto en el supuesto de la indicación ética, trataron de paliarse mediante la falta de efectos jurídicos del perdón del ofendido por un delito de violación, puesto que resultaba sencillo para la mujer que pretendía abortar ponerse de acuerdo con un hombre al que denunciaba por un delito de violación; posteriormente, manifestaba su voluntad de abortar; y, en tercer lugar, perdonaba al «presunto violador»¹⁶⁵⁴. Asimismo, se introdujo la necesidad de confirmación del perdón del ofendido, incluso para el mayor de edad, por parte del órgano jurisdiccional¹⁶⁵⁵. La Ley Orgánica 3/1989

1652 Llega a la misma conclusión, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 339, quien constata que la mayoría de las objeciones que se suelen formular contra los instrumentos de perseguibilidad privada se acentúan en mayor medida en el ámbito del perdón. Como excepción a la opinión mayoritaria en la doctrina, pueden consultarse los trabajos de LARRAURI PIJOAN, «Una crítica feminista al Derecho penal», cit., p. 175; y, en especial, «Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres», cit., pp. 94, 95, donde señala, en relación con la operatividad del perdón en el ámbito de la delincuencia sexual, lo siguiente: «La institución del perdón es relevante, ya que, a pesar de que la atención siempre se concentra en las violaciones estereotípicas, debe repetirse que un alto porcentaje de agresiones sexuales se produce entre conocidos. En ellos la mujer puede y debe tener la posibilidad de jugar un rol activo, sin que, tan pronto haya realizado una denuncia, sea reducida a mera espectadora de «su» caso. Pienso que sólo quien no tiene ninguna duda en que el Estado sabe siempre y en todo momento qué es lo mejor para la mujer, valorará esta reforma como enteramente positiva. Yo, que carezco de esta confianza en el Estado, observo cómo la pretendida mayor protección que se concede a la mujer se logra a costa de anular su capacidad de decisión. Es ciertamente indeseable que la mujer se vea presionada, pero ello desde luego puede seguir ocurriendo aun cuando se elimine el perdón. (...) Del mismo modo, la expresión «venta» de perdones da una imagen peyorativa. ¿Acaso es necesariamente negativo que una mujer prefiera una reparación económica a la condena en la cárcel del agresor? Y ello no por meras consideraciones mercantilistas, como se acostumbra a dar a entender, sino porque determinadas violaciones no tienen para la propia víctima una gravedad tal que justifique 12 años de cárcel, en otros casos porque la mujer prefiere verse compensada materialmente, o sencillamente porque está en contra de la cárcel».

1653 A partir de dicha modificación en el texto de la ley, el artículo 443.IV del Código Penal derogado decía así: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal». Por su parte, el párrafo VI de dicho artículo 443 pasó a tener la siguiente redacción: «En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, no extingue la acción penal».

1654 Véase LIDÓN CORBI, «El perdón del ofendido», en *Estudios de Deusto*, 1985, vol. XXXIII/1, fasc. 74, p. 85 n. 27.

1655 Así, el artículo 443.V del texto penal derogado establecía lo siguiente: «Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal». Al respecto, Díez RIPOLLÉS,

acogió las propuestas provenientes de la doctrina¹⁶⁵⁶, continuándose con la senda ya iniciada y extendiendo así la ineficacia del perdón a los delitos de agresiones sexuales, estupro y rapto¹⁶⁵⁷.

Por ello, en la actualidad, si bien los delitos contra el honor (privados) mantienen la posibilidad del perdón (art. 215.3 CP¹⁶⁵⁸), se detecta una reducción en el volumen de infracciones penales que, tras exigir como mínimo denuncia del facultado para poder proceder, otorgan efectos jurídicos al perdón. Se ha de recordar que, en estos últimos casos, a diferencia de los procesos por delito privado, una vez removido el escollo el Ministerio Fiscal intervendrá. Indudablemente, este dato dificulta el recurso a la institución del perdón una vez puesta en marcha la maquinaria penal. En concreto, los únicos¹⁶⁵⁹ delitos semipúblicos¹⁶⁶⁰ donde todavía se prevén efectos remisorios al perdón del ofendido es en el ámbito de la intimidad (art. 201.3 CP¹⁶⁶¹) y en los daños imprudentes (art. 267.III CP¹⁶⁶²).

La protección de la libertad sexual, Bosch, Barcelona, 1985, p. 195, consideraba que dicha autorización judicial atenuaba –pero no eliminaba– los inconvenientes existentes en relación con la figura del perdón.

1656 LIDÓN CORBI, «El perdón del ofendido», cit., p. 85 n. 27.

1657 El artículo 443.II del Código Penal anterior decía así: «En estos delitos –el párrafo I se refería a los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto– el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

1658 Dicho precepto establece lo siguiente: «El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código». A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, dicho precepto tendrá la siguiente redacción: «El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

1659 Una de las ausencias más llamativas en la esfera de la operatividad del perdón es la del delito de impago de pensiones (art. 227 CP, en relación con el art. 228 CP), en casos en que pueda existir un acuerdo extrajudicial. Véase, sobre el particular, la SAP Madrid n.º 77/2006 (Sección 2.ª), de 21 de febrero (JUR 2006\115280), [FJ 2.º], donde se da cuenta de la práctica llevada a cabo por algunos tribunales para evitar ese tipo de situaciones: «El art. 130 LO 10/1995 (...) es claro y terminante al respecto, siendo necesario que la ley recoja el perdón como causa concreta de extinción en relación con el delito del que se pretende su extinción. Y al igual que pueden existir resoluciones de la llamada jurisprudencia menor que, forzando la letra de la ley y para el supuesto en cuestión, puedan dar una respuesta diferente, no lo es menos que también concurren las que comparten el criterio aquí sostenido (...). A la vista de lo cual y aun siendo cierto que la esposa le haya perdonado, al existir transacción (en todo caso posterior a la comisión del delito), es intrascendente a los efectos penales, dada la indisponibilidad de la acción por parte de una de las víctimas, careciendo de valor para enervar la acción penal y sus consecuencias, si bien es de notar la toma en consideración de tales extremos ya que el juez de instancia apreció la atenuante de reparación del daño e impuso la mínima de las posibles penas establecidas (...)».

1660 Un sector doctrinal admite la vigencia del perdón en supuestos donde la incoación del proceso se produce de oficio. Sin embargo, en nuestra opinión esto último resulta equivalente a su consideración como infracciones penales públicas, postura que comparte MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 658. Véase, al respecto, la siguiente nota a pie. Por su parte, MARTÍN RÍOS, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», cit., p. 39 n. 65, mantiene ciertas cautelas en relación con las consecuencias de un entendimiento tal en lo que respecta al artículo 201.2 («pluralidad de partes») del Código Penal.

1661 El artículo 201 del Código Penal establece lo siguiente: «2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el

Téngase en cuenta que en estos supuestos la operatividad del perdón produce, si cabe, efectos más drásticos que en los procesos por delitos privados, donde el único acusador será el actor privado. En los procesos por delitos semipúblicos que expresamente contemplan el perdón con efectos jurídicos remisorios, el Ministerio Público, tras la remoción del escollo persecutorio inicial, participará a lo largo de la sustanciación del correspondiente proceso penal. Difícilmente casa dicha actuación, con la facultad concedida al ofendido en estos casos en cuanto a la conclusión graciosa del procedimiento. Asimismo, también se ha previsto dicha posibilidad para las faltas semipúblicas (art. 639.III CP¹⁶⁶³), aun cuando aquí la intervención del Ministerio Fiscal no siempre se producirá. Por su parte, la previsión contenida en la esfera de los delitos sexuales en el artículo 191.2 del Código Penal de 1995¹⁶⁶⁴ ha sido tildada por la doctrina mayoritaria de innecesaria¹⁶⁶⁵. Y es que la cláusula «cuando la Ley así lo prevea» del artículo 130.5 (art. 130.1.5.º, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) de la norma penal convierte al mencionado artículo 191.2 en superfluo y redundante¹⁶⁶⁶. Además de la reducción legis-

segundo párrafo del número 4 del artículo 130». Según GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), cit., p. 676, el perdón produce eficacia extintiva también en los casos de pluralidad de personas previstas en el artículo 201.2 del texto penal. En opinión del citado autor, «cuando la iniciación de oficio tenga lugar por afectar los hechos a una pluralidad de personas, nada se opone a que, si existe un otorgamiento de perdón por todas ellas, la responsabilidad penal se extinga»; BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., cit., p. 354. Por su parte, la SAP Granada n.º 174/2003 (Sección 1.ª), de 3 de abril (JUR 2003\200106), [FJ 5.º], admite la relevancia jurídica del perdón en un caso en que el delito contra la intimidad fue cometido por funcionario público (con la aplicación del tipo previsto en el artículo 198 del Código Penal). En nuestra opinión, ninguna de las dos posibilidades anteriores son posibles, dado que en tales casos el proceso será por una infracción penal pública. Recordemos que, a partir del 23 de diciembre de 2010, la redacción del artículo 201.3 del Código Penal será la siguiente: «El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130».

1662 En concreto, el artículo 267.III de la norma penal dice así: «En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código». Dicho párrafo tercero del artículo 267 ha sido modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010: «En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

1663 Por su parte, el artículo 639.III del Código Penal dispone lo siguiente: «En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130». Incomprendiblemente, la Ley Orgánica 5/2010 no ha modificado el mismo.

1664 El artículo 191.2 del Código Penal reza así: «En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

1665 Véanse, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., cit., p. 353; GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», cit., p. 368 y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2001, p. 233 n. 5. Además, puede consultarse, ECHANO BASALDÚA, «Perspectiva jurídico-penal del perdón», en *El perdón en la vida pública* (con Bilbao Alberdi, Etxeberria Mauleón y Aguirre Monasterio), Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 126 y ss.

1666 Asimismo, ALONSO RIMO, «Los efectos extintivos del perdón del ofendido: Un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos de 1973 y 1995», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 73, quien señala al

lativa experimentada, del análisis de la jurisprudencia también se desprende una escasa utilización de dicha facultad en la práctica.

3.3. Tratamiento procesal del perdón

A tal efecto, se ha de concretar en mayor medida el mecanismo por el que se reconocerá eficacia extintiva al perdón de la víctima o de su representante legal. Dicho extremo puede ser analizado, distinguiendo dos ámbitos:

3.3.1. Víctima mayor de edad y capaz

La redacción inicial del Código Penal de 1995 establecía en el artículo 130.4.º lo siguiente: «(...). El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oír al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena». Según la misma, resultaba posible el perdón de la víctima una vez dictada la sentencia firme de condena hasta la incoación de la ejecución. En este sentido, la interpretación que se desprende de la letra de la ley es que en los procesos por infracciones en donde el perdón tenía efectos remisorios, la víctima sería llamada ante el órgano sentenciador¹⁶⁶⁷ al objeto de emitir su opinión sobre el particular, aun cuando no hubiera manifestado voluntad favorable al otorgamiento de dicho perdón¹⁶⁶⁸. Se buscaba, pues, al máximo, la consecución del perdón de la víctima, pese a que se tuviera ya sobre la mesa una sentencia condenatoria.

Tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/2003, se ha reducido el ámbito de operatividad del perdón. Y es que en la actualidad el artículo 130.5.º del Código Penal dispone que el «perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla». Se nos plantea, al respecto, la misma duda que con anterioridad a la modificación legislativa citada. En las infracciones penales perseguibles a instancia de parte en donde el perdón despliega efectos jurídicos, la audiencia a la víctima que contempla el artículo 130 (art. 130.1, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) del Código Penal, ¿se producirá en todo caso? Y, también, ¿si el perdón se ha producido en fase de instrucción? No queda claro si tal audiencia se ha de circunscribir únicamente a los supuestos en que la víctima ha manifestado al tribunal su voluntad de conceder dicho

respecto, que «acaso responda al deseo inconsciente del legislador de llamar la atención sobre la invalidez de una realidad que, pese a todo, estuvo vigente en tiempos todavía muy recientes, resulta hoy un pleonismo».

1667 Sobre la posibilidad de que, con anterioridad a la reforma producida mediante Ley Orgánica 15/2003, el juez de vigilancia penitenciaria asumiera dicha competencia, véase NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244, 245.

1668 Véase como botón de muestra, el AAP Vizcaya n.º 516/2002 (Sección 6.ª), de 26 de septiembre (JUR 2003\98834), [F] 2.º].

perdón, o, en todo caso, el órgano decisor debe llamar a la víctima para conocer su opinión. Parece que ello sólo se producirá cuando el perdón sea otorgado a lo largo de la fase de juicio oral¹⁶⁶⁹ y también cuando nada haya dicho aquélla hasta entonces al respecto¹⁶⁷⁰.

A día de hoy, pues, las posibilidades existentes en materia de perdón se reducen al procedimiento declarativo¹⁶⁷¹. Dentro de éste, además, cabría en el ámbito de los procesos por delito¹⁶⁷² diferenciar dos grandes estadios, tal como pone de manifiesto CACHÓN CADENAS¹⁶⁷³. Así, en primer lugar, el perdón podría concederse con anterioridad al inicio de las

1669 La Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2005, de 31 de marzo (XVIII-2), señala al respecto lo siguiente: «El art. 130.5.º exige que el perdón sea otorgado antes de que la sentencia haya sido dictada, por lo que establece un momento final para su concesión, pero no impide que sea dado antes ni, tampoco, que sea apreciado por el órgano judicial instructor. Si no ha sido concedido en las fases del procedimiento previas al juicio oral, el juez o tribunal sentenciador tiene la obligación de oír al ofendido sobre el perdón antes de dictar la sentencia» [Cursiva añadida].

1670 Por su parte, con anterioridad a la reforma operada en 2003, GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), cit., p. 677, se planteaba hasta tres posibles interpretaciones de dicha cláusula. La primera consistiría en entender que la norma sólo admite el perdón tras la sentencia de condena y antes del comienzo de la fase de ejecución. La segunda considera que el órgano sentenciador se halla obligado a pedir a la víctima (o su representante) un pronunciamiento expreso si no se ha otorgado el perdón con anterioridad a la firmeza de la sentencia de condena. Por último, también cabría pensar que esta audiencia sólo se producirá a solicitud del ofendido. El autor se decantaba por la segunda de las posibilidades comentadas. Dicha solución resulta, asimismo, predicable de la situación legislativa actual. En este sentido, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 615, en relación con lo dispuesto en el anterior artículo 130.4.º del Código Penal, efectúa la siguiente lectura: «parece que el perdón exija la celebración del juicio oral, toda vez que la audiencia al ofendido ha de prestarse una vez «declarada la firmeza de la sentencia». No existe, sin embargo, desde un punto de vista procesal, razón alguna que aconseje esta rígida solución, que obligaría a practicar juicios orales innecesarios, provocando, por la publicidad del juicio, mayores molestias a la víctima. Por esta razón, y con base en lo dispuesto en el art. 637.3 LECr. puede apreciarse el perdón dentro de la fase instructora, en cuyo caso debe el Juez dictar auto de sobreseimiento libre, sin perjuicio de que, una vez declarada su firmeza, vuelva a prestar audiencia a la persona ofendida. De aquí que el término «sentencia» (...) deba entenderse en su sentido material como omnicompreensivo de las resoluciones que, como es el caso de los autos de sobreseimiento libre, gozan también de todos los efectos materiales de la cosa juzgada».

1671 Véase, con respecto a la situación anterior a la Ley Orgánica 15/2003, el estudio del perdón otorgado una vez obtenida la sentencia firme de condena que realiza NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pp. 237-245; y de la misma autora, *Ejecución de la pena privativa de libertad*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 109, 110. Todavía en la actualidad la voluntad de la víctima tiene ciertos efectos, tal como se evidencia en el artículo 86 del Código Penal: «En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oírán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena». En este sentido, y en relación con la situación legislativa anterior al Código Penal de 1995, se mostraba QUINTERO OLIVARES, «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», en *Estudios penales en memoria del Profesor Fernández-Albor*, cit., p. 590, cuando señalaba que la víctima goza de «un cierto grado de disposición sobre la reacción punitiva».

1672 En los procesos por faltas semipúblicas, por su propia idiosincrasia, la concesión del perdón se plasmará normalmente en la sentencia que ponga fin a la instancia. Ahora bien, excepcionalmente, si con anterioridad a la celebración del juicio se otorgara el perdón, debería dictarse un auto con autoridad de cosa juzgada. Y es que la otra solución que se nos ocurre es la de entender que se trata de un auto de archivo (tal como sucede en los arts. 269 y 313 LECr. cuando los hechos contenidos en la denuncia o en la querrela no son constitutivos de delito), pero plantea el problema de la ausencia de cosa juzgada. Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 178, propuso que una vez hubieran adquirido firmeza, tales resoluciones revistieran fuerza de cosa juzgada.

1673 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 128.

sesiones del juicio oral, esto es, durante la instrucción, en el período intermedio o, incluso, una vez abierta la fase de juicio. En tales casos, entendemos que lo procedente sería dictar un auto de sobreseimiento libre¹⁶⁷⁴, siempre partiendo de que la causa queda absolutamente acreditada. Y es que, siguiendo al profesor CACHÓN CADENAS, «a) por una parte, la acción penal se ha extinguido, lo que hace inviable e innecesaria la prosecución del proceso penal; b) por otro lado, ya no es posible la ulterior reapertura del proceso, ni tampoco cabe la incoación de un futuro proceso por el mismo hecho»¹⁶⁷⁵. Sin embargo, como certeramente ha destacado CACHÓN CADENAS, estas modalidades de sobreseimiento no se han previsto como alternativa a la apertura del juicio oral¹⁶⁷⁶; y nos hallamos, además, ante supuestos de sobreseimiento no contemplados expresamente en la ley¹⁶⁷⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se plantea la duda de si dicho sobreseimiento libre se habrá de acordar por el número 2.º («Cuando el hecho no sea constitutivo de delito») o por el motivo 3.º («Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores») del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al respecto, y albergando ciertas dudas, nos parece que plantea menores dificultades el artículo 637.3.º de la norma procesal penal¹⁶⁷⁸, dado que el sobreseimiento puede ser parcial, si el perdón se ha otorgado únicamente a uno de los imputados y no a otro(s), siendo un único hecho¹⁶⁷⁹. En tales supuestos, el proceso penal continuaría con respecto a esos otros acusados (ex art. 640 LECr.). En cambio, de sostener que el sobreseimiento libre se produce en virtud del artículo 637.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no sería

1674 Por su parte, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, ed. Reus, Madrid, 1924, p. 584, entendía que la resolución adecuada sería un auto, pero no de sobreseimiento: «lo procedente en dicho supuesto es poner término al procedimiento por medio de un auto en que se declare extinguida la responsabilidad penal, que si bien surte los mismos efectos que el sobreseimiento libre en cuanto a la terminación definitiva del procedimiento (...), sus demás consecuencias no son idénticas a él»; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., p. 415, se deberá dictar un auto «equivalente a un sobreseimiento libre, y, por tanto, con fuerza de cosa juzgada».

1675 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 124. Para un estudio sobre los efectos del sobreseimiento en el ámbito penal, véase CACHÓN CADENAS, «Efectos del sobreseimiento», en *Justicia* 2008, n.º 3-4, pp. 95-127.

1676 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 119.

1677 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 124.

1678 FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, II, cit., p. 523, también se decantaba por el artículo 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que «al extinguir la pretensión punitiva se impide la punibilidad del imputado»; asimismo, del mismo autor, «Estudio sistemático del sobreseimiento», cit., p. 408; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 615; TORRES ROSELL, «Aspectos procesales del perdón», cit., pp. 215 y 217. Por su parte, MASCARELL NAVARRO, «El sobreseimiento en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho*, marzo 1993, p. 1725, parece decantarse por el número 3 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1679 Alude, asimismo, a la categoría del «hecho», aunque en otro sentido, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, cit., pp. 584, quien señalaba que «para que pueda tener aplicación el n.º 2 del art. 637, es indispensable que el hecho procesal no sea constitutivo de delito *por sí*; es decir, por su propia naturaleza, y en el caso a que nos referimos el hecho no deja de ser delito por el hecho del perdón, sino que únicamente deja de tener existencia jurídica para los efectos de la penalidad, extinguiéndose, por consecuencia de él, no su naturaleza punible, sino la acción para su castigo» [Cursiva en el original].

posible la continuación procesal con respecto a los no perdonados (art. 645.II LECr.), a no ser que se considerara que existen tantos hechos como imputados.

Por su parte, CACHÓN CADENAS, «por razones fundamentalmente prácticas», se decanta por la solución contraria¹⁶⁸⁰. Así, entre los motivos que alega, cabe señalar que el artículo 637.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el único que permite al órgano judicial desvincularse de cualquier petición improcedente de las partes, a tenor de lo previsto en los artículos 645.1.º y 783.1.I de la norma procesal penal (que coincide en este punto concreto con el artículo 790.6.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en 1993, al que se refiere el citado autor). Entendemos que este primer argumento del profesor CACHÓN resulta de especial utilidad para el supuesto del perdón otorgado por la víctima, dado que no necesariamente ésta se ha de haber constituido como parte acusadora en el correspondiente proceso penal, y, sin embargo, mantendrá en todo caso la facultad del perdón. Ello significará que puede existir alguna parte acusadora que solicite la continuación procesal. También se refiere el autor mencionado a la mayor amplitud que, en relación con el recurso contra el auto de sobreseimiento, ofrece el motivo previsto en el número 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, entre otras cuestiones, alude a la inconveniencia del empleo del término «procesado» en el artículo 637.3.º de la norma procesal penal, dado que la extinción de la acción penal podría en estos casos producirse con anterioridad al procesamiento. Los criterios empleados por CACHÓN CADENAS ostentan una indudable solidez en relación con el tema del perdón, resultando el primero de ellos a nuestro juicio el más concluyente. No obstante, nos genera cierta duda el concepto de «hecho» que se desprende del artículo 637.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha concepción queda, sobre todo, evidenciada cuando existen varios imputados y el perdón no se ha otorgado a favor de todos ellos.

En cambio, una vez comenzadas las sesiones o debates del juicio oral, la solución correcta pasaría por dictar sentencia absolutoria con respecto al acusado a cuyo favor se ha otorgado el perdón, pues el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija la forma de sentencia, donde «se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo (...), sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar»¹⁶⁸¹.

3.3.2. El control público en el caso de víctimas menores o incapaces

Con respecto a los supuestos con víctimas menores de edad o incapaces, el artículo 130.5.º (art. 130.1.5.º, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) II y III del Código Penal establece ciertas notas distintivas: «En los delitos o faltas contra menores o

1680 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., pp. 127, 128. Con anterioridad, adoptaron dicha posición, asimismo, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, cit., p. 564; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 222; MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 180.

1681 De otra opinión se muestra DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., p. 415, cuando entiende que se deberá dictar un auto «equivalente a un sobreseimiento libre, y, por tanto, con fuerza de cosa juzgada. Si el perdón se otorga cuando está abierto el juicio oral, creo que tampoco existe inconveniente alguno en adoptar dicha resolución con la forma de auto».

incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz». En primer lugar, debe destacarse que la posibilidad de otorgar el perdón en estos casos queda limitada a la figura del representante legal; se ha de excluir, por tanto, al Ministerio Fiscal como sujeto que pudiera válidamente conceder dicha remisión. Por su parte, NAVARRO VILLANUEVA tilda de superflua la remisión contenida en todas las infracciones penales susceptibles de ser perdonadas¹⁶⁸² al actual artículo 130.5.º.II (art. 130.1.5.º.II, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) de la norma penal. Y es que este último precepto ya prevé, de manera general, la posibilidad del rechazo judicial del perdón otorgado por el representante legal en dichas infracciones penales cometidas contra menores o incapaces¹⁶⁸³.

Además, la audiencia a la Fiscalía y el posterior control judicial¹⁶⁸⁴ mantienen en común con las facultades conferidas al Ministerio Público en sede de incoación del proceso por infracciones penales perseguibles a instancia de parte la nota de la fiscalización¹⁶⁸⁵. Y es que recordemos cómo el Ministerio Fiscal también puede presentar denuncia en casos en que exista representante legal del menor o incapaz. E incluso, la ponderación de los intereses en presencia a realizar por la Fiscalía en el ámbito de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual (*ex art.* 191.1 CP) con víctima mayor de edad, capaz y no desvalida guarda cierta conexión con lo que venimos sosteniendo.

Se ha cuestionado el procedimiento previsto para estos casos, con una segunda audiencia al representante del menor o incapaz, tras haber oído la opinión negativa al respecto de la Fiscalía. GUINARTE CABADA considera que esa ulterior convocatoria del representante resulta un tanto ambigua y no otorga garantía procesal adicional alguna¹⁶⁸⁶. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha segunda audiencia queda íntimamente conectada al conjunto de garantías encuadradas en el derecho de defensa. Como ha apuntado NAVARRO VILLANUEVA, deberían haberse incorporado al Código Penal las causas que dan lugar al rechazo del perdón por parte del tribunal correspondiente. Nos parece, asimismo, acertada la tesis de la referida autora con respecto a la necesidad de fundamentar dicho rechazo judicial al

1682 «(...), sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130» (art. 201.3 CP); «(...), sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código» (art. 215.3 CP); «(...), sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código» (art. 267.III CP); «(...), salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130» (art. 639. III CP). Además, se ha de subrayar cómo la Ley Orgánica 5/2010 finalmente ha modificado los preceptos aludidos, salvo el artículo 639, y ha adecuado la remisión contenida en los mismos al segundo párrafo del artículo 130.1.5.º del Código Penal.

1683 NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., p. 241.

1684 Según MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», cit., p. 134, se trataría de «una especie de «perdón judicial confirmatorio»».

1685 En este sentido se muestra ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., pp. 178, 184.

1686 GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), cit., p. 678.

perdón otorgado, para lo cual será preciso que tal negativa se plasme en un auto, a fin de no conculcar la garantía de la tutela judicial efectiva¹⁶⁸⁷.

3.3.3. Sobre la posibilidad de privar de efectos jurídicos al perdón otorgado por la víctima capaz y mayor de edad

Del régimen previsto en los casos en que la víctima es menor o incapaz, GUINARTE CABADA, efectuando una interpretación a sensu contrario, considera que cuando la víctima mayor de edad y capaz otorga perdón conforme a las exigencias formales establecidas, el tribunal no podrá rechazarlo¹⁶⁸⁸. Ésta es sin lugar a duda la solución más acorde con la letra de la ley. Ahora bien, los escasos requisitos del perdón previstos por el legislador –básicamente, además del requisito temporal mencionado, el carácter expreso del perdón y la audiencia al ofendido–, han de permitir en algunos casos la interpretación contraria, a fin de evitar así que el perdón sea otorgado por la víctima mayor de edad y capaz con la voluntad manifiestamente viciada. En tales supuestos, nos mostramos partidarios de limitar el perdón concedido por la víctima aun cuando ésta reúna los requisitos de mayoría de edad y capacidad.

Por ello, como excepción a la regla general, nos parece que se ha de admitir el control judicial a fin de constatar la inexistencia de vicios que afecten –mermando o anulando– la voluntad de la víctima^{1689 1690}. Consecuentemente, en casos donde manifiestamente cabe reputar que tal voluntad no es libre, nos mostramos favorables a la limitación del automatismo con el que se niega cualquier tipo de control público en la «decisión» de la víctima¹⁶⁹¹.

1687 Al respecto, véase NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pp. 241, 242. Sobre el particular, puede consultarse, asimismo, la importante STC n.º 132/1999 (Sala Primera), de 15 de julio (RTC1999\132), que concedió amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, «dada la denegación inmotivada de eficacia extintiva de la responsabilidad penal al perdón otorgado» [FJ 6.º].

1688 GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), cit., p. 678.

1689 Resultarán aplicables a este supuesto las notas señaladas con respecto al rechazo judicial del perdón otorgado por el representante legal del menor o incapaz.

1690 Sin embargo, en opinión de MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., pp. 167, 168, estos supuestos no constituyen «un estricto caso de desaprobación judicial del perdón otorgado por un perjudicado mayor de edad, sino (...) un supuesto en el que el perdón era sólo aparente, pues adolecía de vicio tan radical como la falta de consentimiento (...) el perdón era nulo (...)»; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., p. 417, quien entre los caracteres del perdón incluía la espontaneidad y la voluntariedad. Con anterioridad, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, cit., p. 549, consideraba que el mismo tenía que ser «absoluto y libremente concedido».

1691 Además, en la situación legislativa anterior a 1995, se preveía incluso la necesidad de aprobación del perdón por parte del tribunal tras haber oído al Fiscal en supuestos en que la víctima era mayor de edad y capaz (art. 487 *in fine* CP derogado). Por su parte, ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 184, recoge, además del supuesto mencionado, el artículo 443.V del Código Penal anterior –desde 1983 a 1989– como muestra en que la fiscalización pública del perdón se extendía a casos en que la víctima era mayor de edad. En concreto, dicho precepto (art. 443.IV y V CP derogado) establecía lo siguiente: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador

Téngase en cuenta al respecto, además, lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil, que reputa «nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Mantiene una posición semejante la profesora NAVARRO VILLANUEVA¹⁶⁹². Tal argumentación encuentra soporte jurisprudencial. Así, el Tribunal Supremo en un caso de violación a una mujer capaz y mayor de edad denegó el perdón otorgado por la víctima al considerar que el mismo había sido condicionado¹⁶⁹³.

de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal.

Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal». Al respecto, GONZÁLEZ RUS, «El perdón en los delitos sexuales: Una institución carente de fundamento», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1984, n.º 3, p. 54, contrario al perdón en este ámbito, postuló que, ante el desatino que suponía su mantenimiento y hasta tanto se suprimiera legalmente, los tribunales debían rechazar siempre el perdón del ofendido, «con lo que en la práctica se estaría corrigiendo por vía interpretativa (...) uno de los más notables anacronismos que mantiene nuestra legislación penal en materia sexual». De otra opinión se mostraba RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. Cobo del Rosal; coord. Bajo Fernández), t. V, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 981, al señalar que «tratándose de personas plenamente capaces, el perdón debió determinar sin más la extinción de la responsabilidad criminal y, desde luego, haberse proyectado sobre el delito de violación. El tema del aborto (...) ha influido en la solución adoptada (...)».

1692 NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pp. 239, 240.

1693 La resolución en cuestión es citada por MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., pp. 167, 168 y por NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pp. 239, 240: STS (Sala de lo Penal), de 13 de julio de 1988 (RJ 1988\6574), [FJ 2.º]. En concreto, en dicho fundamento se señala al respecto lo siguiente: «(...) en el acto del juicio oral, a la pregunta de la Defensa del procesado sobre si perdonaba al ofensor contestó afirmativamente, renunciando en el mismo acto a la indemnización que pudiera corresponderle por las lesiones sufridas. Perdón que otorgó libre y voluntariamente y en perfectas condiciones físicas y de lucidez mental, propias de una persona de 29 años y que además concedió antes de que recayese sentencia, cumpliendo así todos los requisitos exigidos por el art. 443 CP. Sin embargo, el perdón, oído el Fiscal, no fue aprobado por el Tribunal, cuyo Presidente explicó a la ofendida el alcance procesal y penal de la contestación que acababa de dar a la Defensa, aclarando entonces la testigo que la daba en el sentido moral y en consideración al disgusto de la madre del procesado, pero no en cuanto a los actos de éste, ya que había sufrido con ellos un traumatismo psíquico; ante cuya aclaración entendió la Sala de instancia que el perdón era condicionado y no positivamente emitido; decisión de la Sala que fundamenta con mayor amplitud luego en el *iudicium*, al considerar que el perdón no obedecía a una pregunta en la que no se le explica el alcance de su manifestación y con la cual se viene a enfrentar a la víctima con su propia conciencia compasiva, incentivando sentimientos morales o religiosos que pertenecen a una órbita distinta de la jurídica, en la que debe inscribirse el perdón que otorgue la parte ofendida, con franca libertad, pleno conocimiento de sus efectos y sin restricción ni condicionamiento alguno. Esta conclusión la obtiene, además, el Tribunal de instancia, atendida toda la conducta procesal seguida por la ofendida, denunciando los hechos, personándose en la instrucción del sumario y asistiendo al juicio en calidad de testigo de la acusación, manteniendo en sus respuestas el reproche a la ofensa de que fue objeto, de modo que su contestación a una pregunta sorpresiva de la Defensa del procesado más bien tiene aquel matiz moral y no jurídico, antes expuesto, que excluye los efectos de este último orden por estar de algún modo condicionado». Ahora bien, a diferencia de la situación actual, donde no se encuentra ningún precepto expreso que aluda a la posibilidad de control público del perdón cuando la víctima es mayor de edad y capaz, en aquel entonces los párrafos IV y V del artículo 443 del Código Penal derogado podían, aun con alguna duda, llevar a una tal interpretación [(IV) «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal. (V) Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando

En este sentido, *de lege lata*, podría acudir al requisito de la audiencia del ofendido para, bien es cierto que forzando un poco, extraer que dicha audiencia deberá servir para controlar mínimamente la existencia de voluntad en el otorgamiento del perdón, al menos para aquellos casos más dudosos. *De lege ferenda*, proponemos la ampliación, a los solos efectos indicados, del control judicial del perdón también cuando la víctima sea una persona capaz y mayor de edad¹⁶⁹⁴.

3.3.4. Algunas reflexiones complementarias sobre el perdón

En relación con lo señalado en líneas anteriores, cabe subrayar las siguientes notas que rodean la institución del perdón:

A. El perdón ha de ser expreso

El perdón otorgado por la víctima o su representante debe ser expreso, por lo que se desecha la operatividad de la modalidad conocida como perdón presunto. En la situación legislativa anterior, se dieron varios supuestos del conocido como perdón presunto. Así, hasta la Ley Orgánica 8/1983 el matrimonio producido entre el autor y la víctima de un delito contra la honestidad se reputaba un supuesto de perdón presunto¹⁶⁹⁵; asimismo, el artículo 487 *in fine* del Código Penal anterior establecía en el ámbito del abandono de familia la posibilidad de que el perdón fuera expreso o presunto, modalidad esta última que se producía con el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/1983 suprimió ambas referencias, pese a mantener la modalidad de perdón presunto en el ámbito del abandono de familia, lo que llevó a TORRES ROSELL a afirmar que a partir de entonces quedaban en el aire los supuestos que conformaban el perdón presunto^{1696 1697}.

lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal». A esta conclusión llega el Tribunal Supremo en la resolución mencionada [FJ 1.º], al señalar al respecto que cuando «en el párrafo cuarto se alude al perdón del mayor de edad o al de incapaz y en el párrafo quinto se refiere a «dicho perdón» sin distinciones, se deduce sin esfuerzo que en ambos casos se requiere la aprobación judicial del perdón del ofendido, capaz o incapaz, y ya sea producido por sí en el primer caso o por el representante legal o guardador de hecho en el segundo».

1694 En sentido semejante, véase ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, cit., p. 408, donde señala que «quizás sea conveniente habilitar legalmente la extensión del control judicial del perdón a todos los delitos en que tal instituto es efectivo, y no sólo a aquellos en que resultan implicados menores de edad o incapacitados, del modo en que sucede en la actualidad».

1695 Así, el artículo 443.IV del Código Penal derogado establecía lo siguiente: «(...) el perdón expreso o presunto del ofendido (...). El perdón no se presume sino por el matrimonio del ofendido con el ofensor».

1696 TORRES ROSELL, «Aspectos procesales del perdón», cit., p. 211.

1697 En concreto, los párrafos IV y V del artículo 487 del Código Penal derogado decían así: «El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente».

B. La manifestación del perdón: escrita u oral

Asimismo, consideramos que dicho perdón (expreso) podría mostrarse por la víctima o su representante legal tanto por escrito como de manera oral.

C. La individualidad o incomunicabilidad¹⁶⁹⁸ del perdón

El perdón, como acto gracioso, ha de ser conferido a cada imputado o acusado, o dicho de otra manera, es personal¹⁶⁹⁹. Lo anterior significará que no necesariamente les afectará a todos ellos, sino que tal decisión recaerá en manos de la víctima o de su representante legal. En el caso de que el perdón no se concediera a todos los acusados¹⁷⁰⁰, el proceso penal seguiría con respecto a estos últimos. Ese supuesto puede provocar situaciones un tanto «paradójicas». Así, por ejemplo, el perdón se ha podido otorgar con respecto al autor de los hechos, pero no en relación con un cómplice de aquél; o se puede producir el castigo del inductor, pero no el del autor material del hecho.

D. La irrevocabilidad del perdón

Como ha destacado el profesor CACHÓN CADENAS, a través del perdón queda «excluida, absoluta y definitivamente, la posibilidad de exigir responsabilidad penal al imputado»¹⁷⁰¹. Además,

1698 Emplea dicho término MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 186.

1699 Mantiene esta misma postura, ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», cit., p. 569; MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., pp. 186-189, quien alude a la posibilidad de que la ley establezca lo contrario, como sucedía en el ámbito de los delitos de adulterio y amancebamiento; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., p. 416; CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 125 n. 160; ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, cit., p. 845; BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., cit., p. 354. De otra opinión se muestran, entre otros, RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. Cobo del Rosal; coord. Bajo Fernández), t. V, vol. 2.º, cit., p. 979; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, cit., p. 173; TORRES ROSELL, «Aspectos procesales del perdón», cit., pp. 215 y 218, donde señala que «el perdón del ofendido alcanza a todos los presuntos autores del hecho, cualquiera que sea su participación»; NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., p. 243; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, cit., pp. 362, 363.

1700 Tal situación no se ajustaba a lo dispuesto en el Código Penal de 1870 en relación con el perdón en el ámbito de los delitos de adulterio y amancebamiento. Y es que el artículo 450 de dicho texto legal decía así: «El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero». A tenor de lo dispuesto en el delito de amancebamiento (art. 452 CP 1870), el contenido de aquella disposición también resultaba de aplicación a esta última infracción penal.

1701 CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, cit., p. 123. Para un ejemplo en que se afirma la imposibilidad de revocación del perdón, ni de su condicionamiento, véase la SAP Orense n.º 10/2003 (Sección 1.ª), de 29 de enero (JUR 2003\78422), [FJ 1.º]. Además, en esta línea, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 217; RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. Cobo del Rosal; coord. Bajo Fernández), t. V, vol. 2.º, cit., p. 980; DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, cit., p. 418.

tal como hemos analizado¹⁷⁰², el perdón deberá plasmarse bien en un auto de sobreseimiento libre bien a través de una sentencia absolutoria. Ambos tipos de resoluciones revisten cosa juzgada.

E. La falta de sintonía entre el contenido del artículo 130.5.^o¹⁷⁰³ del Código Penal y los tipos que admiten la figura del perdón

Ya hemos apuntado con anterioridad la reducción habida en cuanto al radio de extensión en que cabe otorgar el perdón. Y es que si bien con el Código Penal derogado se admitían supuestos en que ya iniciada la fase de ejecución cabía válidamente conceder el mismo¹⁷⁰⁴, el Código Penal de 1995 lo limitó al inicio de la ejecución de la pena impuesta; por último, la Ley Orgánica 15/2003 ha reducido su ámbito al momento anterior a dictar sentencia.

Sin embargo, esta compresión no ha venido acompañada con la debida adecuación de los tipos penales que prevén la operatividad del perdón. Y es que lo propio, tras la reforma de 2003, habría sido la adecuación de los mismos al contenido del vigente artículo 130.5.^o del Código Penal. En este sentido, cabe distinguir, por un lado, lo establecido en las infracciones penales semipúblicas¹⁷⁰⁵; y, por otro, lo dispuesto en los delitos privados¹⁷⁰⁶. Dicha actualización brilla por su ausencia, lo cual queda evidenciado al comprobar cómo todavía las referencias se efectúan al artículo 130.4.^o del Código Penal y no a su nueva ubicación (n.º 5 del art. 130 CP). No obstante, la situación descrita ha variado en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Sin embargo, el cambio resulta insuficiente, dado que tal reforma únicamente se ha efectuado en lo que respecta a los artículos 201.3, 215.3 y 267. III del Código Penal, esto es, el legislador parece haberse olvidado del perdón en el ámbito de las faltas y, en consecuencia, la redacción del artículo 639.III no ha variado.

Pero, al margen de ello, consideramos que se ha de otorgar preferencia al contenido ínsito en el artículo 130.5.^o del Código Penal —el cual, a partir de diciembre de 2010, fecha en que entrará en vigor la mencionada Ley Orgánica 5/2010, pasa a ser el artículo 130.1.5.^o—¹⁷⁰⁷. Según la tesis postulada por la Fiscalía General del Estado, «una interpretación conjunta de las normas citadas lleva a la conclusión de que el artículo 130.5.^o no resulta contradictorio con los artículos de la parte especial mencionados cuando atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, pero sí cuando declaran la posibilidad de liquidar la pena»¹⁷⁰⁸. Esa exégesis posibilitará el

1702 Concretamente, en el capítulo IV apartado IX epígrafe 3.3.

1703 Artículo 130.1.5.^o, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

1704 El artículo 443.IV del Código Penal anterior, antes de la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/1983, disponía lo siguiente: «(...) el perdón (...) extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución».

1705 Así, «extingue la acción penal o la pena impuesta» (art. 201.3 CP); «extinguirá la pena o la acción penal» (art. 267.III CP); «extinguirá la acción penal o la pena impuesta» (art. 639.III CP).

1706 «El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal» (art. 215.3 CP).

1707 Mantiene esa misma opinión y realiza un estudio detallado al respecto, ALONSO RIMO, «Los efectos extintivos del perdón del ofendido: Un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos de 1973 y 1995», cit., ya en relación con la regulación contenida en el Código Penal derogado (pp. 63-71), así como con respecto a la vigente (pp 73-76).

1708 Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2005, de 31 de marzo (XVIII-2).

otorgamiento de efectos jurídicos al perdón concedido por la víctima en el ámbito de los delitos de injuria o calumnia contra particulares, dado que de conceder preferencia a lo establecido en el artículo 215.3 del Código Penal, dicha figura quedaría en tales casos inoperativa. Y es que el perdón en los delitos privados, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 215 del texto penal, se asocia a la existencia de sentencia condenatoria [«El *culpable* de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón (...)»¹⁷⁰⁹]. A buen seguro, la propuesta en su día efectuada por CARNELUTTI («¿por qué no decir correcta y simplemente: *extinción de los efectos penales del delito?*»), habría evitado algunos de los problemas apuntados¹⁷¹⁰. Ésta ha sido la tendencia seguida por el legislador de 2010, que modifica el apartado 3 del artículo 215 y otorga al mismo la siguiente redacción: «El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código».

4. La finalización del proceso penal por voluntad de la víctima en los delitos semipúblicos en los que no es aplicable el perdón

Hasta el momento se ha analizado el universo de las infracciones penales semipúblicas que conceden efectos jurídicos al perdón. Sin embargo, como sabemos, existen otros delitos semipúblicos (arts. 161.2, 191.2, 228, 287 y 296 CP) donde el perdón carece de virtualidad para el mundo del derecho. A aquéllos les resultará aplicable el artículo 106.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que los segundos deberán reconducirse al párrafo primero de dicho precepto. Y es que la diferencia en ambos grupos de infracciones penales semipúblicas consiste en los efectos de la renuncia en el ámbito de la extinción de la acción. Por ello, en las infracciones penales a las que afectan los artículos 201.3, 267.III y 639.III del Código Penal, el perdón —entendido como renuncia a la acción— extinguirá, además, la acción penal; en cambio, cuando no se haya previsto virtualidad jurídica a dicho perdón, la acción no quedará extinguida, pese a que se haya podido producir la renuncia a la acción penal¹⁷¹¹.

Sin embargo, en estos casos de infracciones penales semipúblicas donde el perdón carece de efectos jurídicos, pese a que la «renuncia de la acción penal» no suponga la finalización del correspondiente proceso punitivo¹⁷¹², se plantean algunas cuestiones derivadas de

¹⁷⁰⁹ Cursiva añadida.

¹⁷¹⁰ CARNELUTTI, *Teoría general del delito* [trad. Víctor Conde], Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 47 (cit. por GONZÁLEZ MONTES, «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», cit. p. 93) [Cursiva en el original].

¹⁷¹¹ Sobre la importancia de la institución de la renuncia a la acción, daba ya cuenta AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, cit., p. 542. Al respecto, el mencionado comentarista, *ibid.*, p. 543, ponía de manifiesto la diversidad de efectos que la renuncia producía en función de la perseguibilidad que tuvieran las infracciones penales.

¹⁷¹² Compartimos así las palabras de MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», cit., pp. 132, 133, cuando al respecto señalaba lo siguiente: «La renuncia de la acción penal por parte del acusador particular, tanto en el proceso por delitos públicos como en el proceso por delitos semipúblicos,

la falta de interés en la continuación del mismo como parte procesal activa de la víctima. Y es que lo realmente relevante a tales efectos no será la condición de víctima –como señalábamos en relación con la institución del perdón–, sino que se ha de haber convertido en parte acusadora (acusación particular). Por ello, aun cuando aquí no quepa el perdón –y la consecuente resolución absolutoria que, en principio, ponga fin al proceso– sí que resulta factible el «apartamiento»^{1713 1714} de la posición de acusación particular por haber desaparecido el interés que en algún momento pudo tener la víctima en la persecución activa de los hechos.

Ahora bien, dicha decisión, aplicable asimismo al régimen general de las infracciones penales públicas, no significará la finalización (anormal) del proceso por un acto dispositivo de la víctima. Sin embargo, a diferencia de la perseguibilidad de oficio, el carácter de delito semipúblico conlleva ciertas peculiaridades. En concreto, partiendo de la admisión de la actuación de la acusación popular en este tipo de supuestos, posición que aun con ciertas dudas nos parece preferible a la contraria¹⁷¹⁵, se plantea el dilema de si la senda seguida por la víctima –incoación, constitución en parte procesal activa y, posteriormente, haber cesado su interés en seguir como acusación particular– influye en el papel desempeñado por

no lleva consigo la renuncia del Ministerio Fiscal y, por consiguiente, la acción penal del acusador público continúa subsistente, y, con ella, el deber funcional que le impone a esta parte el art. 105 LECr., a pesar de que el acusador particular haya renunciado al ejercicio de la acción».

1713 Coincidimos con las apreciaciones de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, cit., p. 234, en relación con el artículo 274.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Pero podrá apartarse de la querella en cualquier tiempo, quedando, sin embargo, sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores»): «el apartamiento de la querella, tratándose de delito público o semipúblico produce un efecto exclusivamente personal con respecto al abandonante. No supone renuncia, pues en el primero el querellante no monopoliza la acción y en la infracción semipública es preciso el perdón y éste ha de ser expreso. Tampoco supone desistimiento, pues el juicio sigue en ambos casos y no puede reproducirse. Con relación al delito privado el abandono de la querella supone renuncia, pues no puede volver a reproducirse de nuevo (...)».

1714 Quizá en el fondo las discrepancias existentes en cuanto a la extensión del perdón y de la renuncia a la acción penal pueden resultar reconducidas al plano terminológico. Así, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., pp. 134, 135, distinguía el perdón y la renuncia de la siguiente manera: «(...) el perdón del perjudicado implica necesariamente (...) renuncia a la acción penal. Pero, a su vez, cabe, en principio, renuncia a la acción penal sin otorgamiento de perdón. En este caso, el efecto de la renuncia se circunscribe a impedir que el renunciante pueda ejercitar ulteriormente la acción penal extinguida por su previa abdicación. (...) La renuncia supone el abandono del derecho de acción que el ordenamiento reconoce a cualquier perjudicado por el hecho delictivo y, como tal, su efecto se agota en la extinción de tal derecho, sin afectar a la acción penal de otros titulares. Por ello, extinguida por renuncia la acción del perjudicado, permanece viva la acción penal pública que, atribuida al Ministerio Fiscal, nazca de tal hecho. Pero, cuando del hecho delictivo no nace acción penal pública, el efecto reflejo de la renuncia de la acción penal del perjudicado es la propia desaparición (sobresimiento definitivo) del proceso». Este último caso coincide, por tanto, con lo que hemos denominado «apartamiento» de la posición de parte acusadora. Coincidimos así, en el fondo, con la opinión de MEDINA CRESPO, *ibid.*, pp. 137, 138: «(...) el perdón y la renuncia a la acción penal por delito privado operan como idénticos conceptos funcionales. Otorgado el perdón por un delito semiprivado, como acto de mayor relevancia que la renuncia a la acción penal, su eficacia extintiva se proyecta, fuera de sí misma, sobre la acción penal pública, que se configura existencialmente como dependiente de la voluntad particular».

1715 Al respecto, véase lo señalado en el capítulo IV apartado VI.

el actor *quivis ex populo*¹⁷¹⁶. En principio, la respuesta parece que ha de ser negativa. Sin embargo, LATORRE LATORRE sostiene que en tales casos la acusación popular, dado que la acción prevista en el artículo 125 de la Constitución no prevé sino un derecho, debería a tal efecto recabar la autorización de la persona agraviada¹⁷¹⁷. Quizá, matizando la posición del autor citado, el objetivo, más que la consecución de una autorización, consista simplemente en conocer la opinión de la víctima sobre el particular. La decisión final, en cualquier caso, queda en manos del acusador popular.

Otra cuestión de interés que se plantea en relación con los delitos semipúblicos –y también con los perseguibles de oficio (problema frecuente, por ejemplo, en el ámbito de la violencia doméstica y también en la de género)– donde no opera el perdón, es el de la «retirada» de la denuncia, dado que el objetivo de la víctima-denunciante mediante dicha retirada es la finalización del correspondiente proceso penal¹⁷¹⁸. Sin embargo, tal finalidad choca con las previsiones legales, pues, salvo los supuestos en que se admite el perdón, el proceso penal (en teoría) continuará, a iniciativa del Ministerio Fiscal, independientemente de la voluntad de la víctima. Aun con todo, no cabe desconocer que se trata ésta de una práctica ciertamente frecuente en el quehacer forense, pero que, sin embargo, no encuentra acomodo legal¹⁷¹⁹. Considera MARCOS AYJÓN que el legislador, al aprobar el Código Penal de 1995, desaprovechó la ocasión de introducir una norma expresa sobre el particular¹⁷²⁰.

1716 En la esfera de los delitos societarios, y refiriéndose más que a la actuación de la acusación popular al papel del Ministerio Fiscal, el profesor VEGAS TORRES señala, en el marco de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «Los delitos societarios», cit., (epígrafe VI) que «tratándose de un delito semipúblico es preciso que se aclare en la Ley cómo se debe actuar si el ofendido se aparta del procedimiento, ya que parece perturbador la continuación en tal caso del proceso».

1717 LATORRE LATORRE, *Acción popular/Acción colectiva*, cit., pp. 127, 128.

1718 Sin embargo, y puesto que el perdón carece de operatividad jurídica, la negativa de la víctima a continuar con el procedimiento puede reflejarse a lo largo del mismo de diversas formas. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 236, en relación con la delincuencia sexual, apunta la posibilidad de que la persona agraviada modifique su testimonio y niegue haber sufrido dicho ataque contra su libertad sexual, pudiendo existir en este caso un delito de obstrucción a la Justicia. Según el sector doctrinal mencionado, podría incurrirse en el delito tipificado en el artículo 464 del Código Penal. Véase, en este sentido, la STS 29 septiembre 2000 (RA 2000/8265). Por su parte, GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», cit., p. 368, pone de manifiesto la dificultad probatoria en el supuesto de que la persona ofendida no quiera cooperar con la Administración de Justicia, por ejemplo en el caso de que el Ministerio Fiscal haya iniciado el procedimiento en contra de la voluntad del ofendido, o la víctima haya reconsiderado su decisión inicial y no se sienta con fuerzas para sobrellevar la carga que todo proceso penal significa.

1719 Ya aludía a este aspecto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II vol. I, cit., pp. 562, 563.

1720 MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 657.



EPÍLOGO

INCOHERENCIAS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PERSEGUIBILIDAD A INSTANCIA DE PARTE

Una vez realizado el análisis pormenorizado de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte se plantean una serie de consideraciones que, a nuestro juicio, procede exponer de forma conjunta y sistematizada con el fin de suministrar una visión global de las distintas cuestiones problemáticas que conlleva dicha institución.

En primer lugar, y al hilo del estudio emprendido, cabe extraer como observación inicial la relativa a la falta de un criterio sistematizador y explicativo de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte. En concreto, nos referimos al hecho de que no existen elementos comunes justificadores de la aplicación de dicha institución a determinados tipos penales y no a otros. Incluso la circunstancia de que figuras como los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial hayan pasado, en virtud de las recientes reformas penales (Ley Orgánica 15/2003), de ostentar naturaleza semipública a ser perseguibles de oficio, sin que ello haya suscitado mayores críticas doctrinales, pone de relieve la falta de argumentos uniformes en este punto.

A nuestro juicio, imperan en la *ratio legis* criterios de carácter político-criminal de difícil control *ex post*, por lo que la doctrina que se ha preocupado de analizar estas cuestiones se ha limitado de ordinario a un análisis *de lege lata* sin buscar en la mayor parte de los casos los fundamentos últimos de la decisión del legislador. Consideramos que, dada la naturaleza político-criminal de la opción adoptada, el poder legislativo goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de disponer qué figuras delictivas ostentarán dicho régimen de perseguibilidad. Ello no implica que se legitime la arbitrariedad en la adopción de la decisión, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego (no hay que olvidar que al movernos en la esfera penal se trata de aquéllos socialmente más importantes), por lo que una vez tomada debe resultar justificable a la luz de una valoración ponderada tanto de la relevancia de los intereses implicados como del valor otorgado a la voluntad de la víctima en relación con la propia perseguibilidad. Este último dato se vincula de ordinario con aspectos tales como la prevalencia reconocida a la intimidad de la víctima en determinados delitos (reproducción asistida no consentida, contra la libertad e indemnidad sexual, y de descubrimiento y revelación de secretos). Evidentemente, la observación anterior resulta más manifiesta si cabe con respecto a los delitos privados (injuria y calumnia contra

particulares), donde concurre la nota de tratarse de un ámbito en el que la voluntad de la persona agraviada resulta fundamental en el marco de la persecución penal.

En consecuencia, y aun cuando se parte del dato de que la condición de perseguible a instancia de parte aplicable a determinadas figuras delictivas constituye una opción legislativa entendida como criterio político-criminal, disponiendo por ello el legislador de un amplio margen de discrecionalidad, dicha aseveración no es óbice para formular una exigencia de coherencia a la hora de articular esta modalidad de perseguibilidad.

Una vez puesto de relieve lo anterior, procede realizar una serie de observaciones críticas que a nuestro juicio deberían tomarse en consideración por parte del legislador en futuras reformas en la materia. En concreto, nos referimos a ciertas antinomias que el régimen de perseguibilidad a instancia de parte, tal como el mismo se ha configurado en la realidad normativa española, plantea. En primer lugar, se detecta una falta de coherencia en el tratamiento de los delitos vinculados con la violencia de género y doméstica, en particular si los ponemos en relación con las infracciones penales semipúblicas de naturaleza sexual. Como acertadamente han puesto de manifiesto SOLÉ Y LARRAURI, si atendemos al fundamento de la perseguibilidad a instancia de parte de estas últimas, ello se vincula, en gran medida, con la protección de la intimidad de la víctima entendida como un interés prevalente que puede impedir la incoación del proceso penal¹⁷²¹. En opinión de los referidos autores –criterio que compartimos, precisamente, por su coherencia–, dicha característica debería resultar igualmente extensible a los delitos relacionados con la mencionada violencia de género. El argumento básico en este sentido vendría constituido por la incidencia común en ambos casos sobre la intimidad personal y familiar que la persecución de los hechos genera, por lo que, de nuevo, se considera preferente otorgar a la víctima un cierto control (que, por otro lado, *de facto* se está produciendo en la realidad social de nuestro país ante el fenómeno de la «retirada de la denuncia» por parte de la víctima).

No obstante, probablemente el ámbito donde la ausencia de coherencia y la escasa previsión del legislador en orden a la armonización legislativa en materia de perseguibilidad a instancia de parte resulten más palmarias es el de los delitos y faltas por impago de pensiones. De esta forma, mientras en el caso de los delitos (art. 227 CP) nos encontramos ante figuras semipúblicas (art. 228 CP), la falta análoga (art. 618.2 CP) resulta perseguible de oficio. Ello constituye, con independencia de lo adecuado de la existencia de una falta de la naturaleza citada, un defecto de articulación legislativa difícilmente admisible desde el punto de vista de la coherencia dogmática. Por ello, en este caso abogamos decididamente por la oportuna reforma normativa formulada como propuesta *de lege ferenda*.

En la misma línea argumental, es decir, en relación con la ausencia de armonización entre figuras delictivas de idéntica naturaleza pero de distinta gravedad, procede destacar el caso de los delitos (arts. 208-210 CP) y faltas (art. 620 CP) de injurias contra particulares. De esta manera, mientras que los primeros ostentan carácter privado (art. 215 CP), los segundos precisan únicamente de denuncia para su persecución (ex art. 620 CP), en una nueva muestra de falta de rigor por parte del legislador a la hora de articular el régimen de

¹⁷²¹ SOLÉ RIERA y LARRAURI PIJOAN, «Violencia doméstica y situación de la víctima», cit., pp. 81, 82.

perseguibilidad. De nuevo, resulta evidente la necesidad de armonizar las referidas disposiciones penales con el fin de suministrar una respuesta coherente en este punto.

Un ulterior grupo de supuestos problemáticos viene constituido por dos modalidades delictivas vinculadas con los delitos contra la intimidad. Nos referimos, en concreto, a los casos en los que en el marco del descubrimiento y revelación de secretos el autor de los hechos ostenta la condición de encargado o responsable de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.4 CP), o la de confidente necesario (art. 199.2 CP). En este sentido, genera cierta perplejidad observar que esas conductas no conllevan algún tipo de modulación o excepción a la perseguibilidad a instancia de parte. Y es que el obrar de tales profesionales guarda semejanzas con el prevalimiento de los funcionarios requerido en el artículo 198 del Código Penal, precepto éste que el artículo 201.2 del mismo texto excluye de las peculiaridades en el ámbito de la perseguibilidad diseñadas para otros tipos delictivos contenidos en el capítulo I del título X del libro II del vigente Código Penal. Por ello, la facilidad que tienen los mencionados encargados, responsables o, incluso, los confidentes necesarios en la obtención de ciertas informaciones, siendo así que en múltiples ocasiones el propio acceso será lícito, nos despierta recelos en torno a la conveniencia de mantener dichas infracciones como semipúblicas. Consideramos, en suma, que se trata de conductas a medio camino entre el artículo 199.1 del Código Penal (infracción no pública) y el artículo 198 de la norma penal (delito perseguible de oficio).

Asimismo, un tercer supuesto problemático en relación con los delitos contra la intimidad viene planteado por la necesidad de ponderar la conveniencia de considerar perseguible a instancia de parte, indiscriminadamente, todo supuesto en que una persona jurídica resulta víctima de un delito contra la intimidad de los contenidos en el capítulo I del título X¹⁷²². Y es que lo anterior se ha de conectar con aquellos casos en que los datos reservados de personas jurídicas que se descubren, revelan o a los que se accede pertenecen a entidades públicas o, incluso, en los supuestos a caballo entre las personas jurídicas privadas y las públicas (así, personas jurídicas privadas con capital público, sociedades mixtas, etc.). En este último caso, la importancia de los bienes jurídicos y de los intereses en presencia debería obligar a ponderar, al menos, la oportunidad de que el régimen de perseguibilidad fuera público.

Una nota ulterior que procede formular en este ámbito, extensible a tres grupos de delitos semipúblicos (arts. 201.2, 287.2 y 296.2 CP), es la relacionada con la existencia de la cláusula en virtud de la cual no será precisa la denuncia exigida «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas». El gran problema de esta locución, formulada, como ya se ha destacado, en relación con figuras que precisan de denuncia para su persecución, viene constituido por el hecho de que en virtud de la misma se acaban convirtiendo en públicas infracciones que, de acuerdo con el mandato legal del primer párrafo de los artículos 201, 287 y 296 del Código Penal, ostentan carácter semipúblico. Ello ha planteado evidentes problemas a doctrina y jurisprudencia con el fin de dotar de un significado coherente a dichos preceptos; es decir, que, respetando el carácter semipúblico de los delitos a los que se aplican, permita determinar, con una cierta nitidez

¹⁷²² En este sentido, véase SOLA RECHE, «La protección penal de la intimidad informática», cit., p. 198.

acorde con la necesaria seguridad jurídica, los supuestos en los que concurre la excepción entendida como afectación a «los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Por otro lado, y conectado con el apartado anterior, el artículo 191.1 del Código Penal vuelve a plantear una fórmula de difícil encaje cuando dispone que para «proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia»¹⁷²³. Ello plantea una absoluta indefinición a la hora de concretar los criterios con arreglo a los cuales la Fiscalía debe llevar a cabo la referida ponderación. Si bien a lo largo del texto¹⁷²⁴ se ha ofrecido un criterio interpretativo al objeto de dotar de sentido a dicha formulación, el tenor literal legitima el mantenimiento de otras líneas interpretativas, lo cual en nada favorece la claridad en el desempeño de su función del propio Ministerio Público.

Una última consideración que procede poner de relieve es la formulada, a nuestro juicio acertadamente, por MARCOS AYJÓN. El referido autor señala¹⁷²⁵ que el significativo incremento del número de delitos para cuya persecución se exige denuncia no ha supuesto un aumento de la iniciativa privada en la perseguibilidad de los mismos. Por el contrario, la técnica legislativa empleada ha consistido en ampliar la esfera de actuación del Ministerio Público en relación con la persecución de algunos de estos delitos. Como muestra de lo anterior, cabe destacar el referido artículo 191.1 del Código Penal (querella del Ministerio Fiscal ponderando los legítimos intereses en presencia), así como las cláusulas empleadas en los artículos 201.2, 287.2 y 296.2 de la norma penal (no será precisa la denuncia exigida cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas).

En definitiva, una vez realizado el estudio dogmático en que se materializa la presente investigación, cabe poner de relieve la existencia de importantes antinomias y contradicciones a la hora de configurar los supuestos delictivos a los que se aplica la perseguibilidad a instancia de parte. Nuestra pretensión en este punto consiste en evidenciar las mismas, conscientes, sin embargo, de que, en la determinación de los concretos hechos delictivos vinculados a dicho régimen de perseguibilidad, el legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad configurado como opción político-criminal.

¹⁷²³ Cursiva añadida.

¹⁷²⁴ En concreto, véase el capítulo IV apartado V epígrafe 5.

¹⁷²⁵ MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., p. 659.

Bibliografía

- AAVV, *Comentarios al Código Penal* (dir. Cobo del Rosal), t. V, Edersa, Madrid, 1999.
- AAVV, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Agustín Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997.
- AAVV, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* (dir. Bajo Fernández), vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- AAVV, *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)* (dir. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ACOSTA ESTÉVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. I, ed. Reus, Madrid, 1912.
- AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1924.
- AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, ed. Reus, Madrid, 1924.
- AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, ed. Reus, Madrid, 1924.
- ALBALADEJO, *Derecho civil. I (Introducción y Parte General)*, 18.^a ed., EDISOFER, Madrid, 2009.
- ALMAGRO NOSETE, «Garantías constitucionales del proceso civil», en *Consideraciones de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- ALMAGRO NOSETE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia* 83.
- ALMAGRO NOSETE, «Nuevos horizontes del derecho a la justicia», en *Consideraciones de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- ALMAGRO NOSETE, *Lecciones de derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.
- ALONSO RIMO, «Implicaciones de la perseguibilidad privada y del perdón en la esfera de los delitos contra la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal* (coord. Latorre Latorre), Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

- ALONSO RIMO, «Los efectos extintivos del perdón del ofendido: Un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos de 1973 y 1995», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
- ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, «Entre política y derecho: el Estatuto del actor público en el proceso penal», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3.ª ed., ed. Rubí, Madrid, 1981.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.º 2.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III). Acción penal y víctima colectiva», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, n.º 1.
- ARAQUE IZAGUIRRE, «Acusación particular y protección de intereses de grupo en el proceso penal», en *Revista «La Ley»*, n.º 6621, 3 de enero de 2007, ref.ª D-2.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, «Delito ecológico y acción popular», en *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre 1997.
- ARIAS EIBE, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», en *Actualidad Penal*, n.º 17, 2001.
- ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», en *Poder Judicial*, n.º 41-42.
- ARMENTA DEU, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», en *Poder Judicial*, n.º 58.
- ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- Asociación de Mujeres Juristas Themis (MUÑOZ FERNÁNDEZ, OLIVARES GARCÍA y SAN VICENTE JIMÉNEZ), *El impago de pensiones en Andalucía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004.
- ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.
- AUGER LIÑAN, «El principio de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- AYO FERNÁNDEZ, *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en Poder Judicial, n.º Especial II.
- BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas)*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- BANACLOCHE PALAO, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», en Revista de Derecho Procesal, 2008.
- BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- BECCARIA, *De los delitos y de las penas* [trad. Tomás Valiente], Aguilar, Madrid, 1982.
- BEGUÉ LEZAUN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona, 1999.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida», en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (coord. Vidal Martínez), Comares/Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», en *Genética y Derecho Penal* (ed. Romeo Casabona), Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Granada, 2001.
- BERISTAIN IPIÑA, «Protección penal de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia», en *Cuestiones penales y criminológicas*, ed. Reus, Madrid, 1979.
- BERMÚDEZ REQUENA, «Algunas cuestiones sobre el proceso por delitos de injuria o calumnia contra particulares», en Revista de Derecho Penal, n.º 23.
- BERZOSA FRANCOS, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, El Almendro, Córdoba, 1984.
- BERZOSA FRANCOS, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- BERZOSA FRANCOS, «Principios del proceso», en Justicia 92.
- BOIX REIG, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal* (coord. Latorre Latorre), Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- BOIX REIG, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
- BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- BUENO ARÚS, «Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999», en *Delitos contra la libertad sexual* (dir. Díez Ripollés), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- BUJOSA VADELL, «La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): Estado de la cuestión en España», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y*

- el recurso de casación* (dir. Gimeno Sendra y coord. Cabezudo Bajo), Iustel, Madrid, 2007.
- BUJOSA VADELL, «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular», en *Justicia* 90.
- BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Justicia* 2001, n.º 2-4.
- BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI PIJOAN, *Victimología: Presente y futuro*, PPU, Barcelona, 1993.
- CABAÑAS GARCÍA, «Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual», en *Revista «La Ley Penal»*, n.º 6, junio 2004.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996.
- CACHÓN CADENAS, *Dinámica procesal del sobreseimiento penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1993.
- CACHÓN CADENAS, «Jurisdicción, partes y actos procesales», en *Estudios de Derecho Judicial* (Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil), n.º 17.
- CACHÓN CADENAS, «Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, n.º 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- CACHÓN CADENAS, «La buena fe en el proceso civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial (El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal)*, n.º 18, 2005.
- CACHÓN CADENAS, «Efectos del sobreseimiento», en *Justicia* 2008, n.º 3-4.
- CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ, «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (I)», en *Revista «La Ley»*, n.º 5819, 8 de julio de 2003.
- CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ, «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (II)», en *Revista «La Ley»*, n.º 5820, 9 de julio de 2003.
- CACHÓN CADENAS y MÁLAGA DIÉGUEZ, «Astreintes and imprisonment for debts in the Spanish Civil Procedure» [trad. Elena Ferrán y Consuelo Ruiz de la Fuente], en *Astreinte and imprisonment for debt in Europe* (en prensa).
- CALVO SÁNCHEZ, «La reforma del proceso penal», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- CAMPO MORENO, *Prólogo*, en DE DIEGO DÍEZ, *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *Revista «La Ley»*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref.ª D-366.
- CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

- CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993.
- CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: Consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- CARNELUTTI, «Principios del proceso penal» [trad. Sentís Melendo], en *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1971.
- CARNELUTTI, *Teoría general del delito* [trad. Víctor Conde], Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CARRIL PAN, «Soluciones a los problemas actuales de la justicia penal», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. Silva Sánchez y coord. Ragués i Vallès), Atelier, Barcelona, 2006.
- Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «Los delitos societarios», en Revista «La Ley», n.º 7405, Sección Dictamen, 19 de mayo de 2010 (La Ley 819\2010).
- CERES MONTÉS, «Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: Nuevas tendencias», en Poder Judicial, n.º 38.
- CERES MONTÉS, *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, Colex, Madrid, 1996.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito 1*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- CHOZAS ALONSO, «Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal», en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n.º 1, 1997.
- CHRISTIE, Nils, «Los conflictos como pertenencia» [trad. Alberto Bovino y Fabricio Guariglia], en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Consideraciones de lege ferenda sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 6, 1983.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial VI.
- CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios pena-*

- les en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. Quintero Olivares y Morales Prats), Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, 1994.
- CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CUADRADO SALINAS, «Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una Administración eficaz de la Justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 18 (2009).
- CUBILLO LÓPEZ, «Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia», en *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.
- DE DIEGO DÍEZ, *Alcance de los términos «sentencia de estricta conformidad»*, Colex, Madrid, 1998.
- DE DIEGO DÍEZ, *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en *Revista General de Derecho*, oct.-nov. 1992.
- DE LA OLIVA SANTOS, «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en *Tribunales de Justicia* 1/1997.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 5.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), 7.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LA RÚA MORENO, «La instrucción de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: Especial referencia a los secretos de empresa y delito publicitario», en *La instruc-*

- ción de los delitos económicos y contra la Hacienda pública* (dir. Solaz Solaz), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- DE TOLEDO Y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», en *Actualidad Penal*, n.º 32, 1996.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999», en *Actualidad Penal*, n.º 42, 1999.
- DE VICENTE REMESAL y GARCÍA MOSQUERA, «Delitos contra la libertad sexual», en *Enciclopedia penal básica* (dir. Luzón Peña), Comares, Granada, 2002.
- DEL MORAL GARCÍA, «Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad contra particulares», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 7, septiembre 1987.
- DEL MORAL GARCÍA, *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, Colex, Madrid, 1990.
- DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- DELGADO BARRIO, «El principio de oportunidad en el proceso penal», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona, 1985.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (con de la Oliva Santos), McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ECHANO BASALDÚA, «Perspectiva jurídico-penal del perdón», en *El perdón en la vida pública* (con Bilbao Alberdi, Etxeberria Mauleón y Aguirre Monasterio), Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- HIRANOVA ENCINAS, *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid, 1998.
- ESCALADA LÓPEZ, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- ESCALADA LÓPEZ, *Los orígenes del principio de legalidad del juez*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2007.
- ESCALER BASCOMPTE, «La atención a la víctima después de las últimas reformas procesales», en *Justicia* 2004, n.º 1-2.
- ESCALER BASCOMPTE, «Sobre cómo revitalizar la conciliación preventiva, si se pretende conservarla», en *Justicia* 2008, n.º 1-2.
- ESCANILLA PALLAS, «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», en *Código penal de 1995* (coord. Serrano Butragueño), Comares, Granada, 1999.
- ESCOBAR JIMÉNEZ y DEL MORAL GARCÍA, «La violación: ¿Delito público o semipúblico? (Sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)», en *Actualidad Penal*, 1993-2.
- ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988.
- FAIRÉN GUILLÉN, «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- FARALDO CABANA, «El artículo 294 del Código Penal español de 1995: Incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órgano o entidades», en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (coords. Terradillos Basoco y Acale Sánchez), Trotta, Madrid, 2004.
- FENECH NAVARRO, «Estudio sistemático del sobreseimiento», en *Revista de Derecho Procesal*, 1945.
- FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, II, Librería Bosch, Barcelona, 1945.
- FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 3.ª ed., Agesa, Madrid, 1978.
- FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 4.ª ed., Agesa, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ ALBOR, «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Edersa-Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, Edersa, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», en *La reforma del proceso penal* (con Andrés Ibáñez, Conde-Pumpido Tourón, Pérez Mariño y Varela Castro), Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «La protección penal o civil del honor», en *Revista «La Ley»*, n.º 6755, 27 de junio de 2007, ref.ª D-150.
- FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ, Miguel-Ángel, «Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.

- FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.
- FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal* [trad. Zaffaroni y Hagemeyer], Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- FLORS MATIES, «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487.bis del Código Penal», en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1993.
- FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991.
- FRANCO ARIAS, «Ejecución no dineraria: disposiciones generales, ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil* (coord. Alonso-Cuevillas Sayrol), vol. III, Economist&Jurist, Barcelona, 2000.
- FUENTES SORIANO, «La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir. Hurtado Pozo), Lima-Friburgo (Suiza), 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios: aspectos procesales)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 345, 4 de junio de 1998.
- GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *Economist&Jurist*, n.º 17, 1996.
- GARCÍA ARÁN, «El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra la libertad y la seguridad* (dir. Terradillos Basoco), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- GARCÍA PÉREZ, «El delito de acoso sexual: estructura típica y problemas concursales», en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001.
- GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA VALDÉS, *Derecho Procesal Criminal*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1944.
- GERMÁN MANCERO, «La víctima en el proceso penal: La protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995.
- GERPE LANDÍN, «Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- GIMENO SENDRA, *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.
- GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», en *Poder Judicial*, n.º Especial II: Justicia Penal.

- GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA, «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», [en línea], [citado 16 marzo 2008]. Disponible en internet: <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_1/31-37.pdf> [también en papel en Revista «La Ley», n.º 4180, de 4 de diciembre de 1996, ref.ª D-365].
- GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2008.
- GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 3.ª ed., Madrid, 2005.
- GIMENO SENDRA, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «Botín» y «Atutxa»», en Revista «La Ley», n.º 6970, 18 de junio de 2008, ref.ª D-190.
- GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena, Cortés Domínguez y Almagro Nosete), Tirant lo blanch, Valencia, 1989.
- GIMENO SENDRA, *Derecho procesal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez), t. II, 4.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999.
- GISBERT GISBERT, «La acción popular y las personas jurídicas públicas», en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, n.º 22, abril 2007.
- GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935.
- GÓMEZ AMIGO, «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 765, 18 de diciembre de 2008.
- GÓMEZ BENÍTEZ, «Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?», en Revista «La Ley», n.º 5143, 19 de septiembre de 2000, ref.ª D-198.
- GÓMEZ BENÍTEZ, «Delitos societarios», en *Derecho Penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- GÓMEZ COLOMER, «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (con Roxin, Arzt y Tiedemann), Ariel, Barcelona, 1989.
- GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal español (Para Agentes de la Autoridad, Criminólogos y no Juristas en general)*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal y su Jurisprudencia*, 6.ª ed., Forum, Oviedo, 2002.
- GÓMEZ ORBANEJA, «Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad», en *Co-lección de Estudios en homenaje al Profesor Barcía Trelles (en sus bodas de plata de catedrático de Derecho Internacional)*, Universidad Compostelana, Santiago, 1945.
- GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1951.

- GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ CANO, «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores», en *Tribunales de Justicia* 7/2000.
- GONZÁLEZ CANO y ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ MONTES, Fernando, «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis, «Notas en torno a la acción penal y su ejercicio», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 6-7, 1985.
- GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ RUS, «El perdón en los delitos sexuales: Una institución carente de fundamento», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1984, n.º 3.
- GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59.
- GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ VICENTE, «La denuncia condicionante y sus efectos en el orden material y procesal», en *Poder Judicial*, n.º Especial XII.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, «Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes», en *Poder Judicial*, n.º Especial XII.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), t. II, Trivium, Madrid, 1997.
- GRACIA MARTÍN y ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GRANADOS PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GUERRERO PALOMARES, *El principio acusatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- GUINARTE CABADA, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «Principios procesales de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social y de su reglamento», en *Estudios de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, «Nuevas perspectivas sobre la situación jurídica penal y procesal de la víctima», en *La reforma del proceso penal (II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- HIGUERA GUIMERÁ, «Los delitos relativos a la manipulación genética», en *Actualidad Penal*, n.º 19, 2001.
- HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», en *Actualidad Penal* n.º 31, 2002.
- HUALDE LÓPEZ, «Acusación popular y violencia de género», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n.º 21, 2009.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid, 1993.
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969.
- JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, vol. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, [1950?].
- JIMÉNEZ ASENJO, «Delitos contra el honor», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (dir. Mascareñas), t. VI, Francisco Seix, Barcelona, 1954.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, «Aspectos procesales de las uniones de hecho», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 15, mayo 2008 (<<http://www.iustel.com>>).
- JIMENO BULNES, «Violencia de género: Aspectos orgánicos y competenciales», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género* (dir. de Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009.
- JORGE BARREIRO, Alberto, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», en *Revista «La Ley»*, n.º 4038, 17 de mayo de 1996, ref.^a D-172.
- JUAN SÁNCHEZ, «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», en *Revista «La Ley»* n.º 6897, 5 de marzo de 2008, ref.^a D-70.
- JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (con Escudero Moratalla, García Llamas, Frigola Vallina, Juan i Casadevall y Ganzenmüller Roig), Bosch, Barcelona, 1998.
- LAMARCA PÉREZ, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, 1996.
- LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- LARA LÓPEZ, «Principio de oficialidad vs. Principio de oportunidad en el proceso penal español», en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Problemas actuales del proceso iberoamericano* (dirs. Robles Garzón y Ortells Ramos), vol. II, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006.
- LARRAURI PIJOAN, «Victimología», en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- LARRAURI PIJOAN, «Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres», en *Mujeres, Derecho penal y Criminología* (comp. Larrauri Pijoan), siglo veintiuno, Madrid, 1994.

- LARRAURI PIJOAN, «Una crítica feminista al Derecho penal», en *Violencia doméstica y legítima defensa* (con Varona Gómez), EUB, Barcelona, 1995.
- LARRAURI PIJOAN, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Delitos contra la libertad sexual* (dir. Álvarez Álvarez), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- LARRAURI PIJOAN, «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 12 (2003).
- LARRAURI PIJOAN: «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en *Cuadernos penales* José María Lidón, n.º 2, 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. VI, 5.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006.
- LATORRE LATORRE, *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.
- LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- LIBANO BERISTAIN, «Régimen procesal de los delitos semipúblicos contra la libertad sexual», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (coord. Echano Basaldúa), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- LIBANO BERISTAIN, «La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil», en *El proceso de ejecución civil: problemas actuales* (coords. Cachón Cadenas y Picó Junoy), Atelier, Barcelona, 2008.
- LIBANO BERISTAIN, «La certificación del intento de conciliación en el proceso penal por delito privado», en SERRA DOMÍNGUEZ (Liber amicorum), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009.
- LIBANO BERISTAIN, «El elemento personal en la determinación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer: Especial consideración al menor como víctima incluida en la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 29, 2010.
- LIDÓN CORBI, «El perdón del ofendido», en *Estudios de Deusto*, 1985, vol. XXXIII/1, fasc. 74.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El principio de oportunidad», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código Penal* (dir. Conde-Pumpido Tourón y coord. López Barja de Quiroga), t. III, Bosch, Barcelona, 2007.
- LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Closas-Orcoven, Madrid, 1996.
- LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- LORCA NAVARRETE, *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso-administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987.
- LORCA NAVARRETE, *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991.

- LORCA NAVARRETE, «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en Revista «La Ley», n.º 6057, 8 julio 2004, ref.ª D-150.
- LORCA NAVARRETE, «La apertura a la conformidad», en *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, R. García Blanco, Madrid, 1983.
- LUACES GUTIÉRREZ, «Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género* (dir. de Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009.
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996.
- MACIÁ GÓMEZ, *El delito de injuria*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- MAIER, «La víctima y el sistema penal», en *De los delitos y de las víctimas* (comp. Julio B.J. Maier), Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MARCHENA GÓMEZ, *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, ICSE, Las Palmas de Gran Canaria, 1989.
- MARCOS AYJÓN, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», en *Tribunales de Justicia* 6/1997.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Los «nuevos» delitos contra la Propiedad Intelectual: novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», en Revista «La Ley Penal», n.º 29, julio-agosto 2006.
- MARTÍN GARCÍA, «Análisis del artículo 226 del Código Penal», en *Revista General de Derecho*, n.º 645, junio 1998.
- MARTÍN PALLÍN, «Los delitos societarios», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. Soriano Soriano), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- MARTÍN PASTOR, «Imprecisión legislativa y polémica jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción penal. Proyecto de reforma», en Revista «La Ley», n.º 6844, 19 de diciembre de 2007, ref.ª D-274.
- MARTÍN RÍOS, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 24.
- MARTÍN Y MARTÍN, «Denuncia previa o instancia de parte y la reforma hecha por la Ley de Actualización del Código Penal 3/1989, de 21 de junio: Perspectiva futura», en *Poder Judicial*, n.º Especial XII (*Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal*).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio* (dir. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ PÉREZ, «Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código Penal español», en *Estudios penales en memoria del Profesor Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1989.

- MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos societarios», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)* (dirs. Vives Antón y Manzanares Samaniego), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Facturación ilícita», en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* (dir. del Rosal Blasco), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El acto de conciliación en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, n.º 2.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1976.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 28, diciembre 1992.
- MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- MASCARELL NAVARRO, «El sobreseimiento en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho*, marzo 1993.
- MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 5, 1995.
- MATALLÍN EVANGELIO, *El nuevo delito de acoso sexual*, en *Revista General del Derecho*, Valencia, 2000.
- MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005.
- MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, Artes Gráficas Suárez Barcala, Madrid, 1989.
- MELERO BOSCH, «La competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de los actos de conciliación. Una propuesta de reinterpretación», en *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (dirs. Robles Garzón y Ortells Ramos), t. II, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006.
- MENA ALVÁREZ, «El principio de inoportunidad», en *Jueces para la Democracia*, n.º 8, 1989.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002.
- MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.
- MIRANDA ESTRAMPES y GUASCH FERNÁNDEZ, «El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 54.

- MONTALBÁN HUERTAS, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», en *Jueces para la democracia*, 1988, n.º 32.
- MONTERO AROCA, «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1855», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1971.
- MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal», en *Primeras jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal* (ed. J.L. González Montes), Universidad de Granada, Granada, 1994.
- MONTERO AROCA, «Las conciliaciones en el proceso laboral», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1973.
- MONTERO AROCA, «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal», en *Trabajos de derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997.
- MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), III, 8.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 10.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), I, 15.ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- MONTERO FERNÁNDEZ-CID, «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Edersa-Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1985.
- MONTÓN REDONDO, «Algunas reflexiones que nos sugiere el Código Penal de 1995 sobre competencia y legitimación», en *Tribunales de Justicia* 10/1998.
- MONTÓN REDONDO, «Posicionamiento procesal ante los delitos de calumnia o injuria. ¿Qué procedimiento debe seguirse?», en *Revista «La Ley»*, 1994-4.
- MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.
- MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, EDIJUS, Zaragoza, 1996.
- MORENO CATENA «La justicia penal y su reforma», en *Justicia* 1988.
- MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1996.
- MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial* (dir. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996.

- MORÓN LERMA, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- MORÓN LERMA, *La Tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, [en línea], [citado 18 mayo 2009]. Disponible en internet: <<http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0405102-104031/>>.
- MUERZA ESPARZA, «Notas a la acusación privada», en *Revista de Derecho Procesal*, 1990.
- MUERZA ESPARZA, «Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal», en *Tribunales de Justicia* 1/1998.
- MUERZA ESPARZA, «A vueltas con la acusación popular», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 746, 28 de febrero de 2008.
- MUERZA ESPARZA, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n.º 21, 2009.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE y MARTOS NÚÑEZ, «Principio de legalidad penal (D.º Penal)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995.
- MUÑOZ LORENTE, «Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)», en *Jueces para la Democracia*, n.º 35, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», en *Revista Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 1.
- MUÑOZ ROJAS, «En torno al acusador particular en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973.
- MUÑOZ ROJAS, «Una síntesis del proceso penal abreviado (LO 7/1988)», en *Actualidad Penal*, n.º 39, 23-29 octubre 1989.
- NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- NAVARRO VILLANUEVA, *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006.
- NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento «prima facie»*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ORAÁ GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», en *Revista «La Ley»*, n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref.ª D-186.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ORTEGO PÉREZ, «Restricción «Jurisprudencial» al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida «doctrina Botín»)», en *Revista «La Ley»*, n.º 6912, 27 de marzo de 2008, ref.ª D-93.

- ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999.
- ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell Navarro, Cámara Ruiz, Juan Sánchez, Bonet Navarro, Bellido Penadés, Cucarella Galiana y Martín Pastor), 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ORTS BERENGUER, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Vives Antón, Boix Reig, Carbonell Mateu y González Cussac), 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- PALOMO DEL ARCO, «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II* (dir. Torres-Dulce Lifante), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- PASTOR LÓPEZ, *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979.
- PEDRAZ PENALVA, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Colex, Madrid, 2000.
- PÉREZ DEL VALLE, «El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II* (dir. Torres-Dulce Lifante), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ MANZANO, «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio», en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 21, marzo 1991.
- PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Revista «La Ley»*, n.º 6273, 13 de junio de 2005, ref.ª D-140.
- PESSINA, *Elementos de Derecho Penal* [trad. González del Castillo, de Aramburu y Zuloaga, y Cuello Calón], ed. Reus, Madrid, 1919.
- PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- PICÓ I JUNOY, «Nuevas reflexiones sobre la regla «Quien instruye no puede juzgar»», en *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- POLAINO NAVARRETE, *El abandono de familia en el Derecho penal español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.
- POTT, Christine, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StGB)» [trad. Elena Iñigo Corroza y Guillermo Benlloch Petit], (ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y ed. Española Área de Dere-

- cho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDEZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1989.
- PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3.^a ed., J.M. Bosch, Barcelona, 1996.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.^a ed., Atelier, Barcelona, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5.^a ed., Atelier, Barcelona, 2008.
- QUINTANAR DÍEZ, *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESEJ, Madrid, 2006.
- QUINTANO RIPOLLÉS, «Naturaleza sustantiva y procesal de la querella privada», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, n.º 1.
- QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcanova, Barcelona, 1981.
- QUINTERO OLIVARES, «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1989.
- QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- RAMÓN RIBAS, «Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n.º 41.
- RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979.
- RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», en *Justicia* 1995.
- RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2006.
- RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, t. I, Atelier, Barcelona, 2008.
- RAMOS MÉNDEZ y CACHÓN CADENAS, «Declaración de un ciudadano español residente en el extranjero en relación con un proceso penal seguido en España», en RAMOS MÉNDEZ, *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.
- REBOLLO VARGAS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dirs. Córdoba Roda y García Arán), t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- RENEDO ARENAL, *Problemas del imputado en el proceso penal*, CERASA, Madrid, 2007.

- RIBA TREPAT, «La investigación judicial en la nueva ejecución civil», en *El proceso de ejecución civil: problemas actuales* (coords. Cachón Cadenas y Picó Junoy), Atelier, Barcelona, 2008.
- ROBLES GARZÓN, «El acusador privado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978.
- RODRÍGUEZ TIRADO, «La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Justicia* 2000.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «Legalidad (principio de)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Seix, Barcelona, 1971.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, [S.L.], 1998.
- ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988.
- ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (I)», en *Actualidad Penal*, n.º 23, 1 de junio de 1990.
- ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (II)», en *Actualidad Penal*, n.º 24, 17 de junio de 1990.
- ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal (III)», en *Actualidad Penal*, n.º 25, 24 de junio de 1990.
- ROMEO CASABONA, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *Poder Judicial* 2.ª época, n.º 31, septiembre 1993.
- ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (coords. Díez Ripollés y Romeo Casabona), II, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- ROMEO CASABONA, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (coord. Romeo Casabona), Comares, Granada, 2006.
- ROMEO CASABONA, «Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (coord. Romeo Casabona), Comares, Granada, 2006.
- ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Granada, 2006.
- RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Atelier, Barcelona, 2004.

- RUIZ VADILLO, «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», en *Poder Judicial*, n.º 7, 2.ª época, septiembre 1987.
- RUIZ VADILLO, «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Poder Judicial*, n.º Especial II (*Justicia penal*).
- RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. Cobo del Rosal; coord. Bajo Fernández), t. V, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1985.
- SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV, vol. II, Santillana, Madrid, 1968.
- SALOM ESCRIVÁ, «La investigación de los delitos societarios», en *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública* (dir. Solaz Solaz), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- SALOM ESCRIVÁ, «La querella», en *Justicia* 1996.
- SÁNCHEZ TOMÁS, «Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: En especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, 1997.
- SÁNCHEZ y LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimentalismo penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Madrid, 1991.
- SEGURA GARCÍA, «Los delitos contra la propiedad industrial», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (edit. del Rosal Blasco), Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, La Ley, Madrid, 2003.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «El imputado», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «El procedimiento especial para los delitos de injurias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «Naturaleza jurídica del arbitraje», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «El Ministerio Fiscal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979.

- SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», en *Justicia* 1987.
- SERRA DOMÍNGUEZ (Liber amicorum), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, «Los delitos societarios en el Anteproyecto del nuevo Código Penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 48, 9 de abril de 1992.
- SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, «El Know-How y el secreto de empresa», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores* (ed. Ruiz Rodríguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SIERRA LÓPEZ, «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», en *Doctrina Penal*, n.º 17 (enero 2006).
- SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.
- SILLERO CROVETTO y LAURENZO COPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, «Els delictes societaris en el Dret comparat, el Dret vigent i el nou Codi Penal», en *El Codi Penal de 1995: Part Especial*, Consejo General del Poder Judicial-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, [S.L], 1996.
- SOLA RECHE, «La protección penal de la intimidad informática», en *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, n.º 11, 1991.
- SOLÉ RIERA, «Acción popular y proceso penal militar», en *Justicia* 1996.
- SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- SOLÉ RIERA y LARRAURI PIJOAN, «Violencia doméstica y situación de la víctima», en *Justicia* 1999, n.º 1.
- SOTO NIETO, «Renuncia de la acción penal o perdón del ofendido en infracciones culposas perseguibles previa denuncia del perjudicado», en *Revista «La Ley»*, 1991-3.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, «Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado», en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* (dir. del Rosal Blasco), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El delito de acoso sexual», en *Poder Judicial*, 3.ª época, n.º 46.
- TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TASENDE CALVO, «La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II* (dir. Torres-Dulce Lifante), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

- TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (edit. del Rosal Blasco), Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- TERRADILLOS BASOCO, «El delito de publicidad engañosa», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores* (ed. Ruiz Rodríguez), Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (coords. Terradillos Basoco y Acale Sánchez), Trotta, Madrid, 2004.
- TIEDEMANN, «El Derecho Procesal Penal», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (con Roxin, Arzt y Tiedemann), Ariel, Barcelona, 1989.
- TINOCO PASTRANA, «Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 63, 1997.
- TOMÁS VALIENTE, «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés», en *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, 1960.
- TOMÁS VALIENTE, «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano», en *Anuario de Historia del Derecho español*, 1961-62.
- TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- TORRES ROSELL, «Aspectos procesales del perdón», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 46, 1992.
- URRUELA MORA, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 8 (2001).
- URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004.
- URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009.
- VALLE MUÑIZ, *Problemática jurídico-penal de la distinción: delitos públicos-delitos privados*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983.
- VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares y coord. Morales Prats), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VÁZQUEZ SOTELO, «Los principios del proceso civil», en *Justicia* 1993.
- VÁZQUEZ SOTELO (*Liber amicorum*), *Rigor doctrinal y práctica forense*, Atelier, Barcelona, 2009.
- VÉLEZ MARICONDE, «Acción penal dependiente de instancia privada», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1964.
- VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 2.ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*, ed. Reus, Madrid, 1950.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, «La legitimación activa en los delitos semipúblicos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962.

- VIDORRETA RUIZ, «Comentario al artículo 227 del Código Penal de 1995», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 61, 1997.
- VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en Poder Judicial, n.º Especial II: Justicia Penal.
- VIVES ANTÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, n.º 11.
- VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar), Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial* (con Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac y Martínez-Buján Pérez), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte General* (dir. Zugaldía Espinar y coord. Pérez Alonso), Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.



