

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 7. Septiembre1987

Moral García, Antonio del

Abogado Fiscal. Fiscalía de la Audiencia Territorial de Madrid

SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS POR CALUMNIAS O INJURIAS CON PUBLICIDAD CONTRA PARTICULARES

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: MINISTERIO FISCAL. INTERVENCION. INJURIAS. CALUMNIAS. DELITOS PUBLICOS. DELITOS PRIVADOS. PUBLICIDAD. PROCEDIMIENTO JUDICIAL. DERECHOS FUNDAMENTALES.

ÍNDICE

1. Introducción
2. La postura de la Fiscalía General del Estado: Los delitos de injurias y calumnias con publicidad como delitos semipúblicos
3. La distinción de los delitos públicos, semipúblicos y privados
4. Peculiaridades del régimen jurídico de los delitos privados
5. La tesis contraria a la intervención del Ministerio Público
6. Solución que se propone: los delitos de injurias y calumnias con publicidad como delitos privados en los que interviene el Ministerio Público
7. Conclusiones

TEXTO

1. Introducción

El artículo 4.º del Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, al sustituir el requisito de la querrela por la simple denuncia para perseguir los delitos de injurias y calumnias hechos por escrito y con publicidad, provocó inicialmente la duda de si, a partir de entonces, el Fiscal debía constituirse en parte en los procesos criminales seguidos por las referidas infracciones. La cuestión fue resuelta por la Consulta 2/1978 de la Fiscalía General del Estado (1), afirmando la preceptiva intervención del Ministerio Público en tales procesos.

La postura sería luego recordada en la Circular 2/1979, de 29 de enero, al comentar la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyo artículo 4.1 reiteraba la importante innovación llevada a cabo por el reseñado Real Decreto-ley, que quedaba derogado.

La experiencia acumulada durante el tiempo de aplicación de tal doctrina invita a plasmar por escrito algunas reflexiones que esa intervención ha ido suscitando. En ocasiones los resultados prácticos de esa intervención no han sido plenamente satisfactorios. La especial naturaleza de esos delitos sitúa, a veces, al Ministerio Fiscal en posiciones procesales incómodas que causan auténtica perplejidad y que no siempre son fácilmente coherentes con las altas funciones que está llamado a desempeñar constitucionalmente. Parece necesario plantearse de nuevo, desde la situación ventajosa que proporcionan los años de contraste práctico de tal doctrina, no sólo la razón de ser, el alcance y los principios que deben informar esa intervención, sino incluso su misma conveniencia y procedencia.

2. La postura de la Fiscalía General del Estado.- Los *delitos de injurias y calumnias con publicidad como delitos semipúblicos*

La tesis mantenida por la Fiscalía General del Estado se fundamenta en una interpretación coordinada de los artículos 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr). El primero de los preceptos aludidos dispone: «Cuando los delitos a que se refiere el artículo anterior (delitos cometidos a través de la imprenta o medios de difusión legalmente equiparados) sean los de calumnia o injuria, previstos y penados en los capítulos I y II del título X del libro II del Código Penal, en los supuestos a que se refiere el artículo 463 del mismo texto, bastará denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación.»

Por su parte, el artículo 105 de la LECr impone a los funcionarios del Ministerio Fiscal 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...».

«Desde que los delitos contra la honestidad -se argumentaba- dejaron de estar reservados exclusivamente a la querrela privada y bastó para su persecución la mera denuncia de las personas legitimadas por la Ley, se hizo preceptiva la intervención del Fiscal y este precedente corrobora que ahora en los delitos de calumnia e injuria en que ya no es necesaria la querrela del ofendido, haya de intervenir el Ministerio Fiscal.»

De ahí se deducía que los delitos de injurias y calumnias hechos por escrito y con publicidad, habían perdido su condición de delitos privados, convirtiéndose en delitos semipúblicos.

La doctrina proclamada por la Fiscalía General del Estado se ha impuesto en la práctica de forma casi unánime. El TS no ha abordado frontalmente el problema, pero en diversas resoluciones, sin excepción alguna, ha admitido de forma tácita (2) o incluso expresa (3) la solución de la Fiscalía General. La sentencia de 18 de octubre de 1985, llega a hablar de la actual «conceptuación semipública» de los delitos de injurias y calumnias comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978. También el Tribunal Constitucional en su sentencia 46/1982, de 12 de julio, parte de esa tesis (4) que reitera, aunque implícitamente y de forma incidental, en el Fundamento Jurídico 3º de su sentencia 104/1986, de 17 de julio, al referirse a la intervención del Ministerio Fiscal en los delitos o faltas (sic) de injurias y calumnias realizadas a través de la imprenta (5) por no regir para tales infracciones la reserva de acciones que hace el artículo 105 de la LECr al ofendido.

Desde la doctrina científica tampoco se ha cuestionado esa interpretación, y los autores que han tratado este punto suelen compartir la tesis mantenida por la Fiscalía General del Estado. Es destacable,

por la extensión con que trata el tema, el trabajo de Ramón MONTERO FERNANDEZ CID, «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido» (6). Para el actual Magistrado de la Sala Segunda del TS, las modificaciones en el sistema de perseguibilidad de las calumnias e injurias cometidas por la imprenta u otro medio mecánico de difusión convierte a estos delitos en semipúblicos, lo que lleva aparejada las siguientes consecuencias:

1ª La parte perjudicada deja de ser titular de la acción penal. Una vez denunciados los hechos, el particular pierde -a salvo el posible perdón- la disponibilidad de la pretensión procesal penal que deviene pública y, por tanto, ejercitable por el Ministerio Fiscal.

2ª No vinculación a la calificación acusatoria propia de los delitos privados. Aunque la acusación se formule por un delito de calumnia el Tribunal puede condenar por injurias.

3ª Inaplicabilidad de la presunción de abandono de la acción contenida en el artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.ª No producción del efecto extintivo de la acción por prescripción en los casos de paralización del procedimiento (7) (8)

3. La distinción de los delitos públicos, semipúblicos y privados

Analizar críticamente la doctrina expuesta requiere previamente llamar la atención sobre la parcial quiebra de la tradicional clasificación tripartita de los delitos en públicos, semipúblicos y privados, utilizando la terminología más extendida, aunque no pacífica. Los tajantes términos en que esa tipología se planteaba antaño deben someterse a revisión. Algunas de las notas distintivas han ido desvaneciéndose o flexibilizándose.

La clasificación toma como criterios diferenciadores dos datos primordiales: la forma de iniciación del proceso y la posibilidad de extinción de la responsabilidad criminal por voluntad del ofendido. Frente a los delitos públicos, en los delitos semipúblicos y privados es precisa una actividad del perjudicado para su persecución y castigo, y su perdón es causa extintiva de la responsabilidad penal (arts. 25 y 112.5 del Código Penal.). Por su parte, los delitos semipúblicos y privados difieren en que éstos exigen querrela y previo acto de conciliación (art. 278 de la LECr), excluyéndose la intervención del Ministerio Público. Para perseguir los primeros, sin embargo, basta la simple denuncia. Cumplido ese requisito, el Fiscal ejercita, en su caso, la acción pública. Aunque las pautas que sirven para marcar la distinción son de orden predominantemente procesal, no estamos ante una clasificación puramente procedimental y esto es importante subrayarlo desde este momento. No son simples diferencias adjetivas las que apartan unos delitos de otros. En tales diferencias ha de verse el reflejo procesal de una divergente naturaleza sustantiva. Por razones varias hay delitos cuya configuración, esencia y consideración social motivan que sólo una actividad del ofendido -mayor o menor- los haga merecedores de reproche penal. En unos casos, en atención a la propia víctima del delito. En otros, por el carácter predominantemente individual del bien jurídico protegido, que repele intromisiones de terceros en derechos tan personales (9).

Desaparecidos los delitos de adulterio y amancebamiento quedan en nuestro Ordenamiento punitivo como delitos privados, las injurias y calumnias contra particulares (sin perjuicio de las faltas que menciona el artículo 104 de la LECr. Como delitos semipúblicos, omitiendo ahora toda referencia a la legislación especial, la violación, los abusos deshonestos, el estupro, el rapto y el abandono de familia.

Pues bien, los criterios de distinción, sucintamente esbozados, se han ido enturbiando y la legislación actual ofrece el siguiente panorama:

- En cuanto a la actividad exigida al ofendido:

a) Para perseguir los delitos de injurias y calumnias hechas por escrito y, con publicidad, basta la simple denuncia, sin que sea preciso el acto de conciliación. La denuncia ha de ser efectuada por el ofendido o, en su caso, por su representante legal (art. 4.1 de la Ley 62/1978) (10).

b) En los demás delitos de injuria y calumnia se sigue exigiendo acto de conciliación y querrela.

c) En los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto se requiere denuncia, pero el círculo de personas legitimadas para denunciar es más amplio: no sólo el ofendido, sino también el ascendiente, el representante legal o el guardador de hecho (art. 443 según su última redacción que suprime la referencia al hermano). Y en el caso de que el ofendido sea un menor, el Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores. E, incluso, si la persona agraviada está desvalida, se puede actuar de oficio, suprimiéndose el requisito de procedibilidad. La ampliación de la legitimación aproxima estos delitos a los públicos, llegando a desaparecer las diferencias en el supuesto de desvalimiento del ofendido.

d) Según el artículo 487 del Código Penal, en el abandono de familia de denuncia ha de ser formulada por la persona agraviada o, en su caso, por el Ministerio Fiscal.

- En cuanto a los requisitos y eficacia del perdón:

a) El artículo 4.2 de la Ley 62/1978 hace extinguir la acción penal (11) o la pena impuesta, incluso ya en ejecución, si media perdón, no sólo del ofendido, como señala el artículo 467 del Código Penal, sino también de su representante legal. El perdón no se supedita a aprobación ulterior alguna (12).

b) Los demás delitos de injurias y calumnias, no comprendidos en el ámbito de la mencionada Ley, se ajustan al régimen del artículo 467 del Código Penal: el perdón del ofendido otorgado en cualquier momento extingue la acción o la responsabilidad ya declarada en sentencia.

c) Por su parte, en los delitos contra la honestidad, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, acogiendo tímidamente las críticas de que ha sido objeto el instituto del perdón (13) restringe enormemente su eficacia. En el delito de violación el perdón no produce efecto alguno. Y en los delitos de estupro, rapto y abusos deshonestos, sólo es eficaz si se otorga antes de que recaiga sentencia en la instancia. Este límite temporal, como hemos visto, no juega en los delitos de injuria y calumnia.

d) En el delito de abandono de familia, el perdón, que también puede ser aquí presunto, extingue tanto la acción penal como la responsabilidad ya afirmada en una sentencia condenatoria (según la interpretación más correcta y resultante de una comparación del artículo 487 del Código Penal -que antes se remitía expresamente al artículo 443- con los artículos 112.5 y 443) (14)

Tanto en el delito de abandono de familia como en los de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón para tener eficacia, exige la aprobación del Tribunal Competente, oído el Ministerio Fiscal. Esta exigencia no está presente en ninguno de los delitos contra el honor.

Así pues, a la antes soberana voluntad de las partes en los delitos contra la honestidad, se han puesto importantes cortapisas, ajenas a los delitos de injurias y calumnias.

- En otro orden de cosas, el breve plazo de prescripción de los delitos de injuria y calumnia (seis meses y un año, respectivamente: art. 113 del Código Penal) es otro dato que no es totalmente ajeno a la especial naturaleza de estos delitos y que los aparta igualmente del resto de las infracciones examinadas. Se trata de otra repercusión más del carácter predominantemente privado de los delitos contra el honor (15).

Esta exposición permite concluir que la tradicional trilogía delitos públicos, semipúblicos y privados ya no se presenta con nitidez. No existe ya un tratamiento unitario de cada grupo de delito. El grupo intermedio no es homogéneo. En él encontramos una gama de tipos penales que se aproximan más o menos a los otros dos términos de la clasificación. La violación se asemeja tanto a los delitos públicos, que podría

hablarse de un delito cuasipúblico. Otros -las injurias y calumnias hechas por escrito y con publicidad están por su esencia y sus notas mucho más cercanos a los estrictos delitos privados que a los tradicionales delitos semipúblicos. Y las notas comunes entre unos y otros son, en cierta medida, casuales, pues no tienen igual fundamento, no obedecen a las mismas razones. Así en los delitos contra la honestidad, la exigencia de denuncia responde a conocidas razones de consideración a la víctima. En los delitos contra el honor, la necesidad de una actividad previa del ofendido viene motivada por razones de diferente índole: es el perjudicado el primer llamado a valorar si las expresiones supuestamente afrentosas le han ofendido o no, evitándose así que el elevado número de hechos de esta clase que se realizan abruma a la justicia criminal, si hubiesen de perseguirse de oficio. En los delitos contra la honestidad y en el mismo abandono de familia se detectan unos intereses supraindividuales que se reflejan en el más amplio círculo de personas legitimadas para denunciar, en la eficacia no absoluta del perdón y en la vigencia de los plazos ordinarios de prescripción. Tales intereses supraindividuales no están presentes, o al menos, no lo están con igual fuerza, en los delitos contra el honor.

Con las diferencias vistas, ¿cabe seguir hablando de una categoría unitaria -delitos semipúblicos- que agrupe a todos los delitos cuya persecución exige meramente denuncia? Creemos que no. En todo caso la exposición efectuada en este apartado proporciona ya un argumento de fuste para cuestionar la conceptualización semipública de los delitos de injurias y calumnias con publicidad.

4. Peculiaridades del régimen jurídico de los delitos privados

La consideración de los delitos de injurias y calumnias con publicidad como delitos semipúblicos no es una mera cuestión de terminología o agrupación sistemática. Va a tener gran trascendencia, pues acarreará no sólo la necesidad de intervención del Ministerio Público en los procesos seguidos por tales delitos, sino también la inaplicabilidad de toda una serie de disposiciones específicas que, pensadas exclusivamente para los delitos privados, y no para los semipúblicos, conforman un peculiar régimen jurídico -tanto procesal como sustantivo- que refleja de forma elocuente la absoluta y exclusiva soberanía que se concede al agraviado en la persecución de estos delitos. Hagamos un elenco de tales preceptos que marcan muy relevantes diferencias entre los delitos privados y los semipúblicos:

A) En el Código Penal:

- El artículo 96 del referido texto legal obliga a los tribunales a oír a la persona ofendida antes de conceder los beneficios de la remisión condicional en los delitos perseguibles a instancia de parte. Y si ésta lo solicita expresamente, debe concederse preceptivamente la condena condicional por ministerio de la Ley (art. 94.2) (16).

- El último párrafo del artículo 111 del Código Penal antepone las costas del acusador privado a las indemnizaciones al Estado en los casos de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte (17) .

B) En la LECr:

El artículo 104 impide en los delitos privados el ejercicio de la acción popular que, sin embargo, sí puede ejercitarse en los delitos semipúblicos (18) una vez cubiertos los requisitos de procedibilidad.

La acción penal que nace de los delitos privados se extingue por la renuncia del ofendido (art. 106.2)(19).

- Ejercitada la acción civil dimanante de un delito privado, se presume legalmente que queda extinguida la acción penal (art. 112.2) (20).

- El artículo 188 permite en los delitos privados la entrega al querellante de los suplicatorios, exhortos o mandamientos para su diligenciamiento (21)

- Los sumarios incoados en averiguación de un delito privado no pueden declararse secretos (art. 302) (22)

- El artículo 275 de la LECr establece para los delitos privados un supuesto especial de caducidad, o desistimiento tácito, inexistente en el resto de los delitos: «Si la querrela fuese por delito que no pueda ser perseguido sino a instancia de parte, se entenderá abandonada por el que la hubiese interpuesto cuando dejase de instar el procedimiento dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que el juez o el Tribunal así lo hubiesen 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.»

Por último, el artículo 733 de la LECr excluye de los delitos privados la posibilidad de planteamiento de la tesis (23) .

C) El artículo 15.2 de la Ley de 18 de junio de 1870 de Indulto, impone la obligación de oír a la parte ofendida por el delito, sólo perseguible a instancia de parte, antes de conceder un indulto particular.

Así pues, plantear el tema de la naturaleza privada o semipública de los delitos de injurias y calumnias con publicidad, exige no perder de vista que la solución que se adopte no va a tener como única repercusión la necesidad o no de intervención del Ministerio Fiscal, sino también la aplicación de un régimen diferente en las materias que aquí han quedado apuntadas . (24)

5. La tesis contraria a la intervención del Ministerio Público

Con el marco dibujado llega ya el momento de entrar derechamente en la revisión de la postura de quienes sostienen la naturaleza semipública de los delitos de injurias y calumnias con publicidad. A pesar de que la literalidad del artículo 105 de la LECr conduce de forma aparentemente irrefutable a la necesidad de intervención del Ministerio Público, la procedencia de ese criterio se ha discutido con diversos argumentos. Es demasiado aventurado -se ha dicho- 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. Esa supresión obedece a una motivación bien diversa: evitar que las dilaciones derivadas de la preceptiva celebración del acto de conciliación y la interposición de la querrela hiciesen ineficaz e ilusoria la medida del secuestro del periódico o medio de difusión (25) en que se hubiere vertido la especie injuriosa o calumniosa . Pero colegir de esa modificación procedimental, que responde a la concreta finalidad indicada, 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. Así lo demuestra, además, el artículo 4.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre: «Las ofensas dirigidas a 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 no sufrirán alteración en su actual sistema como delitos públicos.» De ahí puede deducirse que si se hubiese querido transformar la naturaleza de los delitos de injuria y calumnia con publicidad se hubiese dicho expresamente. El señorío en el proceso del perjudicado sigue siendo absoluto: sólo él puede desencadenarlo y sólo él puede darlo por extinguido con el otorgamiento del perdón. La interpretación efectuada tomando como pilar el artículo 105 de la LECr adolece de un cierto mecanismo rígido y es demasiado escrupulosa con el tenor literal de un precepto redactado en un contexto legal muy distinto. No

es congruente hacer uso de esa disposición en un marco legislativo radicalmente diverso, para sostener la intervención del Fiscal en unos delitos de carácter estrictamente privado por no afectar más que a intereses particulares. Además del artículo 105 citado se refiere expresamente a los delitos contra la honestidad, y, por otra parte, el inalterado artículo 104 de la LECr sigue estableciendo de forma clara que las acciones penales que nacen de los delitos de calumnia e injuria «no podrán ser ejercitadas por otra persona, ni en manera distinta, que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal».

6. Solución que se propone: los delitos de injurias y calumnias con publicidad como delitos privados en los que interviene el Ministerio Público

Los razonamientos, aun siendo de peso, no parecen suficientes para desmontar la conclusión que se desprende del artículo 105 de la LECr. Compartimos esa argumentación parcialmente, en cuanto supone continuar afirmando el carácter privado de todos los delitos de injurias y calumnias. Para determinar la naturaleza de una Institución Jurídica, hay que atender a su esencia, a su sustancia, y no a la forma procesal de su realización que sólo será indicativa. Los bienes tutelados en los delitos contra el Honor siguen siendo considerados por la Comunidad como bienes privados. Una variación de tipo procedimental no puede sobrevalorarse, difuminando las consecuencias a que conduce una atenta consideración de las peculiaridades de los delitos contra el honor. La exigencia de querrela que se contenía en los artículos 339 y 340 de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial no hizo a nadie deducir la peregrina conclusión de que los delitos cometidos en el extranjero por un español eran delitos privados. Y nadie sostendrá ahora que esos delitos se han transformado en semipúblicos al condicionarse su persecución únicamente a la denuncia en el artículo 23 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Nos parece, por tanto, acertado, afirmar que los delitos de injurias y calumnias con publicidad no deben perder su configuración como delitos privados. Pero concluir a continuación que el Ministerio Público, en consecuencia, no debe intervenir en los procesos abiertos para la persecución de tales infracciones creemos que es precipitado. En primer lugar, por aplicación del artículo 105 de la LECr. Pero existen otros argumentos más poderosos. Hoy día esa intervención del Fiscal no es contradictoria con el carácter privado del delito. A partir del vigente texto Constitucional (art. 124) se ha venido a subrayar la función del Fiscal como defensor de los derechos fundamentales de la persona. Así la Ley 62/1978 al regular en sus secciones 2.^a y 3.^a los procesos contencioso-administrativo y civil entablados para la tutela de los derechos fundamentales indicados en su artículo 1.2, ordena la preceptiva intervención del Fiscal. El Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, incorporó al ámbito de aplicación de la Ley, entre todos, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (26). Finalmente 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, se remite al procedimiento regulado en la tan citada Ley 62/1978 (art. 9.1 y disposición transitoria 2.^o). El perjudicado por un reportaje periodístico, u otro acto análogo, que repunte injurioso, podrá optar por acudir a la vía civil, o a la vía penal (27) para solicitar la debida protección frente a ese atentado a su fama. ¿No resultaría paradójico que en el proceso civil intervenga el Fiscal, y no lo haga en el proceso penal, campo más habitual de su actuación? ¿No es lícito, desde esta perspectiva, pensar que la Ley 62/1978 quiso la intervención del Fiscal en todos los procesos -cualquiera que fuese el orden jurisdiccional en que se siguiesen- encaminados a la protección de los derechos fundamentales de la persona en consonancia con el nuevo carácter atribuido al Ministerio Público? (28).

La Ley se ve obligada a decirlo expresamente al tratar del proceso civil y del contencioso -administrativo, pero, dado que se suprimía el requisito de la querrela, el artículo 105 de la LECr hacía innecesaria una mención a la intervención del Fiscal en el proceso penal seguido por los delitos de injurias y calumnias por

escrito y con publicidad.

Esta interpretación presenta algunos puntos flacos. ¿Cuál es la razón, entonces -podrá argüirse--, por la que el Fiscal no interviene en los delitos contra el honor no hechos por escrito y con publicidad, si en ellos se protege igualmente el derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución? Y, por otra parte, no debe olvidarse que el honor no aparecería recogido entre los derechos a que se refería la Ley 62/1978. Su inclusión, como hemos indicado, fue posterior.

A ello puede contestarse recordando que los delitos de injurias y calumnias presentan aspectos distintos cuando se cometen por escrito y con publicidad. No sólo porque contienen una antijuridicidad más acentuada por la mayor extensión del daño, y porque denotan una mayor culpabilidad -dado su carácter ilativo-, sino también porque en los procesos seguidos en persecución de tales delitos entra en juego normalmente otro derecho fundamental: el derecho de los ciudadanos a comunicar información por cualquier medio de difusión y el derecho de la Comunidad a ser informada art. 20.1.d) de la Constitución. Y en esos procesos va a ventilarse la difícil cuestión de determinar si tal derecho ha sobrepasado los límites que le marca el propio artículo 20 en su apartado 4. Quizás sean estos aspectos los que justifican la intervención del Fiscal en unos delitos y no en otros.

Además, puede reconocerse que, efectivamente, la legislación vigente presenta algunas incongruencias en este punto. No sólo en el proceso penal. También en los otros órdenes jurisdiccionales. El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, admite la posibilidad de que la tutela de los derechos en ella contemplados se recabe no en el procedimiento especial aludido en el artículo 53.2 de la Constitución, sino por las vías ordinarias. Y en tal caso, de forma incoherente, no tendrá intervención alguna el Ministerio Público. Igual consideración puede hacerse en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, cuando la persona que estima vulnerado un derecho fundamental por un acto administrativo, acude al proceso ordinario. De forma defectuosa, la legislación actual prescribe la intervención del Fiscal no en razón a la materia, sino en atención al procedimiento.

Si sentamos, por tanto, la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en tales procesos, el paso siguiente será afirmar que su actuación estará presidida primordialmente por su misión de tutela de los derechos fundamentales, ya del derecho al honor, ya del derecho a difundir información, y no por su función tradicional de ejercitar la acción pública.

Los delitos de injuria y calumnia con publicidad no deben perder su consideración como delitos privados con todo el tratamiento procesal que ello comporta. Las diferencias antes enumeradas que separan a estos delitos de los tradicionales semipúblicos, y especialmente la distinta eficacia y condicionamientos del perdón abonan este aserto. Las incongruencias de la tesis opuesta se evidencian acudiendo a algunos supuestos prácticos que no son hipótesis de laboratorio, sino que se han extraído de la praxis judicial.

Piénsese en el querellante por uno -de estos delitos que en un momento dado desiste de su acción. Conceptualmente se distingue entre el desistimiento del proceso y la renuncia a la acción entablada. En el proceso civil la distinción tiene cierta relevancia. La especial naturaleza de la acción penal hace desaparecer en gran medida esas repercusiones prácticas en el proceso penal. En un proceso por delito privado, desistimiento, y renuncia o abandono o apartamiento de la querrela (términos estos últimos utilizados en la LECr) producen efectos equivalentes y, por otra parte, idénticos a los del perdón. En los delitos semipúblicos, sin embargo, el desistimiento o abandono de la querrela no supone el perdón y no extingue la acción penal. En el caso planteado, ¿debe el Fiscal seguir manteniendo la acción, cuando el ofendido por la calumnia o injuria ha desistido de ella? Si equiparamos estos delitos a los tradicionales semipúblicos, hay que contestar afirmativamente (29).

Más anómalo resulta el supuesto -que también se ha planteado- en que el querellante se aparta de la acción manifestando al mismo tiempo su voluntad de acudir a un procedimiento civil para obtener una reparación. ¿Va el Ministerio Público a mantener vivo el proceso en perjuicio del propio ofendido que

deberá esperar a que finalice el juicio criminal para poder entablar una demanda de carácter civil (arts. 112.1 y 114 de la LECr)?

Y todavía caben mayores despropósitos. Pensemos en que el Fiscal ha formulado conclusiones de carácter acusatorio frente a la inmediata petición de sobreseimiento o desistimiento de la acusación privada, o que el Fiscal califica los hechos como constitutivos de Calumnia y el ofendido solicita una condena por injurias (30)

En otro orden de cosas, estimamos que la posibilidad de que el ofendido, una vez denunciados los hechos supuestamente constitutivos de un delito contra el honor hecho con publicidad, no se persone a sostener su acción, no representa un impedimento insalvable para seguir considerando a estos delitos como privados. Precisamente éste era uno de los argumentos aducidos en la Consulta 2/1978 de la Fiscalía General del Estado: «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.»

La objeción puede solventarse sin necesidad de violentar la interpretación de la Ley. 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. A tal fin, una vez hecho el ofrecimiento preceptuado en el artículo 109 de la LECr, el ofendido denunciante deberá ejercitar la acción personándose como parte acusadora en el plazo prudencial que se le fije. Si no lo hace así, lo cual deberá advertírsele, habrá que entender que la acción ha quedado caducada o que se ha producido un desistimiento tácito, por aplicación analógica del artículo 275 de la LECr (31) Su personación y, más adelante, la formalización de su pretensión condenatoria son condiciones para mantener vivos la acción y el proceso y, en consecuencia, para la intervención del Ministerio Fiscal (32)

7. Conclusiones

Resumiendo estas consideraciones y por vía de conclusiones, podemos sentar las siguientes:

a) Los delitos de injuria y calumnia con publicidad no han perdido su condición de delitos privados. En los procesos seguidos por tales delitos el perjudicado querellante es parte necesaria y no contingente, ha de ser el único y exclusivo dominus litis, a quien está confiado el impulso procesal. Todo el tratamiento procesal y sustantivo -ya examinado- que lleva aparejada esta estimación debe seguir aplicándose a todos los delitos de injurias y calumnias.

b) No obstante ello, el Ministerio Fiscal debe intervenir en tales procesos en virtud de su misión de tutela de los derechos fundamentales, y en particular, del derecho al honor y las libertades de expresión e información, aparentemente en conflicto. El artículo 20.4 de la Constitución erige al derecho al Honor en uno de los límites de la libertad de expresión e información. La concreción última de esos límites, labor erizada de dificultades, viene confiada en último término a los jueces y Tribunales (33). Esa fijación de fronteras, la determinación de cuándo se han desbordado los límites fijados a la libertad de expresión, está siempre presente, de forma latente o explícita, en los procesos a que nos venimos refiriendo. En esta cuestión, la voz del Ministerio Público, defensor de los derechos fundamentales y del interés social, debe oírse. El Fiscal no puede estar ausente si queremos ser fieles al artículo 124 de la Constitución.

c) Esta intervención del Fiscal no debe configurarse como la que tradicionalmente asume en el proceso penal. El Fiscal no va a actuar ejercitando una acción pública, inexistente en unos delitos que sólo generan una acción privada, cuya titularidad ostenta de forma exclusiva el ofendido. Su intervención se asemeja

más a la que tiene en los procesos civiles en los que actúa el Fiscal. Así, coadyuvará con la acción privada ejercitada por el ofendido, cuando entienda que se ha llevado vulnerado su derecho a la buena fama. O se podrá a ella, cuando estime que los hechos enjuiciados están amparados por la libertad de expresión, que se ve amenazada por una improcedente pretensión condenatoria.

d) Esta concepción es rica en consecuencias de carácter procedimental. Así, no será aplicable la facultad inspectora del artículo 306 de la LECr. En casos de condena, ésta habrá de incluir siempre las costas causadas por la acusación privada. Los traslados al Fiscal deberán hacerse después de que el querellante haya evacuado idéntico traslado (34). En otro orden de cosas, la abundante jurisprudencia que ha flexibilizado enormemente el requisito de procedibilidad de la denuncia en los delitos contra la honestidad (35) no puede aplicarse a los delitos de injurias y calumnias con publicidad.

e) En cualquier caso, no se oculta que la interpretación que se propone tropieza en algunos puntos con el derecho positivo vigente : Se hace necesaria una clarificación legislativa de la materia que debe impartir del mantenimiento del carácter privado de los delitos de injuria y calumnia en todas sus formas, coordinando y salvando las, al menos aparentes, incongruencias de la normativa actual, y unificando la equívoca terminología (36).

NOTAS:

(1) Págs. 238 y sígs. de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1979.

(2) Sentencia de 23 de febrero y 9 de diciembre de 1982, 29 de abril de 1983 y 3 de febrero de 1984.

(3) Sentencia de 2 de octubre de 1985.

(4) «La disposición legal aplicable al caso -se lee en el fundamento jurídico 4º de la sentencia- es la Ley, 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona... Su artículo 4.1 dispone, en los casos de delito de calumnia e injuria y, concretamente, en los que se refiere el artículo 463 del Código Penal (prorrogación entre otros supuestos, por medio de papeles impresos) "basta denuncia de la persona agraviada..." para que los órganos judiciales correspondiente proceda a la apertura del procedimiento debido, lo cual equivale a convertir los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de la imprenta en delitos cuasi públicos y al denunciante interesado en la persecución de los mismos en una figura cercana al querellante ... ». La sentencia viene acompañada de dos votos particulares. En el segundo de ellos -firmado por el Magistrado don Luis DIEZ-PICAZO- se abre incidentalmente un margen de duda sobre la cuestión objeto de este trabajo: «Se puede discutir si ello (la supresión de la necesidad de querrela) transforma a estas infracciones de delitos privados en delitos semipúblicos».

(5) La alusión que contiene la sentencia a las «faltas» de injurias y calumnias realizadas a través de la imprenta resulta sorprendente. Es claro que no existe una versión venial del delito de calumnia. La referencia no puede salvarse entendiéndola referida a las injurias. Estas, por leves que sean, si son hechas por escrito y con publicidad, son siempre constitutivas de delito en nuestro derecho. Seguramente el error apuntado tiene su origen en el viciado planteamiento del proceso judicial que daría lugar al recurso de amparo: un juicio por una supuesta falta de injurias cometidas a través de la prensa).

(6) Conferencia pronunciada en el cursillo «Libertad de Expresión y Derecho Penal» que, organizado por el Consejo General del Poder judicial y el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, se celebró en diciembre de 1982. Los textos de las conferencias aparecieron publicados en el volumen que, con el mismo título que el cursillo, editaría en 1985 EDERSA.

(7) Ob. cit. en nota anterior, págs. 146 y sígs. La última consecuencia extraída por el referido Magistrado no alcanza a comprenderse con claridad: efectivamente pueden apuntarse unos fundamentos parcialmente distintos del instituto de la prescripción en los delitos privados y en los públicos. Pero la forma de operar la prescripción es idéntica en ambos tipos de infracciones.

(8) Se pronuncian igualmente en favor de la naturaleza semipública de estos delitos, RUIZ VADILLO, E. «El perdón de los delitos contra la honestidad» en *Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del Código Penal de 1983*. Tomo V, vol. 2. R. de Derecho Público. EDERSA, 1985, págs. 966 y sigs.; COBOS GOMEZ DE LINARES, M. A. en «Consideraciones de lege ferenda sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injurias contra particulares», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6. V Jornadas de Profesores de Derecho Penal; VIVES ANTON, T. S. en el anexo de su obra *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*. EDERSA, Madrid, 1977; y críticamente ZUBIRI DE SALINAS, F. «La protección penal del honor v la intimidación como límite del ejercicio del derecho a la libre expresión» en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, citado, págs. 233 v sigs., y BELLO LANDROVE, F. «Infracciones contra el Honor: algunas cuestiones relevantes», en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, mayo de 1986, págs. 707 y sigs. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., en su trabajo «La Reforma de los delitos contra el Honor: en *Documentación jurídica*, enero/diciembre 1983, vol I, número monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal) no aclara expresamente este punto. Sin embargo habla de los delitos de injurias y calumnias como privados, sin hacer distinciones.

(9) La existencia de delitos privados o semipúblicos puede responder a tres tipos de motivaciones: 1) la escasa importancia de la infracción (en esta línea cabe enmarcar la exigencia de denuncia para perseguir los delitos de daños imprudentes en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983), 2) la protección de la víctima; y 3) el carácter individual y particular del bien jurídico protegido. Ese distinto origen no puede perderse de vista. Así es evidente y puede palparse el interés de toda la colectividad en que se castigue un delito de violación. No sucede, sin embargo, lo mismo en los delitos contra el honor.

(10) Sin olvidar la facultad de denunciar que debe reconocerse a las personas mencionadas en el artículo 466 del Código Penal en los casos ahí mencionados.

(11) En este punto la Ley contiene un error al hablar de «acción legal» en lugar de «acción penal», como se adivina con facilidad.

(12) Sin perjuicio de la necesidad de aprobación en casos de menores o incapacitados.

(13) Véase por todos el convincente trabajo de GONZALEZ RUS, J. J.: «El perdón en los delitos sexuales: una institución carente de fundamento», págs. 41 y sigs. de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, tercer trimestre de 1985).

(14) En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J. C.: «Consideraciones en torno al delito de abandono de familia», en *Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del Código Penal de 1983* ya citados, pág. 1046; aunque algún autor ha querido ver en los términos «acción penal» usados por el legislador una exclusión del perdón cuando ya hay sentencia firme.

(15) «... lo excepcional de los plazos de prescripción en los delitos de injuria y calumnia a particulares -escribe DEL TORO MARZAL, A., citando a GROIZARD- obedece a la creencia de que el ofendido debe demostrar con su presteza la existencia real del ataque a su honor, presumiéndose, según algún autor, el perdón tácito si con tal presteza no actúa» (CORDOBA RODAJ., y, otros: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Ariel. Barcelona, 1972, pág. 683). Argumentos de tenor semejante pueden encontrarse en las sentencias del TS de 16 de abril de 1918, 3 de diciembre de 1919, 19 de febrero de 1954 o en la más reciente de 28 de enero de 1982 en la que se dice: en los delitos privados «corresponde al querellante no sólo el inicio de la acción penal, sino también su impulso y vigilancia del cumplimiento de las normas procedimentales, por lo que en tales casos la reacción o abandono de la parte querellante en el seguimiento del proceso da lugar a la presunción de falta o cesación del interés, motor de la acción, y justifica la aplicación del instituto de la prescripción en aras de la seguridad jurídica, eliminando la incertidumbre de las situaciones jurídicas expectantes sobre el resultado del juicio y la aplicación de la pena ... »

(16) Los términos «delitos perseguibles a instancia de parte» utilizados en los artículos 94 y 96 del

Código Penal se prestan a confusión. Hay quien ha entendido que con tales palabras el legislador se está refiriendo tanto a los delitos privados como a los semipúblicos (DEL TORO MARZAL, A., ob. cit. en nota anterior, pág. 524). La jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha señalado que «instar la persecución de determinado delito no es otra cosa que el ejercicio de la acción penal por medio de la correspondiente querrela, con plena diferenciación de la denuncia cual se infiere de los artículos 259, 270, 275 y 278, entre otros, de la LECr, en los que se advierten locuciones cuales «querrela a instancia de parte», «instar el procedimiento» y otras similares, siendo necesario circunscribir el ámbito del precepto que se examina (art. 94.2 a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por querrela del agraviado, no a los que no precisen tal requisito, aunque no puede reputarse públicos, sino semipúblicos ... » (S. de 13 de diciembre de 1971. En igual sentido S. de 22 de enero de 1970). Creemos más acertada la interpretación jurisprudencial que hoy, además, resulta más congruente con la nueva regulación del perdón en los delitos sexuales. El término «instar» expresa un indudable contenido volitivo. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española «instar» es «repetir la súplica o petición o insistir en ella con ahínco; apretar o urgir la pronta ejecución de una cosa». Y la denuncia, según la doctrina clásica, es una mera declaración de conocimiento, frente a la querrela que supone una manifestación de voluntad. Sólo en el caso de la querrela «se insta». Esto nos llevaría al análisis de la naturaleza de la denuncia en los delitos semipúblicos. Es cierto que un importante sector doctrinal (por ejemplo, VIADA: «Legitimación activa en los delitos semipúblicos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XV, septiembre/diciembre 1986, págs. 615 y sigs.; o GONZALEZ 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*, núm. 2, tercer cuatrimestre de 1983, págs. 83 y sigs.) entiende que en los delitos semipúblicos la denuncia encierra también una manifestación de voluntad, de lo que puede colegirse que también los delitos semipúblicos son perseguibles «a instancia de parte». Pensamos que no. La denuncia, también en los delitos semipúblicos, sigue siendo una simple manifestación de conocimiento, abstracción hecha de que el denunciante tenga o no un interés -más o menos intenso, manifestado o no- en que el delito se persiga, lo que normalmente ocurrirá, aunque no necesariamente. Aunque no esté presente ese interés e incluso, aunque se excluya expresamente, habrá que entender cumplido el requisito de procedibilidad exigible en los delitos semipúblicos. Piénsese en la mujer que denuncia la violación de que ha sido objeto con el exclusivo propósito de acogerse a lo dispuesto en el artículo 417 bis del Código Penal (otra cosa es que ahí deba verse una cierta discordancia legislativa). Con ello queda abierta la posibilidad de perseguir el delito, aunque la denunciante manifieste expresamente que no le mueve el deseo de que el autor sea castigado, o que no tiene interés alguno en que el delito se persiga.

La solución «a instancia de parte», es utilizada asimismo en algunos preceptos de la LECr. En algunos casos aparece con claridad que se refiere exclusivamente a los delitos privados (arts. 275 ó 733). En otros, la cuestión es más turbia (arts. 106 ó 278). Desde una perspectiva de examen únicamente de corrección terminológica, MARTINEZ-PEREDA, J. M., se inclina por entender que la expresión «a instancia de parte» debe reservarse a los delitos genuinamente privados, esgrimiendo argumentos de historia legislativa, que tampoco son definitivos (*El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1976, págs. 10 a 12).

Finalmente debe señalarse que el artículo 4.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva emplea la expresión para referirse tanto a los delitos privados como a los semipúblicos: «No se concederá la extradición en los casos siguientes: ... cuando se trate de delitos... de los que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, raptó y abusos deshonestos.» Dicho sea de paso, esa diferencia de trato a efectos de extradición, vuelve a recordar las profundas divergencias entre los delitos contra el honor y los delitos contra la honestidad.

(17) A partir de la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de Supresión de las Tasas judiciales, la previsión tiene escasa relevancia práctica.

(18) Según la opinión más extendida y más respetuosa con el tenor del artículo 104 de la LECr.

(19) Vuelve a utilizar el legislador la expresión «delitos perseguibles a instancia de parte». A pesar de la opinión contraria de AGUILERA DE PAZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* tomo I, pág. 588), creemos con GOMEZ ORBANEJA, que el artículo 106.2 es sólo aplicable a los delitos privados, sin perjuicio de que en los delitos semipúblicos se alcancen efectos idénticos a través del perdón. En los delitos privados también la renuncia a la acción la extingue. «La renuncia a la acción penal -dice la sentencia de 10 de noviembre de 1886- no equivale al perdón.» Conceptualmente debe mantenerse la distinción que también comporta ciertas repercusiones prácticas.

(20) En el artículo 112.2 de la LECr y en los artículos 275 y 188 que analizaremos inmediatamente, se habla de delitos que exigen querrela. De nuevo dificultades terminológicas. Las expresiones «delito público», «delito privado», «delitos perseguibles a instancia de parte», «delitos que exigen querrela», se usan a veces con sentidos muy distintos. Piénsese en los artículos 282 y 284.2 de la LECr. Creemos que, dada la confusión terminológica, debe propugnarse una interpretación que, superando la pura literalidad, dé a cada uno de los preceptos su genuino sentido en atención a la naturaleza de los delitos. Cuando la Ley habla de delitos perseguibles a instancia de parte o que exigen querrela, se está refiriendo generalmente a los delitos privados. Y si convenimos que la injurias y calumnias con publicidad siguen teniendo tal naturaleza privada, habrá que concluir que tales prescripciones les son aplicables, con independencia de la expresión elegida por la Ley.

(21) A partir de la reforma operada en la Ley, de, Enjuiciamiento Civil por Ley 34/1984, de 6 de agosto, el sistema del artículo 188 de la LECr queda plenamente parificado al que rige con carácter general en el procedimiento civil (art. 288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(22) Sí, sin embargo, los seguidos por delitos semipúblicos (en este sentido Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado sobre las reformas introducidas en la LECr por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y su relación con la 56/1978, de la misma fecha; y AGUILERA DE PAZ, ob. cit., tomo I, pág. 331).

(23) En este caso, a pesar de que la Ley vuelve a hablar de «delitos perseguibles a instancia de parte», es opinión pacífica entender que se comprende en la excepción únicamente a los delitos privados, como revela el comentario que sobre este precepto se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley (AGUILERA DE PAZ, ob. cit., tomo V, pág. 525; SAEZ JIMENEZ, J., y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, E.: *Compendio de Derecho Procesal Civil Y Penal*, tomo IV, vol. I, pág. 1125, y vol. 2, pág. 108).

(24) Los jueces y Tribunales, aferrados inconscientemente a la naturaleza privada de los delitos de injurias v calumnias, aunque se realicen con publicidad, siguen aplicando muchas de las previsiones enumeradas en los procesos abiertos para el enjuiciamiento de tales delitos. Así no son infrecuentes los apercibimientos al querellante con base en el artículo 275 de la LECr; el sobreseimiento de las actuaciones por el mero apartamiento de la querrela, sin que exista perdón formal; o la inadmisión a trámite de una querrela por constar que previamente se había ejercitado la acción civil. Esa vis inercial también puede detectarse en el TS. La sentencia de 5 de marzo de 1987, de la Sala Primera del Alto Tribunal, al resolver un recurso de casación interpuesto contra sentencia recaída en el procedimiento especial de Protección al Honor regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, argumenta para rechazar la inconsistente alegación de preferencia de la jurisdicción Penal, apoyándose en el artículo 112.2 de la LECr, pese a tratarse de una difamación verificada a través de medios radiofónicos. Igual sucede en la sentencia de 16 de octubre de 1986, que contempla el supuesto de su artículo periodístico difamatorio («Sustantivamente -dice la sentencia- también podrá optarse por la protección penal del honor que hace el Código Penal, aunque... siguiéndose de haberse elegido la protección civil, el efecto consuntivo del párrafo 2º, del artículo 112 de la LECr»). Y repárese que el citado precepto habla de delitos «de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular.

(25) Medida prevista en el artículo 3.2 de la citada Ley 62/1978 y en el artículo 816 de la LECr, pero no

en el artículo 278.2 referido exclusivamente a las diligencias encaminadas a la comprobación del delito o detención del delincuente. La previsión, que conecta directamente con el espíritu que informa el artículo 13 de la LECr, podía resultar carente de toda eficacia en estos delitos. Por otra parte, la doctrina ha coincidido en señalar que la filosofía de la reforma está presidida por la idea de posibilitar una rápida intervención judicial que impidiese el incremento de los daños causados por la propagación de la especie injuriosa o calumniosa (ver FERNANDEZ ALBOR, A. «Instrumentos procesales para la reparación del honor ofendido» en *Libertad de Expresión Y Derecho Penal*, ya citado, pág. 126).

(26) La técnica utilizada -decreto legislativo- es más que cuestionable a la luz de los artículos 81 y 82 de la Constitución. Unos meses después, la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre del mismo año aumentó nuevamente los derechos susceptibles de ser amparados en este procedimiento especial. Aunque la citada disposición transitoria se refiere únicamente al ámbito contencioso-administrativo, por vía de interpretación se le ha querido otorgar un alcance mayor, comprensivo de todos los órdenes jurisdiccionales, para salvar así la posible inconstitucionalidad del Real Decreto 342/1979.

(28) La sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985, de 22 de julio, enseña que «... el mandato contenido en el artículo 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos, aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de tales derechos e intereses» (fundamento jurídico 5.1).

(28) Al elaborarse la citada Ley se tenía ya a la vista el texto constitucional.

(29) Los conceptos de desistimiento del proceso y renuncia a la acción se han elaborado y desarrollado en el seno del Derecho Procesal Civil. Su traspaso al ámbito penal no está totalmente perfilado y en la doctrina se detecta cierta confusión. A ello contribuye, por una parte, el hecho de que en los procesos por delitos públicos -los más frecuentes- tales instituciones tienen escasa trascendencia práctica: sus efectos -similares a ambos institutos se reducen a que se deje de tener como parte al renunciante, continuando su curso el proceso. Por otra parte, la terminología arcaica y poco técnica utilizada por la LECr que habla de abandono o apartamiento de la querrela (sobre el tema puede verse MARTINEZ-PEREDA, J. M.: *El proceso por delito privado*, ya citado, págs. 229 y sigs., y SAEZ JIMENEZ, J., y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, E.: *Compendio*- tomo IV, vol. 2, págs. 1168 y sigs.).

(30) En el supuesto planteado se entremezclan diversas cuestiones de gran interés: vinculación del Tribunal al *titulus condemnationis* de la acusación en los delitos privados; posibilidad de la acusación privada de sustituir la acusación de calumnia por la de injuria, con base en una renuncia a una condena superior. Basten ahora unas someras indicaciones sobre tales problemas. Según nuestra jurisprudencia, en los delitos privados el Tribunal no puede condenar por un delito distinto de aquel que sirvió de base a la acusación, aunque tal condena en abstracto fuese procedente (sentencias de 25 de marzo de 1946, lo de abril de 1973 ó 15 de octubre de 1980). No obstante, esta regla no rige para las injurias y calumnias hechas por escrito y con publicidad a partir de la Ley 62/1978 (sentencias de 9 de diciembre de 1982 y 30 de enero de 1986). Por otra parte, la acusación en ningún caso puede utilizar ese expediente (acusación por injurias en un supuesto constitutivo de calumnia), para burlar la posibilidad de ejercicio de la *exceptio veritatis* (3 de junio de 1948, 17 de marzo de 1956, 19 de febrero de 1973 y 18 de octubre de 1985) con lo que parece rechazarse la posibilidad de lo que podía configurarse como un perdón parcial, o la renuncia a la acción derivada del delito de calumnia. Sin embargo, esta conclusión podría discutirse y matizarse (ver, por ejemplo, sentencias de 21 de junio de 1950 y 15 de octubre de 1980).

(31) La solución basada en la aplicación analógica del artículo 275 de la LECr es preferible a entender que la inactividad del denunciante debe interpretarse como un supuesto de perdón presunto: esa omisión

es reflejo de un desinterés, más que de una voluntad condonatoria. Además deben tenerse en cuenta las lógicas reticencias de nuestro TS para admitir perdones presuntos en materia criminal (así, sentencias de 30 de diciembre de 1907, 3 de junio de 1953 ó 26 de abril de 1956).

(32) Por otra parte, la solución articulada es semejante a la que debe darse al supuesto de inhibición de un juez o Tribunal del conocimiento de un proceso por delito privado. Antes de la remisión de los autos, debe emplearse a las partes, y entre ellas al acusador privado, para que comparezcan ante el juez o Tribunal a cuyo favor se acordó la inhibición. Caso de no personarse el acusador privado, habrá de considerarse desistido y archivar la causa por extinción de la acción.

(33) La jurisprudencia habla de «delicada y difícil acción de deslinde» (sentencia de 25 de junio de 1986), «delicada cuestión de límites» (sentencia de 8 de julio de 1981 y 3 de junio de 1985) y otras expresiones semejantes. Recuérdese además la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1986, que recordaba al juzgador la obligatoriedad, en los conflictos entre el derecho al honor y las libertades de opinión e información, de realizar una cuidadosa, expresa y motivada ponderación entre los bienes en colisión, para no cercenar de forma «no necesaria en una sociedad democrática» la libertad de expresión (art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sentencia de 8 de julio de 1986 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

(34) La literalidad del artículo 649.1 de la LECr puede servir de sostén de derecho positivo para la práctica que se propugna.

(35) Ver sentencias del TS de 24 de diciembre de 1907, 18 de noviembre de 1944, 29 de mayo de 1963 o 21 de octubre de 1963.

(36) La regulación que sobre esta materia contiene la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal es un trasunto fiel de la actual normativa: los delitos de injuria y calumnia con publicidad son perseguibles en virtud únicamente de denuncia, frente al resto de las injurias y calumnias que exigen querrela de la parte ofendida, El perdón extingue en ambos casos la pena (art. 209). La regulación, en cuanto a requisitos de procedibilidad y perdón de los delitos contra la libertad e indemnidad secuelas -utilizando la rúbrica elegida por la Propuesta- es también semejante a la vigente (art. 184). Por otra parte se incrementa el listado de infracciones cuya persecución queda condicionada a la denuncia, aunque en algunas de ellas no tiene efecto alguno el perdón (ver arts. 107.4, 224, 267, 271, 277, 427,1 -aquí la denuncia aparece como requisito de procedibilidad alternativo-, 590.3, 598 y 601).