

LA ACCION PENAL EN DERECHO CANONICO

I. LA ACCION EN GENERAL

Obtenida ya, en nuestro anterior artículo, la exacta delimitación de la acción penal, resta acometer de una manera frontal y directa el estudio de su concepto y naturaleza jurídica, aunque, como era forzoso, ya en las páginas que precedieron hayan quedado consignadas no pocas observaciones aprovechables ahora.

A nadie puede ocultársele la trascendencia de la empresa: "La teoría general de la acción—ha escrito uno de los maestros de la procesalística italiana moderna—, acaso el núcleo de cuestiones de mayor trascendencia dentro de la problemática general del Derecho del proceso, constituye una de las bases sobre las que ha de asentarse todo el conjunto de instituciones que integran aquella disciplina. Desde el punto de partida de su identificación legal y doctrinal con el derecho material subjetivo, la acción y su teoría general han venido evolucionando progresivamente, desligándose del llamado Derecho sustantivo y constituyendo, con su propia construcción autónoma, uno de los cimientos que sirven para fundar la autonomía de la ciencia jurídica procesal; explicando, según la idea que de la acción se forme, multitud de figuras procesales de la más alta importancia y reflejando, por otra parte, en la estructura de la misma teoría el aspecto más delicado de toda la institución procesal: la adaptación a las exigencias jurídico-políticas de cada país y de cada época, las que no pudiendo por menos de producir una repercusión en el desarrollo de una función estatal tan importante para la vida de la comunidad como lo es la Administración de Justicia, vienen a operarla, entre otros instrumentos, muy principalmente por medio de la influencia ejercida sobre la teoría general de la acción" (1).

Larga, excepcionalmente larga, ha sido la cita. Pero creemos que excusan de motivarla su densidad de ideas y la precisión con que enmarca el problema que vamos a estudiar.

(1) CALAMANDREI: *Relatività del concetto di azione*. "Riv. di Diritto Proc. Civile", 16 (1929), páginas 22-23.

Si bien, para que su visión sea total, convendría añadir, a las exactas consideraciones de orden pragmático en ella contenidas, otras de carácter más filosófico. Porque, aunque con evidente exageración, se ha dicho que "... la filosofía del Derecho penal es, ante todo, una filosofía del proceso penal: es el estudio de aquel particular dinamismo que produce el ideal jurídico penal..., ideal sostenido y elaborado a través de la acción misma" (2).

Sólo resta, por tanto, emprender tal estudio. En el cual seguiremos el mismo método que en la primera parte: empezar por preguntar su opinión a los procesalistas seculares para desarrollar después nosotros, con los datos proporcionados por ellos, una teoría que se adapte plenamente a las particulares exigencias y características del Derecho de la Iglesia.

Empezamos por la teoría general de la acción.

Tratamos, en las páginas que siguen, de recordar, más que exponer, lo que acerca de la acción en general se ha dicho y escrito. Es tanto, y a veces tan confuso, que nuestra exposición ha de resultar forzosamente fragmentaria e incompleta, aun como mero resumen. Pero, aun así, logramos plenamente nuestro intento. No hace falta exponer, detallar y discutir las innumerables hipótesis elaboradas. Nos basta con saber que no sirven para nuestro intento.

Antecedentes.

Nos limitaremos a dejar consignados aquí tres aspectos preliminares del problema:

1) *Aspecto etimológico.*—La palabra "acción" poco nos dice. Indica una referencia al hacer, a la actividad de alguien. Tal actividad puede ser, y de hecho, en el uso normal de la palabra, lo es con frecuencia, extrajurídica. Puede ser también jurídica, pero extraprocesal. Y dentro del proceso puede aplicarse, e históricamente se ha aplicado (3), con indiferencia a los diversos actos del proceso. Sin embargo, si en lugar de hablar aisladamente de "acción", se le añade la calificación de "procesal", la expresión toma un significado, si no gramatical, sí, al menos, técnico, bien determinado. Se destaca así de entre la masa de actividades procesales, dejando a un lado las del juez y las del demandado, el grupo de las del demandante, encabezado por un acto de iniciación procesal. Este acto de iniciación procesal, que, por serlo, ha de estar revestido de virtualidad sufi-

(2) PEREGO: *I nuovi valori filosofici e il Diritto penale* (Turín, 1918), pág. 96.

(3) ROBERTI: *De proces.*, 1, pág. 53. n. 19, nota 2.

ciente para poner en marcha todo el mecanismo del proceso, nos conduce a la idea de acción procesal (4). No creemos que el examen del nombre mismo pueda llevarnos, sin peligro, más allá.

2) *Históricamente* considerada la acción, no presenta, hasta tiempos muy modernos que nos tocará examinar más despacio, grandes complicaciones (5). Elaborado el concepto en Derecho romano, con un carácter de independencia relativa en cuanto al derecho subjetivo (6), viene, sin embargo, a establecer contacto con él, cada vez más íntimo, en la definición de Justiniano: "*Ius petendi in iudicio quod sibi debetur*" (7).

Quedó establecida así una íntima relación entre acción y derecho subjetivo, que, unánimemente aceptada por todos, canonistas y civilistas, habría de perseverar hasta tiempos muy recientes. Con variedades de matiz, que luego habrán de exponerse, se establecía una correlación absoluta entre acción y derecho, tanta que, "con la mayor frecuencia y sin faltar al tecnicismo del lenguaje forense, se toma la una por la otra; así es que con igual propiedad decimos: *tengo derecho para reclamar tal cosa*, que: *tengo acción para reclamar tal otra*" (8).

Sólo a partir del célebre trabajo publicado por WINDSCHEID en 1856 (9), con la controversia a que dió origen (10) se plantea el problema de la naturaleza de la acción, con carácter de independencia frente al derecho, que estudiaremos ahora.

3) *La recta Filosofía* no parece imponer una determinada actitud. Después de lo dicho acerca de la ausencia de controversia a todo lo largo de la Historia, no parecerá extraño que digamos que hasta nuestros días no se ha planteado tampoco el problema bajo un aspecto filosófico.

En realidad, no parece que pueda establecerse una conexión determinada entre la solución del problema de la naturaleza de la acción y los principios fundamentales de la Filosofía del Derecho. Queda campo libre al legislador y al estudioso para establecer lo que parezca más conforme a la verdad y a la conveniencia, y la misma potestad que el primero tiene

(4) GUASP: *Comentarios*, 1, pág. 330.

(5) Un resumen de la historia de la acción puede verse en BRUGI: "Nuovo Digesto Italiano", v. *Azione*, vol. II, págs. 108-118.

(6) "El derecho a litigar no era simplemente la consecuencia natural de una pretensión, sino que tal posibilidad únicamente existía cuando, respecto de aquel derecho subjetivo, hubiera concedida una acción". ARIAS RAMOS: *Derecho Romano* (Madrid, 1940), vol. I, pág. 170.

(7) Inst. IV, 6 init., definición tomada de CELSO: "Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi" (D. 44, 7, 51).

(8) MANRESA: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil* (Madrid, 1928), vol. I, pág. 43.

(9) *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des keningen Rechts* (Berlín).

(10) MUTTER: *Zur Lehre von der römischen Actio dem heutigen Klagerecht* (München, 1857), WINDSCHEID: *Abwehr gegen Dr. Th. Mutter* (Berlín, 1857).

respecto a la determinación de los derechos, se le puede y debe atribuir respecto a las acciones (II).

Diversas teorías.

Aunque dentro de cada una de ellas puedan establecerse diferencias no despreciables, la necesidad de no dar una excesiva extensión a este capítulo, y aun la misma claridad, hacen que podamos reducirlas a las cinco que siguen:

1) *Opinión tradicional.*—Ha quedado dicho hasta qué punto esta opinión ha gozado de universal aceptación hasta tiempos muy modernos. Después de haber hecho crisis en Alemania, aun continuó victoriosa en Italia hasta los estudios de CHIOVENDA (12) y en España casi hasta nuestros días (13), pero hoy puede decirse que está casi abandonada (14). Ha admitido tres variedades principales:

a) La acción es un elemento del mismo derecho (15): el propietario que reclama judicialmente una cosa de quien la detenta, ejercita su derecho de propiedad.

b) La acción, es, sí, el mismo derecho, pero en cuanto, removiendo los obstáculos que se le oponen, defiende su integridad. En frase que ha hecho fortuna, es “*il diritto stesso in piede di guerra*” (16) o, como otros prefieren, “elevado a la segunda potencia” (17).

(11) “De jure naturali omnia iura defensione aliqua gaudere debent, secus iura non essent; at specialem tuitionem in iudicio forma et modo determinatis ius naturale non concedit; id facit ius positivum determinatis iuribus actiones concedendo”. CORONATA: *Institutiones*, vol. III, pág. 97, n. 1.192.

(12) Y así es la aceptada por los comentaristas más célebres, como PESCATORE: *Spostzione compendiosa della procedura civile e commerciale* (MÁN, 1905), pág. 121. MATTEOLO: *Tratado de Derecho judicial civil* (Traducción de OVEJERO, Madrid, 1930), vol. I, pág. 14. “En la época en que en Alemania se debatían ya los problemas a que aludimos... se aceptaba en... Italia, inclusive, como clarísima la definición de CELSO y se perpetuaban las cuestiones de BONERIO y de HEINECCIO sobre la corrección sistemática de aquella definición y sobre la oportunidad de completar el *sibi debeat* con la mención de derechos reales”. SILVA MELERO: *Síntesis*, pág. 16.

(13) Cfr. las palabras de MANHESA (1928), citadas más arriba (not. 8).

(14) Aun parecen sostenerla, sin especificar más, VERMEERSCH-CREUSEN: *Epítome juris canonici*, y de intento, J. PASQUARIELLO: *Doctrina canonica en actione*, “Eph. Juris Canonici”, 4 (1948), págs. 440-461.

(15) V. gr., WERNZ-VIDAL: *Ius canonicum*, vol. VI, n. 245, y [anónimo] en *Il Dir. eccles.*, 40, (1929), pág. 191. Esta es también la opinión que prácticamente resulta recogida en el ordenamiento jurídico español contenido en las leyes de Enjuiciamiento y Código civil. Recientemente se ha iniciado otra orientación, pero tampoco, a nuestro juicio, acertada. Cfr. R. DE LA RICA: *La nueva ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), pág. 125, nota 1 (comentario al artículo 129 de la de 1944, que habla de “acción extrajudicial”, expresión que ha desaparecido en la nueva redacción de la Ley, aunque siga latente. Cfr., “Boletín Oficial del Estado” de 27 de febrero de 1946.

(16) MANFREDINI: *Trattato di Diritto giudiziale civile* (ROMA, 1900), vol. I, pág. 540.

(17) Cfr. SCHIAPOL.: Recensión de ROBERTI (*De proces.*), “Rassegna Bibliografica per le Scienze Giu.”, 6 (1931), págs. 313-316.

c) La acción es, finalmente, el término de una transformación que el derecho ha sufrido como efecto de su reclamación judicial (18).

2) *Pretensión de tutela del derecho* (19): Se trata de una doctrina que alcanzó extraordinaria difusión en Alemania, a partir de su exposición por WACH (20), hasta llegar a alcanzar "la categoría de verdadero dogma del Derecho procesal" (21), éxito en el que influyó el haber sido la primera que separó la acción del derecho material. En esta teoría, "la acción no es ya un simple duplicado del derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo existente por sí mismo y que se dirige hacia un nuevo sujeto pasivo, el Estado, y que tiende a obtener una prestación jurídica diversa de la contenida en la primitiva relación jurídica, como es la de que el Estado conceda su protección jurisdiccional al titular de la acción, mediante una resolución favorable, en la que se tutela el derecho del particular, consagrándose una vez más el predominio del interés particular sobre el público" (22).

3) *Derecho potestativo*.—Moviéndose en una dirección análoga, aunque no idéntica, a la anterior, con el deseo de obtener el ansiado equilibrio entre el principio de autoridad y el de libertad, construyó CHIOVENDA (23) esta teoría, que ha tenido gran aceptación en Italia (24) y fuera de ella (25), pues, al mismo tiempo que evitaba el excesivo matiz privatístico de la anterior (26), se adaptaba bien a la tradición romanística, siempre cara a los italianos.

(18) SAVIGN : *System des heutigen römischen Rechts* (Heidelberg, 1840), pág. 350.

(19) Denominamos así esta teoría, a diferencia de ROBERTI, haciéndonos eco de las observaciones de GUASP (pág. 333, not. 3), que ponen de manifiesto lo erróneo, o, si se quiere, equivoco, de la terminología de aquél.

(20) *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (Hamburgo, 1885).

(21) GUASP: l. c.

(22) FENECH: *Derecho procesal penal*, vol. I, págs. 386-387. Cfr. PRIETO CASTRO: *Exposición*, vol. I, págs. 43-44; M. MIGUEL Y ROMERO: *Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*, "Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp.", 153 (1928), pág. 31.

(23) *L'azione nel sistema dei diritti*, publicado en 1903 y reeditado en sus *Saggi* (Roma, 1920), págs. 7-57; *Principios del Derecho procesal civil*, traducción de CASAS (Barcelona, 1920), págs. 43-47; *Instituciones de Derecho procesal civil* (trad. de GÓMEZ ORBANEJA; Madrid, 1936), págs. 1-17. Puede verse el prólogo que puso XIRÁU a la traducción de *La condena en costas*, donde exalta la trascendencia de la noción dada por el autor (Madrid, 1928), págs. 14-15.

(24) Destacan, entre sus seguidores: CALAMANDREI: *Istituzione di Diritto processuale civile* (Milán, 1941), vol. I, págs. 127-132; GALLI: *Contributo alla teoria dell' intervento principale*, "Arch. Giuridico", 77 (1906), págs. 213-313, y otros muchos que no podemos detallar por el enorme desarrollo que la literatura jurídica tuvo en Italia últimamente.

(25) En Alemania, por ejemplo, coincidió con él, casi simultáneamente, WEISMANN: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (Berlín, 1909). También en España ha tenido seguidores, entre los que destaca GÓMEZ ORBANEJA, habiendo sido recogida literalmente en alguna sentencia del Tribunal Supremo.

(26) Que pugna con las actuales corrientes jurídico-políticas.

Concibe la acción “como un derecho potestativo (27), que, aun siendo un derecho individual, no lo es a una prestación determinada, porque tiende a la actuación jurisdiccional, que no es una prestación debida al individuo, sino el ejercicio de una función pública. El Estado, al proteger al individuo cuyos derechos se violaron, cumple, en primer término, una función nomofiláctica, protege su propia ley violada y, como consecuencia, satisface el interés individual, cuya vulneración—y no la de la Ley—llevó al particular a acudir en busca de la protección jurisdiccional, con la que puede contar, por lo que, en cuanto es titular de la acción, se encuentra en una cierta relación con el poder del Estado” (28). “Así entendida la acción es también..., como en la teoría anterior, un derecho anterior al proceso, que se satisface mediante la obtención de una resolución judicial favorable y que corresponde, por lo mismo, solamente a aquella de las partes que tiene razón” (29). Cualquier ley lleva consigo la obligación, por la que se cumple con la prestación, y la acción, por la que se cumple con todos los medios de la pública autoridad, que actúan una vez puesta esta previa condición. Son dos medios que concurren alternativamente al mismo fin (30).

4) *Derecho abstracto y función pública.*— Aunque entre estas dos concepciones exista la diferencia, no escasa, que de su misma enunciación resulta, las reunimos bajo un solo epígrafe porque ofrecen la nota común de superar la consideración de la acción como un derecho subjetivo, privado o público, potestativo. La crítica de las teorías anteriores ha conducido a un grupo de autores (31) a tratar de sustituirlas en un doble sentido:

a) Haciendo de la acción un derecho abstracto. Si el juez está obligado a algo frente a quien ejercita la acción, no es ciertamente a fallar en su favor o a fallar en justicia, sino a fallar; esto quiere decir que la acción, derecho abstracto, no es un derecho que corresponda al que tiene

(27) Derecho potestativo o puro poder jurídico es aquel en el que, a diferencia de los derechos absolutos y relativos ordinarios, no aparece un obligado ni desde el momento de constitución ni en un momento posterior, sino sólo una persona sujeta a los efectos que el ejercicio del derecho potestativo produce. Puede verse un ejemplo en GUASP: *Comentarios*, I, página 335, not. 3.

(28) FENECH: *Dcho. procesal penal*, vol. I, pág. 387.

(29) GUASP: *Comentarios*, t. I, pág. 336.

(30) ROBERTI: *De proces.*, t. I, pág. 68, not. 22, 3.

(31) JCHÖNKE: *Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938). Aparte de la exposición que hace de su teoría (págs. 2-10), resulta muy interesante este autor como orientador en la bibliografía sobre la acción, que aporta en forma casi exhaustiva (págs. 144-160). CARNELUTTI: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (traducción de GUASP; Madrid, 1942), págs. 166-170. PRIETO CASTRO: *Exposición*, vol. I, págs. 44-45.

razón, sino a cualquiera que acuda a los Tribunales con una reclamación, porque, sea ésta fundada o no, el reclamante podrá exigir siempre una decisión judicial (32).

b) Considerando al particular como investido de una función pública. Se trata de un poder concedido al particular, con una consideración instrumental. La de que es medio más apto para la obtención del fin del proceso que la iniciativa *ex officio* atribuida al órgano jurisdiccional.

5) *Pretensión*.—En nuestros días y en nuestra Patria se ha verificado, o mejor, se está verificando, un intento de replantear el problema sobre nuevas bases que permitan llegar a su solución (33). No es aceptable la acción como derecho concreto, puesto que el proceso se inicia lo mismo por quien tiene este derecho que por quien no lo tiene. Concebir la acción como derecho abstracto depende de una serie de consideraciones extraprocesales, que sitúan consiguientemente el problema fuera del ámbito del Derecho procesal. Al Derecho procesal corresponde examinar el acto a que el proceso está condicionado, no el poder del que tal acto emana, poder cuya existencia hay que decidirla con arreglo a criterios de Derecho civil o político, según la idea que de su concepto se tenga; lo cual no equivale a negar que tal derecho exista en realidad, sino a poner en duda que la determinación de su naturaleza sea un problema de índole procesal. La acción es un acto, no un derecho; pero este poder se desenvuelve fuera del ámbito del proceso y es indiferente a éste (34).

Aunque el acto de iniciación procesal (35) podría recibir, sin inconveniente, el nombre técnico de “acción”, entienden los defensores de esta teoría que, para evitar confusiones y respetar una inveterada tradición, convendría designarlo con otro nombre, que podría ser el de “pretensión procesal” (36). “El concepto de acción debe ser elaborado fuera del ám-

(32) Como antecedente de esta teoría puede verse la obra de Rocco: *La sentencia civil* (trad. de OVEJERO; Madrid, s. f.) y E. LEVY: *Le droit au service de l'action*, Archives du Ph'los. du Droit, 5 (1935), págs. 74-80.

(33) Paladín de esta opinión es J. GUASP en sus *Comentarios*, vol. I, págs. 338-340, habiendo obtenido una favorable acogida por parte de la crítica y algunos seguidores.

(34) Lo que explica que se discuta la naturaleza de la acción con indicaciones derivadas inmediatamente del Derecho político y que, a pesar de las divergencias existentes, todas, o casi todas, las teorías lleguen, en el tratamiento de los problemas específicamente procesales, a resultados de una semejanza extraordinaria.

(35) El acto de iniciación y la pretensión se refunden en algunos ordenamientos como el nuestro, por lo que podemos hablar como lo hacemos en el texto. Pero adviértase que, “no obstante esta fusión..., iniciación y pretensión no deben ser confundidas: la primera es la que recibe, en el proceso civil, el nombre técnico estricto de *demanda*.” GUASP: *Administración de justicia*, “Rev de Estudios Políticos”, 9 (1945), pág. 80.

(36) Lo que, a nuestro juicio, no está exento de inconvenientes, entre otros, el de la misma confusión que trata de evitarse, aunque planteada en sentido inverso.

bito del Derecho procesal; su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión (37).

Examen crítico.

Hora es ya, después de este rápido y sintético recorrido, de someter a un examen crítico sus resultados. No en el sentido de una valoración de cada una de las teorías en sí, que nos sirviese para señalar cuál es la verdadera, filosóficamente (38), o en relación con un determinado ordenamiento jurídico, para destacar la que mejor se adapta a él (39), sino más bien, como ya hemos dejado indicado más arriba (40), para ver si el concepto civilístico de acción (41), tal cual se refleja en las precedentes teorías, es o no aplicable a la acción penal.

Si atendemos a la opinión de los cultivadores del Derecho procesal civil, la opinión que ha de adoptarse no es dudosa. Con unanimidad, que no dudamos en calificar de sorprendente, empiezan por hablar de la acción en general, elaboran su teoría con elementos civilísticos y terminan, al encontrarse en trance de declarar las divisiones de la acción, por encabezarlas, sencillamente, con la fundamental entre acciones civiles y criminales (42). Ni faltarían tampoco en el mismo terreno ejemplos similares (43).

Aun salvando el debido respeto a tan fuerte corriente de opinión contraria, creemos, con los penalistas, que no es posible tal asimilación. Y, para mayor claridad, procuraremos puntualizar con la mayor precisión posible los diferentes aspectos de nuestra opinión.

I.º Sin forzar en nada los términos en que la cuestión está planteada, nos parece que pueden aceptarse íntegramente los antecedentes de carácter nominal y filosófico que han quedado expuestos. En cuanto a lo que queda dicho del aspecto histórico, se puede decir igualmente que cabe una aceptación substancial, en el sentido de que también de la acción penal

(37) GUASP: *Comentarios*, vol. I, pág. 339.

(38) Tal como se hace, por ejemplo, en el "Nuovo Digesto Italiano", tom. III, págs. 92-112; o en S. SATTA: *Ultime tendenze della teoria dell'azione*, "Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto", 20 (1940), págs. 1-21.

(39) Al estilo de PRIETO CASTRO: *La acción en el Derecho español* (Granada, 1931). F. ROBERTI: *De reali distinctione inter actionem et jus secundum systema processuale canonicum*, "Apollinaris", 7 (1934), págs. 46-52.

(40) Cfr. supra, págs. 133-134.

(41) "Civilístico", en el sentido de "opuesto a penalístico", no a "eclesiástico", del que hablaremos más abajo.

(42) Criterio simplista que, como hemos de tener ocasión de ver, es compartido también por los canonistas.

(43) V. gr., la legislación española, al menos en principio.

pueda decirse que hasta épocas muy recientes no se ha planteado la cuestión de su íntima naturaleza.

2.º Podemos iniciar el examen de las teorías propuestas, dividiéndolas, únicamente con vistas a una mayor facilidad de trabajo y sin pretensiones de dar a tal división contenido científico y definitivo, en tres grupos. En el primero entrarían las tres primeras, en cuanto que todas ellas son exponentes de una actividad de los procesalistas que intentan efectivamente afrontar el problema dentro del planteamiento que inicialmente, a mediados del siglo pasado, se le dió. Para el segundo grupo quedaría la cuarta teoría, que trata de superar las otras tres, aun dentro del mismo planteamiento. Y el tercero constaría únicamente de la quinta teoría, tanto por representar un nuevo planteamiento cuanto por suponer un desplazamiento, más que una solución propiamente dicha, del problema.

3.º Enfrentándonos con el primer grupo de teorías, nos parece posible afirmar resueltamente que no pueden aplicarse a la acción penal. Efectivamente, todas ellas, sin excepción, giran en torno a un concepto básico que hoy no tiene acceso, al menos normal (44), al campo del Derecho penal y procesal-penal. Es cierto que hubo épocas en la Historia en las que el castigo de los delitos fué, efectivamente, cuidado y, consiguientemente, derecho de los particulares (45). Pero no es menos cierto que hoy día "la función de perseguir y castigar es considerada en todo caso como actividad del Estado, aunque el directamente lesionado sea un particular y sin perjuicio de que el daño sufrido por éste sea indemnizado, como lo debe ser todo daño causado, con o sin delito, por una persona a otra" (46). Ahora bien, en esta concepción de *jus puniendi*, concebido como Derecho de carácter público y no por abdicación de los súbditos, no es fácil encontrar lugar para las hipótesis expuestas. Aun en un sistema como el español (47), en que la acción penal es pública, no puede hablarse de un estricto derecho de un ciudadano a que otro sea castigado por un delito. Consiguientemente, faltando este derecho-base, huelga hablar de sus relaciones de dependencia e independencia con la acción procesal.

(44) Más abajo examinaremos las excepciones que suelen señalarse y el problema de si efectivamente lo son.

(45) Nos referimos, naturalmente, a las primeras etapas del Derecho romano, llamadas de la venganza privada y de la composición voluntaria, que, de algún modo, pervivieron en la distinción, largo tiempo conservada, entre *delicta privata y publica*, de que hablaba PAULUS: "Alterum utilitas privatorum, alterum rigor publicae disciplinae" (Sentent. V, 1, 6). Cfr. C. FERRINI: *Esposizione dottrinale e storica del Diritto penale romano* (Milán, 1905), pág. 56.

(46) J. ARIAS RAMOS: *Derecho romano* (Madrid, 1940), vol. II, pág. 131.

(47) Artículo 101 de la ley de Enjuiciamiento criminal: "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercerla con arreglo a las prescripciones de la Ley."

Alguna obscuridad puede quedar aún, que acaso disipen estas dos consideraciones:

a) No puede invocarse contra lo que queda dicho que el derecho cuyas relaciones con la acción se busca averiguar es el que el Estado tiene a castigar. Nada más peligroso, como saben bien todos los juristas, que este trasplante de instituciones y conceptos del campo privado al público (48). Si hacemos entrar al titular de la soberanía en el proceso penal, de manera similar a como entra el particular (o el mismo Estado) en el contencioso, nos exponemos a una serie de consecuencias gravísimas, que sólo se pueden soslayar admitiendo otra serie de excepciones y privilegios que dejarán reducido a nada nuestro intento (49).

b) Tampoco puede decirse que alguna de las teorías expuestas, como la de CHIOVENDA, atienden suficientemente al aspecto publicístico de la acción, tanto que, como vimos, puede decirse que nacieron para ello. Porque a tal consideración se responde que, en el sistema de CHIOVENDA, la ley resulta aplicada a través de la satisfacción del interés individual, coincidente con el de la Ley, del particular, lo que, como queda dicho, no se da en nuestro caso. Aparte de que en el ejercicio de la acción penal falta algo tan característico en el sistema de CHIOVENDA como la posibilidad de una actuación extraprocesal, que en la imposición de penas resulta imposible (50).

4.º Mayor dificultad parecen ofrecer para ser descartadas las teorías expuestas en cuarto lugar (51), porque precisamente deben su nacimiento a una reacción, cuyo acierto no nos toca ahora juzgar, contra el concepto de derecho subjetivo latente en las anteriores.

En su primera forma (la acción como derecho abstracto), se ve claramente que resulta inaplicable al proceso penal. Como se ve al estudiar su teoría general (52), lleva consigo esta forma de proceso rígidas exigencias difícilmente conciliables con esta construcción, aun en la hipótesis de que pudiese ser admitida en cuanto al proceso civil. Los intereses en juego, las exigencias de verdad, el carácter eminentemente público de este proceso se conforman poco con un pretendido derecho a obtener "una declaración judicial cualquiera".

(48) Recuérdese, por tratarse de ejemplo conocidísimo, lo ocurrido con la teoría concordataria. Y, si se nos pide no salir del tema, lo que arriba quedó dicho acerca de la distinción de acciones.

(49) Véanse las observaciones que sobre ello hace J. GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1935), pág. 24, n. 10.

(50) En los ordenamientos seculares a los que nos estamos refiriendo.

(51) Cfr. supra, págs. 138-139.

(52) Supra, págs. 36-37.

En su segunda forma (la acción inviste al particular de una función pública), podría aceptarse como explicación parcial. Es decir: esta teoría puede explicar el despliegue concreto que en algunos casos tiene la acción penal. Pero, al dejar intacto el problema, en su planteamiento normal y lógico, no puede admitirse como teoría general de la misma.

5.º Resta terminar el examen crítico que estamos realizando, ocupándonos de la quinta teoría, que aspira a distinguir entre acción y pretensión procesal, eliminando de nuestro campo la primera. No falta tratadista de procesal-penal, ligado con carácter de antiguo alumno al autor de esta concepción, que le ha hecho una acogida entusiasta (53). Esta razón extrínseca y la intrínseca del carácter un tanto revolucionario de la nueva opinión nos hacen detenernos en su estudio, haciéndolo en párrafo aparte.

¿Acción y pretensión?

Empecemos por exponer con la mayor fidelidad posible el pensamiento de FENECH. Después de señalar la inaplicabilidad de las teorías propuestas, en lo que coincide plenamente con lo expuesto hasta ahora por nosotros, continúa diciendo: "El Derecho procesal penal ha llegado en esta materia a conclusiones que comienzan a abrirse camino muy recientemente en el ámbito del Derecho procesal civil. La acción, según la doctrina italiana más reciente, se considera como un poder de requerir la prestación de la función jurisdiccional. El interés que hace nacer este poder es un interés existente por sí mismo, de carácter público, social, coordinado al interés del derecho material que constituye la razón de proceder, pero completamente distinto del mismo... Con el ejercicio de la acción penal no se hace valer el derecho de castigar del Estado ni una pretensión punitiva, sino la pretensión meramente procesal para que, mediante la intervención y decisión del órgano jurisdiccional, se declaren las circunstancias a que se ha hecho referencia [subsistencia del hecho, correspondencia o no con una norma penal] y se establezcan los correspondientes efectos jurídicos, de tal manera que el interés quede satisfecho, incluso cuando, fundado en resultados negativos, el Tribunal absuelva al imputado, realizando así la declaración positiva o negativa, que es la actuación de la Ley en el caso concreto..."

"Los límites y relaciones entre acción y pretensión exigen un análisis

(53) Nos referimos a FENECH: *Derecho procesal penal*, vol. I, págs. 388-391. Ideas parecidas habían sostenido ya en Italia MASSARI: *Il processo penale nella nuova legislazione italiana* (Turín, 1932), vol. I, págs. 14-17, que usa idéntica terminología, y CARLOS GRAY, que puede decirse que dedica las 45 págs. (199-243) del artículo citado en la nota 55 a defenderlas, pero con terminología y aun contenido diversos, si bien semejantes.

sis... La pretensión procesal puede configurarse como una manifestación... de un poder atribuido a una persona, es decir, de la acción... Ya es difícil de por sí aceptar la sustitución de una cosa por una manifestación de la misma, pero mucho más cuando la manifestación es de algo cuya naturaleza escapa a nuestro análisis. Estos inconvenientes desaparecen colocando la pretensión procesal punitiva, y, para abreviar, pretensión punitiva, en su verdadero lugar con respecto a la acción penal. Lo que se consigue teniendo en cuenta que la pretensión punitiva no es sino el objeto de la acción penal, lo que en manera alguna quiere decir que acción penal y proceso sean una misma cosa por tener un mismo objeto, como no son una misma cosa la geografía y la geología, que tienen por objeto el estudio de la tierra."

La misma lectura, sin prevención ninguna, de cuanto precede predispone el ánimo en contra de una teoría que parece venir a complicar excesivamente la resolución del problema. A nuestro modo de ver, tampoco esta distinción entre acción y pretensión puede aplicarse a la acción penal. Demos nuestras razones breve y concisamente.

1.ª La misma *naturaleza del proceso penal* parece rechazar la distinción propuesta. Aplicando conceptos elaborados para el proceso civil se quiere ver una distinción que no existe en el penal. La persona que tiene un derecho nacido de un contrato obtiene su ejecución, en la abrumadora mayoría de los casos, sin recurrir a proceso alguno. El proceso para obtenerla supone una anormalidad. Antes e independientemente de su iniciación existía su derecho. Aun empezado, ese derecho existe, con independencia de su actuación procesal, y así, puede disponer de él, v. gr., por compromiso. Cabe, por tanto, distinguir un campo preprocesal y extraprocésal, frente al propiamente procesal en el que la pretensión se encuentra. Pero, ¿puede decirse lo mismo en lo penal? No. El proceso, lejos de ser una anormalidad, es la única forma posible (54) de imposición de penas. Nadie tiene derecho a imponerlas, fuera de él. No queda, por consiguiente, nada que pueda ser realmente, aunque claro está que sí idealmente, extraprocésal. La distinción propugnada sólo puede contribuir a oscurecer los casos al separar acción y pretensión, que fatal y necesariamente han de presentarse siempre unidas.

2.ª Lo mismo parece deducirse de la comparación *de entrambas acciones*. Es algo que se olvida con frecuencia, pero que tiene su importan-

(54) Siempre dentro de los ordenamientos estatales, de los que nos estamos ocupando ahora.

cia. Las acciones civiles tienen un contenido que pudiéramos llamar rígido, frente a la flexibilidad de las penales. Si yo reclamo mil pesetas ejercitando una acción derivada de un contrato, no podrá ocurrirme (salvo caso de reconvencción) que se me condene a pagar diez mil en virtud de un legado (55). En cambio, todos los días estamos viendo cómo el fiscal, que empezó por ejercitar, por ejemplo, la acción penal como derivada de un robo, termina por hacerlo derivándola de un hurto (56).

Ahora bien, las razones que hay para que los autores distingan acción y pretensión en el primer caso, no valen en el segundo. Efectivamente: frente a la rigidez de contenido de la acción, puede bien distinguirse la pretensión, que únicamente pide una decisión judicial, sea del signo que sea. Pero cuando acción y pretensión vienen a resultar de idéntico contenido; cuando mientras una pide la pena que ha de aplicarse a través del proceso, la otra pide el proceso que de suyo tiende a la pena, no se ve por qué distinguirlas. La acción penal, flexible, cambiante, puede, sin dificultad, identificarse con la pretensión punitiva.

3.° Parece conducir a idénticos resultados el examen de la pretensión procesal punitiva. Se la define como "el acto en virtud del cual se solicita del órgano de la jurisdicción penal una actuación determinada en relación con alguna de las funciones atribuidas a éste frente a otra persona" (57). Esta modificación da pie para hacer notar:

a) Que o dice demasiado, estableciendo una inadmisibile independencia de la acción, o no dice nada, pues se limita meramente a establecer una distinción entre la potencia (acción) y el acto (pretensión). No cabe término medio, como en el proceso civil, por las razones arriba expuestas.

b) Que no cabe establecer separación, por cuanto la acción penal forzosamente desemboca en la pretensión (58), sin opción posible en sentido contrario, con lo que acción y pretensión vienen a ser dos estadios de una misma y única realidad.

c) Que, una vez confesada por los adversarios (59) la identidad de objeto, no se alcanza a ver cuál es la diferencia existente entre acción y

(55) Cfr. F. ROBERTI: *De nullitate sententiae* (casus), "Apollinaris", 2 (1929), págs. 76-78.

(56) Sin que ni aun con su calificación definitiva por el fiscal terminen sus posibles variaciones, ya que "... el juez puede llamarse órgano de una síntesis que, sin embargo, no está necesariamente vinculada a los datos de la tesis (fiscal) o de la antítesis (defensa), que miran a fines divergentes". CARLOS GRAY: *Appunti per una Filosofia dell'azione penale*, "Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto", 14 (1934), pág. 229.

(57) FENECH: *Ibid.*, pág. 391.

(58) "Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar... todas las acciones penales que consideren procedentes..." Ley de Enjuiciamiento criminal, art. 105.

(59) Véanse las afirmaciones de FENECH al comienzo de este apartado.

pretensión, ni por razón del sujeto activo ni del pasivo, que son los mismos, ni por el órgano cuya actuación promueven, que es también el mismo en los dos casos.

4.° Séanos permitido terminar reproduciendo, como último argumento, un párrafo de un eminente procesalista español, que muestra claramente hasta qué punto son inseparables el aspecto procesal y el penal de la acción: “En el proceso civil, la resolución de fondo se distingue netamente de las interlocutorias. En el penal, no. El juez, al sentarse a redactar la sentencia, no ha tenido que abrir, de suyo (a veces hay normas procesales), el Código Civil. En cambio, en el penal, sí. En el mismo umbral del proceso penal se exige un repaso, siquiera somero, del Código Penal (“indicios de culpabilidad”) (60). El grado irá creciendo, desde la mera coincidencia de los hechos señalados con el tipo de la ley penal (admisión de la querrela), hasta la plena certeza de la existencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, exigibles para la condena.

El proceso civil se constituye, de una vez y definitivamente, con unos límites objetivos y subjetivos inalterables. El proceso penal se desenvuelve escalonadamente. El fundamento de su prosecución o, inversamente, de su exclusión, puede depender tanto de razones substantivas como procesales (por ejemplo, incompetencia del juez)” (61).

II. LA ACCION PENAL

A la labor de signo negativo desarrollada en el capítulo anterior, querríamos oponer en éste otra de signo contrario; es decir, que sobre la base de la crítica de las doctrinas que, pretendiendo darnos una noción de la acción en general, nos la dan únicamente de la de tipo contencioso, quisiéramos construir la teoría de la acción penal, que parece más acertada, reservando para el capítulo siguiente adaptarla al ordenamiento canónico.

Delimitación inicial.

Antes, sin embargo, de hacer frente al problema mismo, convendrá empezar por delimitarlo mediante una doble indicación:

1.° Se hace necesario precaverse contra la confusión, a veces frecuente, entre el problema procesal que nosotros planteamos y aquel núcleo de

(60) Arts. 269 y 488 de la ley de Enj. crim.

(61) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, vol. I, págs. 35-37.

cuestiones que pertenecen a campos extraños. Unas veces por influjo más o menos consciente de los antecedentes históricos (1), otras por faltar suficiente claridad de ideas o por razones prácticas (2), se suelen mezclar elementos de Derecho político o penal, que al oscurecer el planteamiento dificultan la solución (3). Quede, pues, enteramente claro que tratamos de estudiar las consecuencias, sí, del delito, pero únicamente en el campo procesal-penal.

2.° Hay que proceder partiendo de que los resultados del capítulo anterior muestran, no una total disparidad en el concepto de acción, de forma que pueda llamársele equívoco, sino de una cierta e indiscutible analogía. Que no es el mismo exactamente el concepto de acción que se maneja al hablar de la penal que al hablar de la contenciosa, lo demuestra el examen crítico de las teorías propuestas. Pero que existe una base común, un fundamento de la analogía, esperamos demostrarlo también en el presente capítulo.

3.° Finalmente, importará notar, una vez más, que seguimos moviéndonos en un plano teórico y general, reservando para el capítulo siguiente la tarea de adaptar cuanto digamos al ordenamiento canónico.

Presupuestos.

“La acción—escribía hace ya muchos años BARSARI—es el corolario de aquella cadena de ideas que se eleva a la más completa abstracción del derecho y desciende después a unirlo con el mundo real, como portador de su potencia efectiva” (4). No puede extrañar, por tanto, que una visión completa del concepto y naturaleza de la acción penal exija elevarse algo, y aun, aparentemente, alejarse de nuestro objeto.

No es necesario, sin embargo, insistir mucho en las ideas generales, supuesto que quedaron ya expuestas más arriba (5). “Por regla general—dice GÓMEZ ORBANEJA—los órganos competentes del Estado determinan cuáles sean los intereses de la colectividad política y disponen a la vez y realizan directamente las medidas idóneas para darles satisfacción. De tal determinación se deriva directamente, por regla general, un acto

(1) Durante mucho tiempo, más que de acciones se hablaba de obligaciones nacidas del delito, aunque mezclando elementos procesales. Así, v. gr., en la clásica obra de J. CRUDERI: *De obligationibus quae ex delicto oriuntur* (Lovaña, 1562).

(2) V. gr., PAOLI: *Il reato, il risarcimento, la riparazione* (Bolonía, 1924).

(3) No faltan, sin embargo, autores que distinguen con cuidado, y así, M. PISTOCCHI se ocupa separadamente de *L'obbligazione emergente del delitto*, “*Il Monit. Eccles.*”, 61 (1936), páginas 52-54, y de las *Azioni emergenti del delitto*, *Ibid.*, 60 (1935), págs. 305-312.

(4) *Dell'azione penale* (Utet, 1866).

(5) Págs. 37-43.

de ejecución." "Si esta ejecución, continúa diciendo, es de carácter político o administrativo, la hace directamente, y sólo posterior y eventualmente, al surgir oposición, permite que se haga cuestión de ella" (6). Otra cosa ocurre cuando se trata de la tutela del orden jurídico. El Estado, a quien corresponde ejercerla, debe reaccionar contra las perturbaciones que dicho orden experimenta: "et ideo—nos decía Santo Tomás—consequens est ut deprimatur, quae quidem depressio poena est" (7). Queda, por tanto, establecido dentro del ordenamiento jurídico un grupo de transgresiones a las leyes, que el Estado determina castigar con penas determinadas. Y en torno a este grupo de disposiciones se opera un fenómeno curioso. El Estado no las ejecuta por el expeditivo procedimiento establecido para las demás. "Hacen falta dos momentos: sanción penal e imposición de la pena. Ni el Estado ni el presunto culpable pueden renunciar al proceso, imponiendo o aceptando penas sin él" (8).

Ahora bien, en la aplicación de este Derecho penal, el Estado tropieza con dos realidades insoslayables:

1.º El tránsito de la norma general al caso individual no está ni puede estar, normalmente, en manos de los particulares. Se trata de una función suya, peculiar, atributo de su soberanía. Y se pondría en peligro, en caso contrario, el mismo orden jurídico que se quiere salvaguardar.

2.º La posibilidad de error. "Al Estado no le interesa la paz por la paz, sino que ha de buscar una paz basada en la justicia" (9). Y esta exigencia adquiere particular fuerza y relieve si se tienen en cuenta los elevadísimos intereses (libertad, fama, honor, etc.) que entran en juego, tratándose de Derecho penal.

Para salvar la primera de estas dos realidades, podría el Estado echar mano de la Administración. Pero ésta, junto a otras cualidades muy apreciables (10), presenta el inconveniente de hacer temer, y no sin fundamento, en lo relativo a la posibilidad de error. De aquí que el Estado recurra entonces al proceso.

Al instaurar el proceso penal, sin embargo, el Estado se encuentra frente a la necesidad de buscar quién tenga la iniciativa en él. Podría perfectamente, y más abajo veremos que durante siglos lo hizo, dejar en ma-

(6) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, vol. I, pág. 32.

(7) *Ila Ilae* q. 87, art. 1. Vld. A. PELÁEZ: *La sanción penal en la moral tomista*. "La Ciencia Tomista", 34 (1926), págs. 297-319, y L. BENDER, O. P.: *Philosophia iuris* (Roma, 1947), págs. 134-141.

(8) GÓMEZ ORBANEJA: *Ibid.*, pág. 33.

(9) GUASP: *Administración de justicia...*, "Rev. Est. Polít.", 9 (1944), pág. 96, not. 37.

(10) Que hacen aconsejable su intervención cuando los intereses en juego son mínimos: v. gr., una pequeña multa.

nos del propio juez esa iniciativa. Podría también, y no faltarían para ello antecedentes históricos, no designar a nadie, sino dejarlo al cuidado de todos, o bien designar quien, no siendo juez, se encargase de ello (11). A todos ellos se les atribuiría, en presencia de un acto con suficientes indicios de punibilidad, un poder: el de poner en marcha el proceso encaminado a su esclarecimiento y, en caso de resultar delito, a su correspondiente castigo.

Aparece, por tanto, la acción penal como fuente que une dos instituciones complementarias: el proceso y la pena. Naciendo en el Derecho penal sustantivo, que indica si un hecho parece que podrá ser o no penado, promueve el proceso, cuyo fin es la aplicación o no, según los casos, de la pena establecida. "La fuerza abstracta del Derecho se ha transformado en concreta y particular, la potencia se ha convertido en acto. Y todo este proceso ha sido promovido por una actividad que en concreto se llama acción" (12).

Nace, por consiguiente, la acción, de todo delito. Puede también nacer de un hecho que, no siéndolo, presente, sin embargo, apariencias suficientes de tal para permitir la iniciación de un proceso. En este segundo caso no quiebra, contra lo que algunos creen (13), la regla de que la acción nace del delito, pues sólo de una manera imperfecta aparece en hechos que no lo son: en tanto en cuanto parecen serlo.

Intento de construcción.

Estamos ya en condiciones de hacer frente al mismo núcleo de la cuestión propuesta. Tratemos de darle solución, escalonada y ordenadamente:

1.º El Estado quiere castigar los delitos y para ello obra de una triple manera:

a) Establece, de un modo legislativo y general, determinadas sanciones penales.

b) Consiguientemente, de los hechos que, al menos con apariencias de verosimilitud, se encuentran incluidos entre los castigados, se derivará la posibilidad de iniciar un proceso enderezado a la imposición de las penas correspondientes.

c) "Por una simple razón instrumental, la de que es un medio más apto para la obtención del fin del proceso que la iniciativa *ex officio* atri-

(11) De estas hipótesis hablamos más abajo, en el capítulo dedicado al sujeto de la acción penal.

(12) G. ALLEGRA: *Azione e sentenza nel processo penale* (Turín, 1930), pág. 18.

(13) FENECH: *Dcho. procesal penal*, vol. I, págs. 391-392.

buída al órgano jurisdiccional" (14), el Estado pone fuera del juez esta posibilidad que, por su semejanza en esto con la que se ejercita en los procesos civiles, recibe el nombre de "acción".

2.º La acción así nacida presenta, prescindiendo de otras de carácter técnico que se examinarán en capítulo aparte, las siguientes características:

a) Es, en último término, un desdoblamiento de la actividad punitiva del Estado, hecho con miras a su mayor eficacia y justicia. Sólo en un sentido menos propio puede concebirse (15) como un derecho subjetivo del Estado, independiente del de castigar.

b) Es de carácter *procesal*, toda vez que se endereza directamente al desencadenamiento de una actividad de este tipo. Aunque no lo sea necesariamente, puede y suele concebirse como acto, precisamente, de iniciación procesal.

c) Pero su contenido no termina, ni con mucho, en la iniciación ni en el mismo desarrollo del proceso, sino que es específicamente *penal*. Nace al amparo de lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento llama "indicios de culpabilidad"; adquiere firmeza al irse comprobando la coincidencia de los hechos con el tipo marcado en la Ley penal, y cuando el juez, basado en ésta, impone de hecho la pena, logra la plenitud de su significación (16).

3.º Cabe, por tanto, distinguir perfectamente, dentro del complejo concepto de acción penal:

a) En cuanto, atribuída al mismo Estado, es manifestación de su voluntad de castigar los delitos, aspecto que, por su abstracción y lejanía, no interesa ahora.

b) En cuanto el Estado la atribuye, diferenciada del resto de la actuación jurisdiccional a un individuo u organismo subordinado, que puede ser o un funcionario público especialmente destinado a ello, o un ciudadano cualquiera, que en este caso ejercerá, como de lo dicho se desprende, una función pública. En este segundo sentido es como comúnmente hablamos de acción penal.

Carácter público.

Siguese de lo dicho el carácter destacadamente público de la acción penal. En el campo del Derecho civil, el titular de la acción es libre de

(14) GUASP: *Comentarios*, vol. I, pág. 337.

(15) Como lo vino haciendo a principios de siglo la doctrina procesalística italiana.

(16) Véase lo que más abajo decimos a propósito de la unidad de la acción penal.

promoverla o no, así como de dar, una vez promovida, el curso que mejor le plazca a su desenvolvimiento procesal. Facultad que llega hasta la posibilidad de renunciar a su ulterior ejercicio y de conseguir con éste una decisión jurisdiccional diversa de la verdad.

En cambio, "en el Derecho penal, el titular de la acción está vinculado:

a) A promover en todo caso la acción—salvo la autolimitación de la querrela— y a conducirla hasta que haya decisión jurisdiccional.

b) A conducir la acción de modo que tienda a la verdad real, sin tener poder discrecional ni el titular de la acción ni aquel contra el cual se ejerce" (17).

Pero, en último término, tanto una como otra limitación no son sino manifestaciones de una realidad más profunda, que ya quedó apuntada más arriba: el carácter institucional del proceso penal, con "la consiguiente de las voluntades de los que en él intervienen a una idea superior" (18). Esta idea de justicia imprime un sello particular en la actuación de todos, imponiéndoles deberes especiales, pero también permitiéndoles lo que en otros procesos podría estarles prohibido (19).

No parece, por tanto, correcto construir la acción penal apartándola, y aun poniéndola en contradicción con esta idea de justicia, como se ha intentado. "La acción penal—se ha escrito—responde no a un fin de justicia, sino a un fin y a un interés social de represión" (20). Tal fin o interés social de represión, si se finge en el Estado, está en contradicción palmaria con lo que el mismo Estado debe intentar ante todo. Y si en los particulares, repugna el carácter público de la acción penal, del que estamos hablando.

Proceso y acción, actividad total y parcial, son, a nuestro juicio, instrumentos ambos para la realización del mismo ideal de justicia. Que la acción parezca tender más inmediatamente al castigo es algo irrelevante, supuesto su carácter público, que le veda rígidamente apartarse de la tendencia a dicho ideal.

Carácter jurisdiccional.

Bajo el influjo de la doctrina de la separación de poderes, preocupó no poco a los tratadistas este problema, que hoy mismo, a pesar de la revi-

(17) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, vol. I, pág. 42.

(18) Cfr., supra, pág. 36.

(19) Sirvanos de ejemplo la cuestión planteada en "L'ami du Clergé" (1921), págs. 679-680. *Pourquoi, dans les causes criminelles, l'avocat peut-il défendre l'accusé qu'il sait coupable, et pourquoi ne peut-il pas, en matière civile, soutenir une cause manifestement injuste?* En este caso—viene a responder la Revista—, no coopera el abogado a una injusticia. Y lo razona por la peculiar manera de ser del proceso penal. Cfr. "Apollinaris", 3 (1930), pág. 491.

(20) LUCHINI: *Azione penale*, "Riv. Penale", 49 (1899).

sión de que dicha doctrina ha sido objeto, no deja de carecer de interés. Es cierto que los límites entre los diversos poderes han sido en gran parte amortiguados, invadiéndose mutuamente, Administración y Jurisdicción, campos que parecían totalmente exclusivos de la otra y admitiendo características hasta ahora extrañas a su manera de ser (21). Pero, a pesar de todo, aun el carácter jurisdiccional o administrativo de una determinada actividad estatal lleva consigo particularidades en cuanto a motivación, libertad, etc., dignas de ser tenidas en cuenta.

ALIMENA, en un extenso artículo publicado hace bastantes años (22), se pronuncia decididamente por hacer de la acción penal un acto administrativo: "La acción penal, encuadrada en la actividad administrativa del Estado, es concebida como un derecho subjetivo que el Estado, en la función administrativa, tiene frente al Estado, en la función jurisdiccional, de pretender y obtener la actuación forzosa de la norma jurídica penal cuando ésta ha sido violada" (23). Para demostrarlo estudia las características de una y otra actividad, encontrando que se verifican en la acción penal plenamente las de la primera, todo lo cual se encamina a demostrar que la actividad acusatoria del Estado no es obligatoria, pudiendo, por tanto, dejar de actuar, con la misma libertad con que opera en las demás actividades administrativas, la acción penal en casos determinados. Tiene la cuestión, a nuestro juicio, tres aspectos diferentes:

a) El puramente *positivo*, reflejo de la regulación que cada ordenamiento positivo pueda hacer del ministerio fiscal. Evidentemente, es posible darle una orientación más o menos administrativa, y de los diferentes tipos podrían recogerse ejemplos. Pero, como se ve, esta consideración es puramente efímera, supuesta la posibilidad, cada día demostrada por la práctica, de actividades jurisdiccionales por parte de organismos administrativos y viceversa (24).

b) El *ocasional*, suscitado por ALIMENA, de la libertad u obligatoriedad de la acción penal. Es cierto que esta segunda parece más conforme con el carácter jurisdiccional. Pero su presencia no pasa, en realidad, de

(21) Véase un elocuente ejemplo en R. CHINCHILLA Y RUEDA: *La inscripción registral y el problema de sus requisitos formales*, "Rev. Crítica de Deho. Inmobiliario", 21 (1945), páginas 604-620, 725-739, que propugna el carácter jurisdiccional de la calificación registral española, haciéndose eco de las más modernas direcciones en esta materia. Acerca de éstas puede verse GALLI: *El concepto de jurisdicción*, "Revista de los Tribunales", 18 (1935), páginas 200-218 (publicado, primero, en "Studi in onore di Mariano D'Amelio", vol. II, páginas 166-184).

(22) FRANCESCO ALIMENA: *Se l'azione penale possa concepirsi como una attività obbligatoria dello Stato*, "Rivista Penale", 108 (1928), págs. 483-512.

(23) *Ibid.*, pág. 490 (resumen de la primera parte del artículo).

(24) Cfr. "Il Digesto Italiano", vol. VIII, p. 2, págs. 864-876, v. *Contenzioso amministrativo*; "Nuovo Digesto Italiano", vol. VI, págs. 416-428, v. *Giustizia amministrativa*.

un indicio que puede destruirse. Baste recordar que existe algún ejemplo de ordenamiento jurídico estatal, influido, es cierto, por el canónico, en el que el principio de oportunidad juega en la actividad más rígidamente jurisdiccional.

c) El *filosófico*, que, independientemente de un determinado sistema legislativo, se pregunta el carácter de la misma acción penal en sí. Planteada la cuestión en este terreno, y salvando posibles excepciones, producto de una orientación legislativa contraria, nos parece que hay que afirmar resueltamente su carácter jurisdiccional.

Efectivamente: si algo se deduce con claridad de cuanto llevamos dicho, es el papel importantísimo, básico, que en el proceso penal desarrolla la acción. Es cierto que no basta saber que un acto está encuadrado dentro del proceso, para ya por ese único indicio darle carácter jurisdiccional. Pero una vez establecido que se trata de una función pública, que tiende a la realización de la justicia, que es una diferenciación operada por razones prácticas en la actividad procesal-punitiva del Estado, creemos que se trata de una institución de carácter jurisdiccional, cuyas características concedemos, sin embargo, que no coinciden plenamente con las de la jurisdicción en general (25).

¿Unidad o multiplicidad?

Ya al final del capítulo anterior tuvimos ocasión de examinar un intento disgregador de la acción penal. Consistía en dividirla en dos entidades independientes: una, la pretensión procesal, tenía como objeto el proceso; otra, la acción penal, se dirigía, como el nombre indica, hacia la imposición de la pena. Allí tuvimos ocasión de hacer ver que tal distinción, trasplantada del campo del proceso civil, no era, a nuestro juicio, adaptable al penal.

Fuerza, sin embargo, a volver sobre el tema otra teoría que, moviéndose en un terreno íntegramente procesal, intenta quebrantar esta unidad. Nos referimos a la distinción, que ha tratado de introducir con gran aparato filosófico GRAY, entre acción penal formal y acción penal substantiva (26). Según él, del mismo delito nacen dos acciones: una, que se inicia por la *notitia criminis* (acción formal), y otra, que empieza al probarse el hecho (acción substantiva). Nos parece inadmisibles este criterio:

(25) En el mismo sentido, CALDA: *I concetti di giurisdizione e di azione* (Milán, 1910), *passim*.

(26) *Appunti per una Filosofia dell'azione penale*, "Riv. Intern. di Filosofia del Diritto", 14 (1934), págs. 199-243.

1.° Por todas las razones aducidas al final del capítulo anterior **en contra** de la distinción entre acción y pretensión.

2.° Por basarse en el olvido de las peculiaridades propias del proceso penal, a que tantas veces hemos hecho alusión. Si queremos aplicar los conceptos del proceso civil, “habrá que retrasar el nacimiento de la acción hasta la misma sentencia que declara la existencia del delito” (27), lo que no resulta llevadero.

3.° Porque la acción penal formal no puede tener sentido alguno sin darle un contenido de demanda punitiva, como ya muchos años antes de GRAY señaló CARRARA: “La acción penal tiende a obtener el castigo del crimen. Quitarle esta finalidad es despojarle de su esencia” (28).

Lo que sí hay que admitir es una cierta y legítima variación del contenido de ella a lo largo del proceso. Lo que empieza siendo una proposición doblemente condicional (“que se le castigue, si esto es delito y si resulta culpable”) va haciéndose cada vez más absoluto al adquirirse la certeza de que se da la doble condición, pero sin alteración de su naturaleza jurídica, como no altera la del legado condicional el que llegue a verificarse o no la condición a que está sometida su efectividad.

III. LA ACCION PENAL EN DERECHO CANONICO

Se hace inaplazable ya la tarea de recoger, de cuanto llevamos dicho, lo que pueda servirnos para nuestro intento. No se trataba, en las páginas anteriores, de desplegar, por gusto o por alarde de erudición, las diversas teorías o construcciones jurídicas que la acción ha recibido de parte de los procesalistas seculares, sino de intentar, de esta forma, preparar el camino para una comprensión más íntegra y cabal de la acción penal canónica.

Presupuestos.

Antes de entrar, sin embargo, de lleno en materia, convendrá, como hemos hecho en capítulos anteriores, puntualizar unas cuantas afirmaciones que puedan servirnos para apoyarnos en nuestra labor. Creemos que pueden muy bien reducirse a las siguientes:

(27) F. INVREA: *La sentenza e le azioni nel processo penale*. “Rivista Penale”, 111 (1931), página 63. Cfr. G. MONTALBANO: *Studi sul processo penale* (Palermo, 1936), pág. 47, en el mismo sentido.

(28) *Azione penale*, “Rivista Penale”, 3 (1875), pág. 1.

1.° *No es suficiente la comparación aislada de instituciones:* Tomar la acción penal, tal cual aparece en los códigos o tratadistas seculares, y compararla con la canónica sería labor fácil, pero muy expuesta a errores. Si no se llega a encuadrar las instituciones aisladas dentro de su correspondiente marco sistemático, si no nos damos cuenta de la peculiar lógica jurídica con que se opera en Derecho canónico, podremos obtener resultados muy vistosos y atrayentes, pero, con frecuencia, erróneos. “La experiencia—escribe un destacado canonista italiano nada sospechoso, como seglar y profesor de universidad estatal que es—me disuade de seguir métodos tan perniciosos”, e insistiendo en sus ideas continúa: “Mira esta deficiencia al espíritu, en cuyo seno surgen y se desenvuelven las instituciones y los fenómenos jurídicos sobre los cuales se ejercita el paciente trabajo de búsqueda, y consiste, en último término, en un *hiatus* profundo entre la materia de estudio y el espíritu que informa de los temas tratados, *hiatus* abierto por la ignorancia o el olvido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico de la Iglesia. Por donde, a veces, perdiéndose la visión de la íntima unidad del sistema, se dan a los problemas soluciones en las que la verdad, aun perseguida con largo estudio y gran amor, se oculta bajo formas engañosas” (1).

Y hablando en concreto de la teoría de la acción, en respuesta a F. DELLA ROCA, que le había acusado de negar su existencia en Derecho canónico (2), recordaba el mismo autor la necesidad absoluta de proceder “antes de intentar adaptar cualquier teoría al Derecho canónico, a una valoración especial, según los criterios propios de este Derecho, tanto del concepto de interés cuanto de la condición general de la acción y de la perseguibilidad judicial del derecho” (3).

Tal vez no hayan percibido suficientemente esto algunos procesalistas canónicos. Quede flotando esta sospecha hasta ver si el desarrollo de este capítulo la confirma o no.

(1) PIO FEDELE (profesor de la Universidad de Perugia): *Il problema dello studio e del insegnamento del Diritto canonico e del Diritto ecclesiastico in Italia*, “Arch. Dir. Ecclesiastico”, I, 1 (1939), pág. 53. Puede y debe observarse que los contradictores a este artículo no impugnaron estas afirmaciones: Vid. A. C. JENOLO: *Direttive di ricerche canonistiche*, ibid., 1 (1939), págs. 341-346; CR. FORCHIELLI: *Il metodo per lo studio del Diritto costituzionale della Chiesa*, ibid., págs. 347-354; *Metodo per giudicare il metodo*, ibid., págs. 370-372; O. GIACCHI: *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, “Foro Italiano”, 2 (1939), págs. 120-125, etc. Cfr. para todos estos problemas LAMBERTO DE ECHEVERRÍA: *El Derecho canónico ante la moderna técnica jurídico-secular* (Salamanca, 1946), *passim*.

(2) Recensión bibliográfica del *Discorso sull'ordinamento canonico*, en “Rivista di Diritto Pubblico”, 13 (1941), págs. 44-45.

(3) P. FEDELE: *Il mia “Discorso generale sull'ordinamento canonico di fronte alla critica”*, “Arch. Dir. Eccles.”, 5 (1943), pág. 63.

2.º Puede aceptarse íntegramente el primer capítulo de esta parte, reconociendo, por tanto, que no son de aplicación a la acción penal canónica las teorías elaboradas para la acción civil. Pero conviene señalar que tal actitud negativa en bloque, más que suficientemente justificada con las razones allí aducidas, lejos de perder fundamento y vigor al traspasarse del campo secular al eclesiástico, lo adquiere más sólido y pujante.

Efectivamente: cosa sabida es que ha habido en estos últimos años una fuerte corriente entre los canonistas que ha negado la existencia de derecho privado en el ordenamiento canónico (4), no sin que se haya producido una reacción en sentido contrario (5). Para nuestro intento no es necesario entrar a fondo en la controversia y pronunciarse en un sentido o en otro. Nos basta con el hecho de que la existencia de derechos subjetivos privados pueda ser negada por canonistas de talla, o, si se prefiere, que tenga que ser demostrada con ejemplos tan trabajosamente traídos o con esquemas tan complicados como los contenidos en los artículos citados.

Si aun para un ordenamiento jurídico, compuesto en parte de normas de carácter privado y, en parte, de otras de carácter público, tiene valor nuestra crítica, ¿quién no ve cuanto mayor lo tendrá en un ordenamiento que, aun aceptando la hipótesis menos favorable, es casi íntegramente de carácter público?

3.º Será preciso proceder guiados únicamente por los textos legales y las elaboraciones doctrinales. Contra nuestro propósito, ciertamente. Pero, como puede verse en los extensos estudios de la jurisprudencia rotal publicados por CIPROTTI (6) y F. DELLA ROCCA (7), las sentencias de la Rota no han hecho más que aclarar, de pasada, algunas características de la acción penal, sin plantear a fondo, no su construcción doctrinal, lo que resulta impropio de una sentencia, sino los mismos problemas más básicos que su desarrollo presenta.

(4) El mismo FEDELE dedicó la última parte de su *Discorso* a defender esta tesis, que, por otra parte, no le es exclusiva:

(5) W. BERTRAMS: *Das Privatrecht der Kirche*, "Gregorianum", 25 (1944), págs. 283-320. CIPROTTI: *La "Teoria generale del Diritto" del Carnelutti e il Diritto canonico*, "Arch. Dir. Eccles.", 3 (1941), págs. 221-226. *Considerazioni sul "Discorso generale sull'ordinamento canonico" di Pio Fedele*, *ibid.*, págs. 340-351, 441-471. E. GRAZIANI: *Postilla sul "Discorso..." di Pio Fedele*, "Il Diritto Ecclesiastico", 52 (1941), págs. 146-155 ("crítica tan vaga y fugaz —Cf. de esta última FEDELE— que no merece tomarse en consideración", l. c., pág. 59, not. 3).

(6) PIO CIPROTTI: *Rassegna di giurisprudenza rotale in materia penale*, "Arch. di Diritto Ecclesiastico", 2 (1940), págs. 128-139, 250-260, 360-373, 583-588.

(7) F. DELLA ROCCA: 3 (1941), págs. 110-152, 292-301; 410-426, 502-508; 4 (1942), págs. 184-199 (aquí recoge lo poco que acerca de la acción ha dicho la jurisprudencia), págs. 396-399.

El Derecho penal.

Partiendo de estas bases podemos ya adaptar al Derecho canónico, o ver al menos si es adaptable, cuanto en el capítulo anterior hemos dicho de la acción penal en general.

Pero ya en su misma base, a saber, en el Derecho penal sustantivo, nos salen al paso un conjunto de peculiaridades dignas de ser tenidas en cuenta. Quienes han estudiado el Derecho penal de la Iglesia, apartándose del usual método exegético de las Instituciones, han tenido que empezar por señalar que se sale de los moldes comunes, que tiene exigencias y soluciones totalmente propias (8), coincidiendo en esto con los que de intento se han propuesto compararlo con algún sistema estatal (9) o hacer resaltar tales peculiaridades (10). No es éste el lugar indicado para recoger en todos estos autores un catálogo de tales particularidades. Basta extractar aquí una página de FALCO:

“Si se toma como término el ordenamiento estatal y el Derecho penal común, el mismo Derecho penal canónico aparece como un Derecho punitivo disciplinar, más que como un verdadero y propio Derecho penal. De hecho, aun prescindiendo también de la consideración de que la parte viva del Derecho penal canónico es la que mira a los delitos de los que se encuentran respecto a la Iglesia en condiciones de especial sujeción, el Derecho de la Iglesia no da un elenco taxativo de los hechos que la ley considera como delitos y castiga con la pena y admite, no sólo que un precepto individual de la autoridad eclesiástica pueda ser acompañado de sanción penal (11), sino también que pueda ser impuesta una pena aun por la transgresión de una ley carente de sanción penal, si la transgresión causa escándalo o es particularmente grave (12); de otra parte, según el Derecho de la Iglesia, la pena puede ser indeterminada (13) y sustituida por una penitencia (14); el delito puede ser oculto y en tal caso sometido a una

(8) Véase, por ejemplo, entre otros, BARGUÑA Y BOXA: *Principios fundamentales del Derecho penal canónico* (curiosa tesis doctoral presentada en la Universidad Central) (Gerona, 1915), págs. 2-4; AMOR RUBIAL: *El Derecho penal de la Iglesia católica* (Compostela, 1919), *passim*, y el primer volumen, P. PELLE: *Le Droit penal de l'Eglise* (Paris, 1939), quien, a pesar de su título, sólo trata de las penas *laet sententiae*, pero en las primeras páginas (I-XX) hace notar las particularidades canónicas.

(9) G. STECCHIERO: *Diritto penale della Chiesa e dello Stato italiano* (Vicenza, 1932), páginas 40-52. E. ROMANO-DI FALCO: *Dir. penale canonico secondo la codificazione recentissima*, “La Scuola Positiva”, 8 (1916), págs. 761-780; 9 (1919), págs. 127-153.

(10) JEMOLO: *Peculiarità del Diritto penale ecclesiastico*, “Studi in onore di Federico Cammeo”, vol. I (Padua, 1933), págs. 723-733. C. JANNACONE: *Caratteri e finalità fondamentali del sistema penale della Chiesa*, “Il Diritto Eclis.”, 43 (1932), págs. 465-481, 529-538.

(11) C. 2.195, § 2.

(12) C. 2.222, § 1.

(13) C. 2.195, § 1.

(14) Cc. 2.223, § 3, n. 3; 2.312, § 1.

disciplina particular para su suspensión y remisión (15); finalmente, la autoridad eclesiástica puede, en determinados casos, interrumpir el juicio criminal y limitarse a la reprensión judicial del culpable (16), y, a veces, puede diferir la aplicación de la pena a tiempo más oportuno (17) o incluso abstenerse de infligirla (18). Particularidades todas que no se encuentran en el Derecho penal del Estado" (19).

Basta la lectura de las anteriores líneas para ver hasta qué punto son inaplicables, desde el mismo umbral en que nace la acción, los esquemas elaborados para el Derecho secular, si tal aplicación se quiere llevar con rigidez. También la Iglesia, como el Estado, debe reaccionar, y de hecho reacciona, mediante las sanciones contenidas en el libro quinto de su Código, contra las perturbaciones que experimenta el orden jurídico por ella establecido. Pero, lejos de hacerlo de una manera rígida, en virtud de sus propias características generales (20) lo hace de una manera flexible, adaptada a cada caso, libre de las trabas que los ordenamientos estatales establecen. Y de esa flexibilidad, de ese contenido variable y adaptado a las circunstancias, penetrado, como todo el ordenamiento en el que se encuadra, de preocupación por la salvación de las almas, participa la acción penal, como iremos viendo.

Aplicación alternativa de la norma penal.

Si el Derecho penal sustantivo canónico aparece como algo singular en sí mismo, no desmerece tal calificación en cuanto a su aplicación. La distancia entre la norma penal y el caso concreto, que en el ordenamiento estatal se salva única y exclusivamente a través del proceso, en el ordenamiento eclesiástico puede salvarse también mediante la aplicación administrativa. La trascendencia del tema aconseja que procuremos puntualizar, con la máxima claridad posible, las consecuencias que de este principio fundamental se deducen:

1) Hablando con todo el estricto rigor terminológico con que pueda hablarse (aunque no sea aconsejable), habría que negar que la acción pe-

(15) Cc. 2.237, § 2; 2.200.

(16) C. 1.947.

(17) C. 2.223, § 3, n. 1.

(18) C. 2.223, § 3, n. 2.

(19) FALCO: *Corso di Diritto ecclesiastico* (Padua, 1935), vol. 2, págs. 308-309.

(20) Cfr. D'AVACK: *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, "Arch. Dir. Eccles.", 5 (1943), págs. 123-142, 305-350, y más en especial FEDELE: *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, *ibíd.*, págs. 360-380, y GIUSEPPE CAPOGRASSI: *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, "Eph. Iuris Canonici", 5 (1949), págs. 9-30.

nal o criminal que aparece en el canon 2.210 pueda llamarse procesal. Lo es, indiscutiblemente, en el sentido de que *puede* desarrollarse en un proceso estricto. Pero siendo perfectamente normal en muchos casos, y usual en la práctica, que las penas se impongan administrativamente, sería más correcto (repetimos que no nos parece, sin embargo, aconsejable) hablar de acción penal jurisdiccional.

Nos acomodáramos así, con peligro de turbar el sentido tradicional que en Derecho canónico tiene esta palabra, a una moderna corriente que ve en la Jurisdicción "todos los actos de concreción o individualización de las normas generales y abstractas" (21), "la actividad que desarrolla el Estado para la realización del orden jurídico, mediante la aplicación concreta del Derecho objetivo" (22). "Lo esencial de la función jurisdiccional no está, pues, en la naturaleza contenciosa o contradictoria de la cuestión sometida a conocimiento y decisión del órgano, sino en la obligada actuación del mismo, formulando el oportuno, concreto y ejecutorio pronunciamiento, de acuerdo con las normas de Derecho objetivo. De donde se sigue que, fuera del orden judicial, cabe la formulación de pretensiones de carácter público dirigidas a órganos no judiciales" (23).

Quede indicado todo esto para hacer ver hasta qué punto puede aparecer conforme con las doctrinas modernas la construcción que el Derecho canónico hace de la acción penal, sin pretender innovaciones, siempre peligrosas, de terminología.

2) Síguese de aquí, a nuestro juicio, otra consecuencia de gran importancia. Si la acción penal, nacida del delito, es única, aunque capaz de un doble despliegue administrativo o judicial, habrá que decir que, salvo un caso excepcional, que deberá probarse, no le afecta la vía que en concreto se haya elegido para su ejercicio. Es decir, que se tiene por ejercitada una vez iniciado el proceso o el procedimiento administrativo; que su prescripción impide tanto uno como otro; que, una vez agotada su virtualidad con la imposición de penas por uno de los dos procedimientos, queda cerrado el camino para el otro. "Electa una vía non datur recursus ad alteram".

Eso sí, importa dejar señalado que ha de tratarse de verdaderas penas para que tal efecto se produzca. Ni las medidas provisionales que para

(21) HANS KELSEN: *Teoría general del Estado* (Madrid, 1934), citado por CHINCHILLA (*infra*, not. 23).

(22) L. PRIETO CASTRO: *Exposición*, t. I, pág. 56.

(23) RAFAEL CHINCHILLA: *La inscripción registral y el problema de sus requisitos formales*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 21 (1945), págs. 611-612. Puede verse el resto del artículo, que abunda en las mismas ideas: págs. 604-620, 724-739.

evitar el escándalo pueda el Ordinario tomar, ni las resoluciones de carácter disciplinar que en bien de las almas adopta, pueden agotar el ejercicio de la acción penal. Así, por ejemplo, puede muy bien el Ordinario castigar el delito de un párroco a quien previamente, por razón del escándalo que su continuación en el cargo causaba, removió de la parroquia con arreglo al procedimiento sumario descrito al final del libro cuarto.

A aceptar, aunque con la limitación expresada, este criterio, que confesamos no haber visto formulado por los canonistas, nos mueve una doble razón:

a) La equidad: verdaderamente resultaría inicuo que, después de haber terminado con la sentencia condenatoria firme el proceso, quedase aún en pie la posibilidad de una imposición administrativa de nuevas penas. Y a parecidas consecuencias nos llevaría la consideración de los demás casos (prescripción, litis-pendencia, etc.).

b) El canon 2.222, § 2, nos habla de una prescripción de la acción penal que, según claramente se deduce a *sensu contrario*, impide la aplicación de verdaderas penas, aun por vía administrativa. Hasta tal punto es verdad esto, que, para evitar incurrir en contradicción, el mismo canon declara que las medidas que en casos excepcionales pueda adoptar el Ordinario no tendrán carácter penal.

3) Tampoco puede, como consecuencia del principio enunciado, aplicarse con rigor otra distinción familiar a los civilistas. Para ellos, como no hay posibilidad de imponer penas que verdaderamente sean tales, fuera del proceso, constituye éste la piedra de toque para conocer la naturaleza, penal o no, de una determinada sanción. ¿Qué ocurre en el Derecho canónico? Hay que distinguir la región de los principios de la de las realizaciones:

“Parece que también en el Derecho de la Iglesia, como en el del Estado, se pueden distinguir, entre las varias sanciones punitivas, las penas en sentido estricto de las penas administrativas y, en estas últimas, las medidas de seguridad y los castigos disciplinares.

Lo que ocurre es que, construídas así estas categorías abstractas, no es fácil encontrar los elementos diferenciales, sea porque no es siempre posible distinguir el delito del comportamiento peligroso o de la falta disciplinar (muchas de éstas son consideradas como delitos); sea porque los mismos medios pueden ser usados como penas o como castigos disciplinares; sea porque no son siempre diversos los fines de la pena o de la medida de seguridad o castigo disciplinar, habiendo también penas, en sen-

tido estricto, que miran preferentemente a la enmienda del culpable; sea, en fin, porque los mismos órganos pueden infligir penas y castigos disciplinares, y hay penas que pueden ser aplicadas por decreto en vez de sentencia judicial, con lo que quedan reducidos a nada los criterios que en el ordenamiento estatal son generalmente usados para distinguir las diversas categorías de sanciones punitivas" (24).

Tal vez esta cita de FALCO vaya más allá de lo que puede irse. Hemos dicho que no puede aplicarse *con rigor* la distinción entre sanciones, penales o no, que establecen los canonistas. Esto pueden significar también los párrafos transcritos. Pero querer llegar más allá, y negar la distinción misma, no lo creemos posible, dada la claridad con que el Código distingue entre sanciones penales o no (25). Ni se puede decir tampoco que no es criterio suficiente el proceso. Lo que ocurre es que su papel es más reducido que en el ordenamiento estatal. En éste, su presencia es señal de pena y su ausencia elimina toda posibilidad de que lo sea. En el canónico, su presencia es también señal de pena; pero su ausencia nada significa, puesto que ha podido haber una imposición de verdadera pena hecha por procedimiento administrativo.

No debe pensarse que la cuestión es puramente teórica. Verdad es que las consecuencias que principalmente preocupan a los penalistas seculares no tienen en Derecho canónico el relieve que en el estatal. El Registro de penas, con las amplias repercusiones que en todos los países lleva consigo la inclusión en él, no existe ni parece viable en una organización del tipo de la Iglesia (26). Y la reincidencia presenta en el Código canónico una estructuración tan flexible y plástica (27), que la cuestión pierde gran parte de su interés, aunque siga teniéndolo. Porque queda siempre en pie el capital problema de *ne bis de eodem*.

Autoaplicación de la norma penal.

Si la posibilidad de aplicación administrativa de verdaderas penas se ha mostrado rica en consecuencias, todavía es mayor el interés que presenta otra peculiaridad canónica: la posibilidad de que por efecto de la misma ley, y sin intervención inmediata de autoridad ninguna, la pena quede aplicada a la infracción cometida.

Privilegio es éste, como con razón indica CORONATA, totalmente exclu-

(24) FALCO: *Corso di Dir. eccl.*, vol. II, pág. 308.

(25) V. gr., en el c. 2.222, § 1.

(26) Prescindimos del caso concreto de los delitos de la competencia del Santo Oficio.

(27) Cc. 2.208; 2.218, § 1; 2.309, § 4; 2.311, § 2.

sivo de la Iglesia: "Siendo su fin la salvación de las almas, requiere que su potestad no se limite únicamente a los actos públicos, sino que se extienda a todos los actos humanos, por lo menos, externamente manifestados. El mismo fin exige que el mismo fuero de la conciencia sea alcanzado por la potestad de la Iglesia, ya que muchos de los sacratísimos oficios que distribuye se ejercen sin testigos, y así, sólo el temor de la pena que alcanza a la conciencia puede cohibir la malicia o negligencia en su ejercicio" (28).

Desde el punto de vista de la acción penal, que ahora nos interesa, pueden señalarse las siguientes consecuencias de esta posibilidad de autoaplicación de la pena:

1.° La existencia, contra lo unánimemente afirmado con toda razón por los procesalistas civiles, de una acción penal declarativa. El canon 2.210 establece taxativamente que la acción penal puede dirigirse a la declaración de la pena ya incurrida, y el 2.223, § 4, añade una mayor determinación al disponer que el Superior vendrá obligado a tal declaración "sive ad instantiam partis cuius interest, sive bono communi ita exigente". Acerca de esta acción penal declarativa indicaremos solamente:

a) Que, aunque, hablando en teoría, su término debiera ser únicamente, como su propio nombre indica, la declaración de haber incurrido en la pena, quedando ésta intacta, sin embargo, en el ordenamiento positivo, es decir, tal cual se encuentra en el Código canónico, lleva consigo algunos efectos que agravan la pena, por lo que no puede considerarse como puramente declarativa (29).

b) Que, en cuanto a su desarrollo, no hay diferencia en relación con la acción penal ordinaria, siendo posible obtener una declaración por vía administrativa y siguiendo, en el caso de recurrirse a la estrictamente procesal, idéntica tramitación, a no ser que se trate de hechos notorios. Aún más, admiten los autores que de la sentencia declaratoria cabe apelar "quoad utrumque effectum seu suspensivum et devolutivum" (30).

2.° La posibilidad, interesantísima desde el punto de vista de la teoría procesal, aunque prácticamente resultase dañosa su realización práctica, de un sistema jurídico en el que al Derecho penal sustantivo no acom-

(28) CORONATA: *Institutiones*, vol. IV, págs. 76-77, n. 1.690 (Cfr. Proposiciones jansenistas condenadas por Pío VI, D. B. 1.410).

(29) V. gr., en cuanto a la excomunión después de declarada: cc. 2.264; 2.260, § 1; 2.261, § 3; 2.265, § 1, n. 3; 2.263; 2.265, n. 2; 2.265, §§ 1-2; 36, § 2; 2.266; 1.654; 1.628.

(30) LEGA BARTOCETTI: vol. III, págs. 382-388, que recogen la opinión favorable a la apelación *in suspensivo* de los antiguos canonistas.

pañase procedimiento ninguno de aplicación, por ser todas las penas *latae sententiae*. Poco importan ahora los inconvenientes que pudieran señalarse en la práctica, ni la necesidad evidente de la declaración de penas, frente al hecho de la posibilidad teórica de la contingencia del proceso, no sólo en los casos prácticos aislados, sino en el mismo sistema jurídico.

Intento de construcción.

Con todo lo dicho hasta aquí estamos en condiciones de hacer frente, en exacto paralelismo con la estructura del capítulo anterior, al núcleo de la cuestión propuesta. Tratemos de adaptar la solución que allí hemos dado, también escalonada y ordenadamente (31).

1.º La Iglesia quiere reprimir las alteraciones que perturban gravemente el orden jurídico por ella establecido para facilitar y hacer posible la salvación de las almas. Para ello, a semejanza del Estado, obra de una doble manera:

a) *Legislativa*: Estableciendo de un modo general, no sólo determinadas sanciones penales que corresponderán a tipos de delito también determinados, sino la posibilidad jurídica de que, dentro de su ordenamiento, tales transgresiones sean castigadas con penas cuya ulterior determinación pertenecerá a la autoridad inferior (32), o bien de que se penen transgresiones que, aun no incluidas taxativamente en dichos tipos, revisitan particulares caracteres de gravedad (33).

b) *Ejecutiva*: Para la imposición efectiva de las penas establecidas de esta manera, dispone la Iglesia de un doble camino:

1) Mediante una nueva intervención de su autoridad que aplique en cada caso concreto la ley, bien por un procedimiento estrictamente procesal, bien por un procedimiento administrativo.

2) Haciendo que la misma ley tenga virtualidad suficiente para infligir la pena por sí misma. En tal caso, la intervención de la autoridad será aún posible para declarar el hecho de haberse incurrido en la sanción y dar a ésta la plenitud de sus efectos jurídicos.

c) Consiguientemente, de los hechos que, al menos con apariencias de verosimilitud, se encuentran entre los sancionados de una u otra manera,

(32) Cfr. *supra*, págs. 149-150.

(32) C. 2.195.

(33) C. 2.222.

se derivará una posibilidad de iniciar un procedimiento, que podría no ser judicial (34), enderezado:

1) A la imposición de las penas preestablecidas, para el tipo concreto de hecho que se ha realizado.

2) A declarar la concurrencia de las circunstancias requeridas para que el hecho sea castigado, aun no estando expresamente incluido entre los que llevan aparejada sanción, y, consiguientemente, a castigarlo, de hecho, con inflicción de penas.

3) A declarar que la pena está ya incurrida, dándole así la plenitud de sus efectos.

d) Esta posibilidad, que la Iglesia entrega, bajo la tutela de sus autoridades propias, al promotor de justicia, recibe, por su semejanza con la de provocar un proceso civil, el nombre de acción y, por su contenido, el calificativo de penal.

2.º La acción así nacida presenta, prescindiendo de otras de carácter técnico que se examinarán en capítulo aparte, las siguientes *características*:

a) Es, en último término, un desdoblamiento de la actividad punitiva de la Iglesia, hecho con miras a su mayor eficacia y justicia.

b) No tiene carácter necesariamente procesal. Sin embargo, siendo este aspecto el que el legislador ha desarrollado preferentemente y siendo también el exclusivo en la imposición de algunas penas, su estudio puede y debe hacerse con técnica procesal (35).

c) Su contenido no se agota con la iniciación del proceso, sino que es específicamente penal, llegando tan sólo a su término cuando el juez impone o declara la pena correspondiente.

3.º Cabe, por tanto, distinguir, con mayor razón aún que en el ordenamiento estatal, dentro del concepto de acción penal:

a) En cuanto, atribuida a la Iglesia, es manifestación de voluntad de castigar los delitos y mantener el orden jurídico.

b) En cuanto la Iglesia la atribuye, diferenciada del resto de la actuación jurisdiccional, en sentido amplio, al ministerio público o, en con-

(34) A no ser que se trate de penas que exijan éste precisamente.

(35) Es notable que a veces se dé tanta fuerza al carácter procesal de la acción, que su ausencia se estime como señal cierta de tratarse de procedimiento administrativo: "... primo quod hujusmodi causae utpote quae non promoventur ab actione judiciali contentiosa aut criminali... non sunt vere judiciales..." S. C. de Sacramentis, *Instructio ad conficiendos processus super matrimonio rato et non consumato*, 7-V-1925 (AAS., 15 (1923), págs. 389-413). Cfr. *Adnotaciones*, de C. BERNARDINI, que plantea la cuestión de la actividad de la Rota en estas causas, "Apollinaris", 8 (1935), pág. 503.

creto, al promotor de justicia. Este es el sentido normal y corriente de la expresión.

Carácter público.

Ya, hablando de la acción penal en general, hemos tenido ocasión de hacer notar en el capítulo anterior esta característica. Como, por otra parte, los canonistas estiman unánimemente que también en Derecho canónico se da (36), no creemos que sea necesario insistir en su demostración. Notaremos, por tanto, únicamente:

1.º Que al hablar de carácter público de la acción, más que de acción pública, lo hacemos para evitar el equívoco que pudiera dar lugar a pensar que su ejercicio está en manos de cualquiera, siendo así que se reserva al promotor de justicia. Precisamente esta reservación a una persona investida de cargo público constituye uno de los argumentos en favor de su naturaleza pública, al que suele unirse el que se deriva de su objeto inmediato, que es reparar el daño mediato, también público por naturaleza.

2.º Tiene, sin embargo, esta característica en Derecho canónico un relieve menos acusado, en cierto modo, que en el estatal, porque en gran parte es participada por la misma acción civil, aunque no en el mismo grado de intensidad. Con todo el calor propio de un escrito polémico lo ponía de relieve FEDELE, en un párrafo que por su elocuencia queremos transcribir: "¿Acaso esta idea de que la acción en general es un derecho público, abstracto y autónomo, he querido yo rechazar fuera del ordenamiento canónico cuando he negado que en el Derecho de la Iglesia pueda existir la importancia privatística de la acción porque no la tiene, en su definición, la realización de los intereses privados de los individuos; cuando he hecho notar que el concepto de acción, en tanto puede tener derecho de ciudadanía en el ordenamiento canónico, en cuanto abdique de su originaria naturaleza privatística y se transforme en un elemento publicístico; cuando, remitiéndome a la tradición histórica canónica, he atribuido a la acción un grado preeminente de publicidad y de abstracción, conforme al carácter eminentemente público que tienen institutos procesales típicamente canonísticos como la *denuntiatio evangelica* y la *imploratio officii iudicis in modum denuntiationis*; cuando he afirmado que el proceso tiene un fin eminentemente público por el hecho de que el interés de la Iglesia, que

(36) ROBERTI: *De delictis et poenis*, pág. 237, n. 200. MICHELS: *De delictis et poenis*, página 346. GR. STOCCHIERO: *Diritto penale della Chiesa...*, pág. 215, n. 186.

es interés público, no consiste solamente en la justa composición de la lid (37), sino también y ante todo en la realización del fin supremo del ordenamiento canónico, que pide la coincidencia, la fusión de categorías que en el ordenamiento estatal representan irreductible dualidad y oposición, como del Derecho objetivo y subjetivo, de la pretensión y la norma, de la obediencia y el precepto y del interés privado y público?" (38).

Sin que compartamos en toda su extensión los argumentos aducidos por FEDELE, siempre quedaría en pie la afirmación sustancial por él mantenida a lo largo del denso párrafo transcrito: el carácter publicístico de todo el proceso canónico, aun del civil (39).

3.º La afirmación del carácter público de la acción penal no es meramente teórica, sino que tiene repercusiones de importancia en la práctica. Aparte de las de carácter general, como la indisponibilidad, que señalábamos en el capítulo anterior, la Sagrada Rota Romana ha aplicado repetidas veces este criterio para resolver problemas concretos. Sirve de ejemplo la constante jurisprudencia que viene negando la compensación de injurias cuando la acción ejercitada es la penal, propuesta por el promotor de justicia *sine praevia quaerela partis laesae* (40).

Unidad.

El paralelismo con el anterior capítulo que hemos adoptado en éste pide plantear ahora el problema de la unidad o multiplicidad de la acción penal en Derecho canónico. Como algunos de sus aspectos han quedado ya estudiados más arriba, nos limitaremos aquí a señalar, con la mayor concisión posible, nuestro parecer:

1.º No creemos que pueda aceptarse la pretendida diferenciación entre acción penal y acción criminal. Nos remitimos para la demostración de este aserto a lo dicho al final de la primera parte.

(37) Alusión al sistema de CARNELUTTI; cfr. supra, pág. 26.

(38) P. FEDELE: *Il mio "Discorso..."*, pág. 63.

(39) En el mismo sentido, SILVIO ROMANI: *Preliminari al Diritto processuale canonico*, "Il Monit. Eccles.", 46 (1934), págs. 35-39; S. R. (seguramente el mismo): *Presupposti al Diritto processuale canonico*, *ibid.*, 46 (1934), págs. 115-119, 196-199, 225-229, y GAGLIO: *Il processo canonico*, "Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche", 65 (1920), págs. 176-193.

(40) *Restitut. in int. et diffamatonis*, c. ROSSETI, 19-1-1923 (dec. 11); *Diffamatonis et resect. damnorum*, c. MANY, 17-12-1917 (dec. 29); *Il et resect. damnorum*, c. MASSIMI, 5-1-1920 (dec. 1); *Solutiois et diffam.*, c. MASSIMI, 27-4-1921 (dec. 8). Cfr. F. DELLA ROCCA: *Rassegna di giurisprudenza rotale in materia processuale*, "Arch. Dir. Eccles.", 3 (1941), pág. 184, not. 2, y "Apollinaris" (1932), págs. 162-164: Comentario a la sentencia *Diffamatonis et resectiois damnorum*, 5-1-1927 (dec. 1).

2.° Tampoco creemos que puede admitirse la distinción propugnada por GRAY entre acción penal formal y acción penal sustantiva. Los argumentos que, hablando en general, hemos empleado para refutarla (41) valen también para el Derecho canónico, en el que no hay, por otra parte, rastro de tal división, sino positivos argumentos en contra (42).

3.° Ni es necesario insistir tampoco en que no puede hablarse de acción penal procesal o administrativa, toda vez que también más arriba ha quedado demostrada la substancial unidad de entrambos aspectos (43).

4.° Finalmente, no creemos que pueda pretenderse ver en la acción declarativa una doble acción: para imponer la pena y para declararla, toda vez que la segunda sería totalmente innecesaria, quedando, por tanto, únicamente en pie la primera.

IV. DENUNCIA, QUERELLA Y ACCION PENAL

Antes de entrar en un análisis más detallado y profundo de la acción penal, convendrá dedicar un capítulo a dos instituciones muy afines de ella: la denuncia y la querella. No con ánimo de agotar su estudio, lo que sería imposible dentro de los límites en que nos movemos, sino de dejar indicados, por lo menos, los principales problemas que sus relaciones con la acción penal plantean.

A. LA DENUNCIA

El Código de Derecho canónico, después de haber establecido en el canon 1.934, rígidamente, la reserva *coeteris omnibus exclusis* de la acción penal a favor del promotor de justicia, tempera el rigor de este principio añadiendo en el canon siguiente: "Quilibet tamen fidelium semper potest delictum alterius denuntiare... Inmo obligatio denuntiationis urget quotiescumque ad id quis adigitur..." (1). Aparece en él con claridad el intento del legislador, que, mientras de una parte excluye a sus súbditos del derecho a acusar, les concede de otra, y aun les obliga a usarlo en ciertos

(41) Supra, págs. 153-154.

(42) Como hace resaltar, indirectamente, G. ALLEGRA: *Della modificabilità dell'accusa nel procedimento penale canonico*, "Rivista Penale", 109 (1929), pág. 129.

(43) Cfr. págs. 158-159.

(1) Puede verse criticada la poco feliz redacción de este canon en CIPROTTI: *Osservazioni sul testo del "Codex Iuris Canonici"* (Roma, 1934), pág. 128 (pág. 117 de la traducción española), quien propone suprimir todo el párrafo primero. La reforma propuesta no afecta para nada a la misma denuncia.

casos, el derecho a dar noticia de los delitos que conozcan a la autoridad pública.

Noción.

Es, por tanto, la denuncia, como dice MUNIZ (2), “un acto extrajudicial por el cual un fiel cristiano de cualquier clase, grado o condición lleva al Ordinario del lugar la noticia de un delito para que su autor le dé la satisfacción debida, o le indemnice por daños y perjuicios, o para que el escándalo o el mal causado quede reparado por las vías que las leyes establecen.”

Es, por tanto, la denuncia, una institución jurídica enteramente destacada y diferenciada de las demás. Se distingue del ejercicio de la acción penal, del que es un mero acto preparatorio; de la querrela, cuyas características veremos en seguida, y de la interposición de la acción civil, que no tiende al castigo, sino al resarcimiento de daños. Alguna dificultad que pueda hacer de la cláusula final del canon 1.935, § 1, puede solucionarse recordando la descripción que el canon 2.210 hace de la acción criminal incluyendo en ella las palabras “ad satisfactionem petendam”, en el sentido de que tal satisfacción no es sino algo que, aunque indirectamente puede redundar en beneficio del individuo, se endereza, sin embargo, como la pena, a la restauración del orden social (3).

Examinemos ahora brevemente los diversos elementos que integran la denuncia, siguiendo a BIERS (4):

1) *Sujeto activo* es cualquier fiel, *quilibet fidelium*, sin que se requiera ninguna idoneidad jurídica. Aún más, se admite a los que en otros asuntos serían no idóneos “porque no se trata de ejercitar una acción judicial, sino tan sólo de prepararla” (5). Ahora bien, este sujeto activo puede intervenir de dos maneras diferentes:

a) *Libremente*: 1) por su propio interés, es decir, para pedir satisfacción (v. gr., en un caso de delito de difamación) o *ad damnum sibi resarciendum* (v. gr., por hurto); 2) en bien de otro, es decir, buscando su corrección y arrepentimiento; 3) atendiendo al bien público, es decir, bus-

(2) MUNIZ: *Procedimientos eclesiásticos* (Sevilla, s. a.), t. III, pág. 469, n. 549. Así la suelen entender también los tratadistas civiles, v. gr., J. SALRA CASASÚS: *De la denuncia y de la querrela*, “Policia”, 6 (1944), págs. 57-60; FERRIS: *Denuncia e rapporto* (Turín, 1938), en el capítulo primero íntegro (págs. 1-15).

(3) MICHELS: *De delictis*, pág. 345.

(4) A. BIERS: *Accusatio*, “Dict. du Droit Canonique”, cols. 151-155. Se trata de un artículo afeado por una gran confusión de ideas, pero cuyo plan es, sin embargo, aprovechable.

(5) CORONATA: *Institutiones*, vol. III, pág. 384, n. 1437.

cando la remoción del escándalo o mal ejemplo (v. gr., un caso de concubinato).

b) *Obligatoriamente*: Esta obligación, como indica el § 2, puede provenir: 1) de la ley positiva, y así, el canon 2.336, § 2, declara obligatoria la denuncia de clérigos o religiosos que dan su nombre a la Masonería; 2) de un precepto peculiar y legítimo que, evidentemente, pueda dar quien goce de jurisdicción eclesiástica; 3) de la misma ley natural *ob fidei vel religionis periculum vel aliud imminens publicum malum* (6).

2) *Sujeto pasivo* es cualquiera que aparece externamente culpable. No es que a la denuncia debe preceder una investigación a fondo, sino que, sencillamente, se exige un minimum de verosimilitud de la existencia del delito. Así, con razón se excluye, entre quienes puede ser denunciados, a los manifiestamente incapaces de actos humanos y a los que ya murieron, o, por razón del mismo delito, a los autores de delitos que ya prescribieron o que han sido perdonados.

3) *Ante quién ha de hacerse*: Tratando el legislador de dar las máximas facilidades para la denuncia, concede que ésta puede hacerse no sólo al Ordinario, sino también a los incluidos en una enumeración (Canciller de la Curia, aciprestes y párrocos) que los autores entienden comúnmente que no es taxativa, sino demostrativa (7). No dejan, sin embargo, de llamar la atención dos omisiones que en ella se encuentran:

a) La de Provisor, que por su cargo parecía llamado a recibirla. Nota, sin embargo, con razón, LEGA que en realidad el Provisor carece de toda iniciativa en el juicio criminal, ya que antes de comenzar lo ha de esperar el proveer del Ordinario. Por tanto, a éste deberían venir a pasar en último término las denuncias hechas al Provisor (8).

b) La del fiscal es aún más notable, ya que el canon 1.937 manda a los denunciantes proporcionarle pruebas para la demostración del delito, y el canon 1.871, § 2, dispone que sea el mismo fiscal quien pueda recibir la denuncia de la nulidad de determinados matrimonios. Pero también para él valen las razones indicadas en cuanto al Provisor y, ni más ni menos que éste, tiene que esperar a que el Ordinario se pronuncie acerca de la conveniencia de emprender el proceso criminal.

(6) LEGA-BARTOCETTI: vol. III, pág. 207.

(7) *Ibid.*, pág. 209.

(8) Aun respetando la autoridad de LEGA, diremos que no vemos inconveniente en que al Provisor se le concediese lo que a un párroco y que hasta parece conveniente, supuesto que la denuncia se endereza de suyo a la iniciación de un proceso.

4) *Forma*: El mismo canon 1.936 nos dice, conforme a una antigua tradición canónica, que ha de hacerse por escrito. Se admite, sin embargo, una forma oral, pero que se reduce a nada, pues inmediatamente se ha de consignar todo lo dicho por escrito y enviarse al Ordinario (9).

B. LA QUERRELLA

Si el estudio de la denuncia no ha presentado grandes complicaciones, el de la querrela será, sin embargo, necesario hacerlo con algún mayor detenimiento, ya que se trata de una institución íntimamente ligada, aunque sea independiente y no deba confundirse, a la acción penal.

Noción.

Aun después de superada, hace siglos, la distinción, familiar a los romanos, entre delitos públicos y privados, ha quedado en todas las legislaciones un grupo de delitos cuya persecución *ex officio* se ha estimado que podía traer mayores perjuicios a las víctimas de ellos que su misma impunidad. No queriendo, sin embargo, los legisladores establecer ésta como sistema, optaron por el camino medio de exigir para la iniciación del proceso la intervención de la víctima del delito o de personas que calificadamente tengan interés por ella, intervención que recibe el nombre de querrela y se extiende a un grupo mayor o menor de delitos, según las diversas legislaciones (10).

La querrela, advierte, con razón, CARNELUTTI (11), "no es un acto mediante el cual se ejercita la acción penal, sino un acto por el cual se autoriza su ejercicio". Puede parecer a primera vista que "para la publicidad de la acción penal es un fuerte golpe la institución de la querrela... o derecho dado al sujeto pasivo de impedir la persecución penal... Pero hay que reconocer que se confunden, procediendo así, la publicidad de la acción con la publicidad del ejercicio de la acción, ni con su oficiosidad, ya que es una cosa diversa el que pueda concebirse una acción penal privada ejercitada por un órgano del Estado y, al contrario, una

(9) Juzgamos que tal transmisión al Ordinario ha de hacerse siempre, y no sólo cuando la denuncia es verbal, como indicarla el canon si se tomase al pie de la letra "quod ex imperfecta canonis loquutione videtur evenisse", como dice CIPROTTI: *De injuria et diffamatione in jure poenali canonico* (Roma, 1937), pág. 126, not. 2, n. 108, quien, sin embargo, no tiene en cuenta esto en sus *Observaciones* (pág. 128 de la edición italiana y 117 de la española).

(10) Véanse, por ejemplo, los artículos del Código penal español: 443 (violación, abusos deshonestos, estupro y raptio), 450 (adulterio), 467 y 586 (calumnia o injuria). Cfr. artículo 192 del Código penal y 275-276 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

(11) Citado por TOLOMEI (vid. nota siguiente).

acción penal pública ejercitada por un particular (como en el caso de la acción popular y de la citación directa de parte).

Presentada la querrela, el Estado no solamente ejercita la acción, sino que tiene cierta independencia de la voluntad del lesionado" (12).

Concepto canónico.

No tiene la palabra *querrela*, nuestra querrela, un significado único en el Código. Habla éste repetidas veces de *querrela nulitatis* (13), recurso judicial contra la sentencia nula, y de *querrela damni* (14), acción civil nacida del delito. Sin embargo, la que ahora nos ocupa es la *querrela partis laesae* (15), que se requiere para poder proceder únicamente, y no siempre (16), en las causas por injurias o difamación.

Como externamente la querrela no difiere de la denuncia, habla el Código de "praevia denuntiatione aut quaerela partis laesae", haciendo una equiparación peligrosa, aun admitiendo con algún autor (17) que el genitivo *partis laesae* afecta a ambos términos y que sólo la denuncia del ofendido es la equiparada. La querrela es algo muy diferente de la denuncia, y, por consiguiente, conviene distinguir las aun en la misma terminología (18), ya que ni por su naturaleza, ni por sus efectos, pueden equipararse en modo alguno.

Con CIPROTTI podría definirse como "el acto formal por el que la persona agraviada por un delito de injuria o de difamación reclama por dicho delito ante la autoridad legítima, mostrando que quiere que se aplique al reo una pena" (19).

Se concede, como se ve, al agraviado un derecho acerca de la punibilidad del reo y acerca de la posibilidad del proceso, porque, cabalmente, el efecto de la querrela es hacer posible el castigo del primero y la instrucción del segundo. Lo que no quiere decir que se conceda derecho precisamente al castigo del reo o a la instrucción del proceso: puede, es cierto,

(12) A. TOLOMEI: *Los principios fundamentales del proceso penal*, "Criminalia", 8 (1941), pág. 239.

(13) Cc. 1603, § 1, n. 3; 1604, § 3; 1892 inscr. 1895; 1896; 1897, § 1.

(14) Cc. 1939, § 1; 1951, § 1.

(15) C. 1938, § 1.

(16) "Sed si agatur de injuria aut diffamatione gravi, clerico vel religioso, praesertim in dignitate constituto, illata, aut quam clericus vel religiosus alii intulerit, actio criminalis institui potest etiam ex officio" (c. 1936, § 2). Con razón nota CIPROTTI: *Osservazioni*, pág. 129, que sería mejor que decir "ex officio", lo que, según la tradición, equivale a sin intervención del promotor, usar la expresión "si non praecesserit querela".

(17) CORONATA: *Institutiones*, vol. III, pág. 382, n. 1456.

(18) En este mismo sentido se pronuncia CIPROTTI: *Osservazioni*, págs. 128-129 (traducción española, pág. 117).

(19) *De querrela partis laesae in jure canonico*, "Apollinaris", 9 (1936), pág. 602.

el ofendido, omitiendo la interposición de la querella, evitar ambas cosas, y puede, interponiéndola, quitar el impedimento que a ellas se opone; pero no puede exigir que la acción criminal se instituya de hecho. A la querella seguirá la inquisición, y según sus resultados, y en gran parte también según el prudente juicio del Ordinario (20), se instruirá o no el proceso criminal.

Se distinguen, por tanto, perfectamente, querella y acción penal (21). Esta la ejerce el promotor de justicia (22), que es, por tanto, el único actor o acusador en la causa (23), y el querellante no hace sino cumplir una condición necesaria para que la acción penal pueda proponerse. Esto tiene una interesante repercusión práctica, que, hace notar CIPROTTI: "Ha de atenderse bien a esto en el caso de que el reo sea absuelto: porque si el querellante propuso la acción civil por daños, puede ciertamente apelar, pero sólo en cuanto a esta cuestión; de lo contrario, ni apelar puede; la apelación en cuanto a lo criminal pertenece únicamente al promotor de justicia" (24).

Naturaleza jurídica.

En torno a la naturaleza jurídica de la querella ha existido una amplia controversia, de la que convendrá hacerse eco por lo que pueda servir para aclarar más y más su concepto. Las opiniones que se han sustentado (25) son:

1) *Condición de penalidad*: La querella pertenece al Derecho penal. Para demostrarlo se centra en la penalidad, con exclusión de la antijuridicidad, la nota diferencial del hecho delictivo (26).

2) *Condición de procedibilidad*: Afirma esta teoría resueltamente, como su mismo nombre indica, el carácter netamente procesal de la quere-

(20) Cc. 1942 y 1946.

(21) Y así dice terminantemente el c. 1938, § 1: "In *actio criminalis* instituitur... requiritur *querela*."

(22) Conforme al c. 1934.

(23) Algunas veces, sin embargo, v. gr., Utinem. *Diffam. et resect. damnorum*, c. PARRILLO, 4-4-1933 (dec. 9), la Rota Romana llama actor al querellante, lo que puede explicarse porque generalmente la querella se propone junto con la acción civil, en cuyo desarrollo lo es verdaderamente.

(24) *De injuria et diffamazione*, pág. 118. Añade a continuación, refiriéndose a la práctica: "*Quae ex iudicium inscribita non semper servantur*."

(25) Pueden verse expuestas y criticadas en BATTAGLINI: *Il Diritto di querela*, "Il Tribunale", 1 (1915), págs. 47-86; *Sulla tormentata questione della natura giuridica della querela*, *ibid.*, 21 (1933), págs. 7-23.

(26) En este sentido se pronuncia CARNELUTTI al hablar de "condición penal constitutiva" (*Teoria*, pág. 40), rectificando en parte sus conclusiones en *Il danno e il reato* (págs. 124-126). Asiente VERCILLO: *La natura giuridica della querela nel Codice attuale*, "Il Tribunale", 21 (1935), págs. 31-35, 72-78.

lla. Ha sido la preferida por la doctrina alemana (27) y un amplio sector de la italiana (28).

3) *Carácter mixto procesal y penal*: El derecho de querrela, en su esencia y efectos, pertenece al Derecho sustantivo (penal), y sólo en cuanto a su forma y solemnidades al procesal (29).

Por nuestra parte, creemos, con CIPROTTI (30), que naciendo la querrela, como nace, de la ley positiva, su naturaleza jurídica ha de resolverse en concreto dentro del estudio de cada ordenamiento (31).

Hablando en concreto del Derecho canónico, podemos puntualizar nuestra opinión de esta forma:

1) El Código considera claramente la querrela como institución procesal, ya que:

a') Las normas que a ella se refieren se encuentran bajo el título del juicio criminal (32).

b') Dice expresamente que la querrela se requiere *ut actio criminalis instituatur*, no *ut oriatur*. La acción, por tanto, existe independientemente de la querrela, aunque no pueda ejercitarse, salvo el caso excepcional de que habla el § 2 del canon 1.938.

2) Puede, por tanto, aplicarse al sistema canónico lo que del español escribe un comentarista: "El ofendido es árbitro de la oportunidad del proceso, sin que esta facultad roce la naturaleza del acto delictivo, ni su ejercicio constituya un elemento o condición de los efectos penales del acto. No es que el Estado [en nuestro caso, la Iglesia] no quiera penar el acto. Es que lo subordina a una voluntad ajena" (33).

3) Dedúcese de aquí también que no parecen estar en lo cierto los autores (34) que ven la razón de la exigencia de querrela en el Código

(27) BELING: *Derecho procesal penal* (trad. esp. Barcelona, 1945), pág. 28, § 23 (quien niega terminantemente la existencia de normas de carácter mixto).

(28) DELITALA: *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (Milán, 1930), págs. 99-102. LANZA: *La querrela e il suo valore processuale*, "Rivista Penale", 72 (1881), págs. 25-32; *Diritto di querrela como diritto di azione*, *ibid.*, págs. 46-54. NAPOLETANO: *Sulla natura giuridica della querrela* (Bari, 1938). A. CRISAFULLI: *Sulla natura giuridica della querrela*, "Scuola Postiva", 15 (1935), págs. 377-382.

(29) MANZINI: *Trattato di Diritto processuale italiano* (Turín, 1932), vol. I, pág. 68, y vol. IV, págs. 21-23.

(30) *De injuria et diffamazione...*, págs. 120-121.

(31) Aunque no aceptamos en toda su extensión tal opinión, pues existe, indudablemente, un concepto abstracto de querrela, del que puede discutirse. Lo que había de hacerse es ver en cada ordenamiento si tal construcción puede aceptarse o no.

(32) Lib. IV, parte 1.ª, tít. XIX, cap. 1.

(33) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, pág. 44.

(34) LEGA-BARTOCETTI: vol. III, págs. 211. COCCHI: *De processibus*, pág. 440. CAPPELLO: *Summa*, vol. III, pág. 313.

canónico, en que se trata de delitos que no afectan al bien público, sino al privado. Lo que ocurre es, y la índole procesal que se atribuye a la querrela lo demuestra ampliamente, que, temiendo que los daños causados se aumenten, más que disminuyan, con el proceso, se atribuye a la persona ofendida juzgar si ocurrirá así o no, sin abdicar por ello de su propósito de castigar el delito.

4) Tal posición sistemática tiene también su importancia práctica. "Ya que tratándose... de un nuevo presupuesto del proceso, la falta de querrela no destruye la acción, sino sólo el proceso, de tal forma que la absolución que el juez pueda pronunciar por falta de querrela no impide que se vuelva a proceder contra el mismo reo por el mismo delito, si la querrela se interpone y la acción criminal no se ha extinguido de otra forma. Además, si una ley que sobreviene establece o quita la necesidad de querrela, no puede considerars como ley más o menos favorable a efectos del canon 2.226, § 2" (35).

Elementos.

Resta ya, tan sólo, para terminar de dar suficiente idea de la querrela, pasar rápida revista a sus elementos, remitiéndonos para más detalles a las obras que la estudian extensamente:

1) *Sujeto activo*: Únicamente puede proponer la querrela la persona ofendida (36). Esta norma, al parecer tan clara, puede, sin embargo, ofrecer algunas dificultades, que vamos a indicar:

a) En el caso de que sean varios los ofendidos, v. gr., por tratarse de una corporación (37), o de una injuria simultánea o hecha a un difunto que tiene varios herederos: parece que en este caso cualquiera de ellos puede proponerla, de forma que baste la querrela de uno para hacer posible y ejercicio de la acción (38).

b) ¿Se requiere capacidad procesal? A primera vista parece que debiera contestarse negativamente, toda vez que no se trata del ejercicio de una acción. Sin embargo, las consecuencias graves que trae consigo la interposición de querrela parecen autorizar, a través del canon 20, la apli-

(35) CIPROTTI: *De iniuria et diffamazione*, pág. 121.

(36) "Pars laesa", c. 1938, § 1.

(37) Si se admite la opinión de CIPROTTI, de que las personas morales no pueden considerarse tales en Derecho penal. Más probable parece la opinión contraria de LEGA-BARTOCETTI: vol. III, pág. 218, n. 14.

(38) Así se declara en los primeros esquemas del Código, l. V, c. 7, § 3 (vid. ROBERTI: *Doctae Iuris Canonici schemata de processibus*): "... competit promotori iustitiae et defuncti hoeredibus, successoribus, propinquis."

cación de lo mandado en el canon 1.648, §§ 1-2. Tal aplicación habrá de conformarse a los cánones 88, § 3, y 89, sin que quepa el recurso a la ley civil que propugna CORONATA (39), y así estimamos que no tienen vigencia alguna canónica las disposiciones del artículo 443 del Código penal español.

2) *Sujeto pasivo*: La querella, a diferencia de la doctrina, mira al delito, no al delincuente, y así puede interponerse aun contra personas ignoradas. Estiman, no obstante, los autores, que en este caso podría muy bien el querellante condicionar la querella al hecho de que entre los reos se encuentre o no una persona determinada (40).

3) *Objeto*: Lo constituyen los hechos expresamente indicados por el querellante y no otros. Para los demás será necesaria nueva querella. Lo que puede ciertamente hacer es hablar genéricamente de los delitos cometidos, en cuyo caso valdrá para todos los anteriores a su interposición. Cuáles sean en concreto lo averiguarán el inquisidor y el promotor de justicia, ayudado por el mismo querellante (41).

4) *Forma*: Puede aplicarse a la querella cuanto al comienzo de este capítulo ha quedado dicho de la denuncia. Únicamente quedará excluida, por absoluta imposibilidad, la forma anónima, que si puede tener algún efecto en delitos perseguibles *ex officio*, es imposible que los tenga cuando hace falta saber si el querellante es persona que tiene derecho o no a interponer la querella.

5) *Efectos*: Ya al explicar su concepto han quedado indicados. Como consecuencia de su interposición, puede instituirse la acción criminal, pero sin que por ello deba considerarse al querellante como parte ni consiguientemente adquiriera la obligación de abonar las costas.

6) *Pérdida del derecho*: El derecho a interponer querella se extingue de tres formas:

a) Por *renuncia*, o sea, por acto unilateral por el que el lesionado, después de conocer el delito, pero antes de interponer la querella, renuncia irrevocablemente a su derecho a hacerlo. Esta renuncia no puede impedir que el juez proceda *ex officio*, si se trata de causa en que deba ha-

(39) *Institutiones*, vol. III, pág. 384, not. 1, n. 1456. Se limita a decir que "tales disposiciones pueden observarse como Derecho supletivo en nuestro Derecho", frase algo equívoca, como puede verse.

(40) CIPROTTI: *De inj. et dif.*, pág. 124.

(41) Cc. 1939-1945 y 1927.

cerlo (42), siendo libre también el presunto reo para rechazarla, si de ello se deduciría que efectivamente confesaba haber cometido el delito (43).

b) Por *extinción de la acción penal*, toda vez que la querrela no es más que una condición para que ésta pueda ejercerse, y carecería de sentido mantenerla después de desaparecida la acción misma por muerte del reo, prescripción o condonación por autoridad legítima (44).

c) Por *muerte del ofendido*, sin que pase, por tanto, este derecho a sus herederos, ya que es personalísimo y no patrimonial.

No establece, en cambio, el Código canónico un plazo especial, distinto del marcado para la acción penal, que se aplique en concreto a la prescripción del derecho a interponer la querrela (45).

7) *Extinción*: Se plantea, finalmente, la cuestión de si puede extinguirse, y cómo, la querrela ya interpuesta. No faltan autores (46) que opinan que es posible su renuncia por parte del que la interpuso y, consiguientemente, su extinción. Ni faltan tampoco ejemplos legislativos en los que que apoyarse (47). Sin embargo, opinamos, con CIPROTTI (48), que no hay tal posibilidad, fundados en los siguientes argumentos:

a) El *concepto de querrela*: Conforme ha quedado demostrado más arriba, la querrela no pasa de ser una condición para que el promotor de justicia pueda ejercer la acción penal. Una vez cumplida tal condición, éste tiene ya plena posibilidad de actuar y el querellante no tiene ni siquiera carácter de parte en el juicio. No puede, por tanto, disponer de una acción que él no ejercita. Ni cabe recurrir a que sea el fiscal quien renuncia, pues en parte alguna del Código se concede a éste tal facultad.

b) *Prohibición de transacción*: Aunque no con tanta fuerza, puede también argumentarse por el canon 1.927, § 1, que prohíbe toda transacción en causa criminal. Ahora bien, la renuncia, que ciertamente había de

(42) LEGA-BARTOCETTI: *De judiciis*, vol. III, pág. 218.

(43) Cfr. c. 1740.

(44) Cfr. c. 1702.

(45) Así, el Código penal italiano marca el de tres meses desde el día en que el ofendido conoció el delito (art. 124), y el holandés establece un doble plazo de tres o nueve meses, según que se encuentre el ofendido en Europa o fuera de ella (vid. arts. 64-67, en la versión latina de HIACINTHUS PIJNAPPELS: *Codex poenalis neerlandicus* (Roma, 1937).

(46) CORONATA: *Institutiones*, vol. III, pág. 387, n. 1460. WERNZ-VIDAL: *Ius canonicum*, vol. VI, pág. 673, n. 717. CHELODI-PALPAZ: *De delictis*, pág. 162, not. 5.

(47) Ley de Enj. crim. (España), art. 247; Código penal italiano, art. 152; Código penal holandés, art. 66; Código penal español, art. 45 (cítamos unos cuantos casos, ciertamente muy heterogéneos, pero que bastan a nuestro intento). Una crítica, poco favorable a estas disposiciones, puede verse en FLORIÁN: *Parte general del Derecho penal* (La Habana, 1929), vol. II, pág. 450, n. 953.

(48) *De inf. et dif.*, págs. 132-133, cuyos argumentos resumimos.

hacerse con la aceptación del acusado (49), no se ve cómo podría no caer dentro de dicha prohibición.

Advierte, sin embargo, el mismo autor, que en la práctica, como las penas establecidas en el canon 2.355 son facultativas, queda a la prudencia y conciencia del juez el aplicarlas (50), el cual no dejará de atender al perdón del ofendido, que puede constituir, además de él, una señal muy verosímil de que el escándalo ha sido reparado y el reo se ha enmendado, con lo que podría dejar de imponer las penas aunque fuesen preceptivas (51). Obrará, por tanto, con toda prudencia no aplicándolas, si es que otras razones no aconsejan hacerlo.

V. ORIGEN Y CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL

Determinada ya la naturaleza de la acción penal y estudiadas las dos figuras, denuncia y querrela, que mayor semejanza presentan con ella, será razón fijar ahora nuestra mente en su origen y características, es decir, tratar de ver de dónde nace y con qué particularidades se presenta revestida.

A. ORIGEN

El canon 2.210 no deja lugar a dudas, en su escueta y terminante formulación: *Ex delicto oriuntur: i.º actio poenalis...* Aunque ya anteriormente hayamos dicho algo, convendrá insistir aquí expresamente en tres observaciones que pueden hacerse a esta declaración:

1.º “La afirmación legal de que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable—dice FENECH (1)—es cierta, pero absolutamente inadecuada para reflejar la realidad. Para hacer valer lo dispuesto en la ley es precisa la previa determinación de la existencia de un delito o falta, ya que sólo del delito o falta como tal nace la acción penal, lo que sólo se consigue con la sentencia...” (2). De esta observación, que en sí es cierta, trata de deducir la verdad de la distinción, que él defiende, entre pretensión y acción penal, lo que, como ya hemos

(49) Cfr. c. 1850, § 3.

(50) C. 2223, § 2.

(51) C. 2223, § 3, n. 2.

(1) Refiriéndose al artículo 100 del Código penal español, coincidente en este caso con el canon 2210.

(2) *Derecho procesal penal*, vol. III, págs. 391-392.

dejado dicho más arriba, no nos parece admisible. Lo que ocurre es que la acción nace de hechos que aparecen como delitos, quedando encomendado al proceso averiguar si en realidad lo son o no. La expresión de los Códigos, a primera vista, podrá parecer, a través de las observaciones de FENECH, demasiado absoluta. Tal vez lo sea. Pero no debe olvidarse que de los hechos no delictuosos, en tanto nace una posibilidad de acción en cuanto lo parecen. Y que entrar por el camino que el ilustre procesalista español inicia equivaldría a destruir casi el mismo concepto de acción, pues ni aun de la misma sentencia podría decirse que nace, toda vez que existe la posibilidad de que, siendo material o formalmente injusta, castigue un delito que en realidad no existió.

2.º Hay que tener también en cuenta que cuando se dice *ex delicto oriuntur*, el concepto jurídico procesal del “hecho” no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del Código penal. Esta distinción es fundamental, sobre todo, en el tratamiento de la litis-pendencia y de la cosa juzgada y para establecer el verdadero alcance del principio acusativo... El objeto del proceso no es una calificación jurídica; no lo es tampoco el trozo de actividad enmarcado en los actos de ejecución de un “tipo” concreto de la parte especial del Código penal. En otro caso, bastaría cambiar el punto de vista jurídico para excluir la litis-pendencia o la cosa juzgada; o se podría hacer objeto de un segundo proceso un sector de actividad comprendido en el complejo “histórico” que fué objeto del primer proceso, pero que cae fuera de la figura de delito declarado en la calificación fiscal o en la sentencia.

Dicho de otro modo: la identificación del objeto del proceso no viene dada ni por la calificación jurídica del hecho ni por la entidad o cuantía de la pena pedida, sino por la identidad de un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico-penal, cualquiera que ella sea. De aquí que, como dice GÓMEZ ORBANEJA (3), “habiendo acusación, esto es, petición de pena, la calificación del acusador no vincula al tribunal que condena; la acción penal no se identifica con un concreto *petitum*”.

3.º Ahondando más todavía en el análisis del sentido de la expresión *ex delicto oriuntur*... encontramos que puede servir como criterio diferenciador entre las penas y otras sanciones o medidas similares. Nacer del delito, ligada a él con un carácter de proporcionalidad, es una característica de la pena en un sistema penal fundado en el principio del acto delictivo

(3) *Comentarios*, pág. 37.

como, hoy por hoy, lo están todos, incluso el canónico. No es que se desentienda del factor personal del acto, base de toda la teoría de la culpabilidad e imputabilidad (4). Pero el resultado del acto es esencial para la medida de la antijuricidad, primer factor de la penalidad, y el elemento subjetivo del delito, o sea, la culpabilidad, sólo aparece en segundo término, para exigir una adecuación de la pena a la persona, pero sólo en cuanto persona actuante, sin tener en cuenta la subjetividad del agente con independencia del acto. El legislador intenta castigar al delincuente no por lo que es, sino por lo que ha hecho.

En cambio, cuando se trata de imponer una sanción disciplinar o tomar medidas preventivas, aunque sea *con ocasión* de la comisión de un acto que aparece como delito, no puede decirse que la acción nazca de él. No son consecuencias del acto, sino de la peligrosidad, incorregibilidad, etc., del que lo ha cometido. Así, por ejemplo, el Código penal español, al ordenar el internamiento de menores delincuentes, manda taxativamente que se haga "teniendo siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y *no el alcance jurídico del acto cometido*" (5).

Puede, por tanto, decirse con toda verdad que la acción penal nace del delito y exclusivamente del delito. Por grandes que sean las semejanzas externas entre las penas a que ella tiende y otras medidas, siempre quedará en pie esta afirmación como criterio diferenciador.

La cuestión de la analogía.

Siquiera sea por la enorme resonancia que en los últimos años ha tenido, parecerá oportuno hacer aquí una alusión siquiera a la cuestión de si los delitos de los que nace la acción penal han de encontrarse taxativamente descritos en la ley o no. Es decir, acerca del valor del principio *nullum crimen sine lege*.

Dió ocasión para que volviese a suscitarse la discusión la célebre Ley alemana de 28 de junio de 1935 que permitía la aplicación de penas por analogía. Tal sistema vino a hacerse afin a las concepciones totalitarias del Estado (6), hallando amplio eco en la doctrina italiana, sin que por ello dejasen de alzarse voces, aun dentro de la misma Italia (7), en contra

(4) "... *et moraliter imputabilis legis violatio...*" (c. 2195).

(5) Art. 8, n. 2, § 2. Compárense también el n. 1, § 2, con el art. 383 de la Ley de Enj. criminal.

(6) Véase, por ejemplo, el apasionado artículo de MAGIORE: *Il Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, "Riv. Ital. di Diritto Penale", 1939, n. 3 (resumen en "Est. Jur.", 2 (1941), página 306), pidiendo "la abolición pura y simple del principio *nullum crimen...*" por oponerse a las nuevas concepciones del Estado, el cual *no puede ver limitada su voluntad ni siquiera por la propia ley*.

(7) Así lo hizo resueltamente CARNEVALE: *Il principio progressivo della legge penale e i problemi odierni*, "Riv. di Diritto Penitenziario", 8 (1939), págs. 15-27.

de él. Sin entrar a fondo en la discusión, nos limitaremos a anotar lo que sigue:

1) "Sobre esta cuestión, en realidad judicial, no pueden admitirse—dice ALTAVILLA—posiciones intermedias, y el dilema se plantea de la siguiente manera: o "derecho libre" o respeto absoluto al principio *nullum...*" "La analogía—añade—, que teóricamente admite una diferenciación del derecho libre, en la práctica no es sino un procedimiento para enmascararlo" (8).

2.º Una política de sana actividad legislativa puede conseguir idénticos efectos, adaptando a tiempo las leyes a las realidades del momento, sin los peligros, no pequeños, que la analogía penal lleva consigo. A esta conclusión, que hacemos nuestra, llegó VASALLI después de un extenso estudio de las aplicaciones prácticas que la ley alemana de 1935 tuvo en los primeros años de su vigencia (9).

3.º Tal vez por esto, independientemente de la suerte adversa a las armas alemanas, el principio no halló acogida. CUELLO CALÓN, en un interesante artículo en el que recorrió los Códigos publicados con posterioridad a 1936, concluía así: "Un principio triunfante en los Códigos y proyectos que hemos expuesto en el tradicional principio de legalidad de los delitos: "*nullum crimen sine lege*". En casi todos se consagra solemnemente, de modo destacado, en uno de sus primeros artículos; tan sólo Alemania, como hemos visto, se aparta de este sentido legalista. La solución legislativa ha correspondido, como era de esperar, a la opinión científica, que en gran mayoría lo ha defendido vigorosamente contra los ataques lanzados contra él. La enorme bibliografía producida acerca de esta cuestión y las enconadas disputas surgidas en las asambleas científicas que han abordado su estudio, prueban de modo inconcuso su extraordinario interés" (10).

Pianteado el problema, en el terreno positivo, de si el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* tiene validez en el ordenamiento

(8) ALTAVILLA: *I problemi dell'analogia in materia penale e della giurisdizionalizzazione della misura di sicurezza*, "Rivista di Diritto Penit.", 6 (1937) (resumen en "Est. Jurídicos", 1. (1941), pág. 293.

(9) VASALLI: *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia*, "Riv. di Diritto Penitenziario", 6 (1937), págs. 5-30. El sentido general del artículo es elogioso para la jurisprudencia alemana, que, hasta entonces al menos, se mostraba llena de mesura y ponderación. Más extensamente volvió sobre las mismas ideas en su obra *Nullum crimen sine lege* (Turín, 1939).

(10) *Desarrollo de la legislación...*, pág. 246 (LXX). Cita los siguientes Códigos que expresamente establecen el principio de legalidad: suizo (1937), art. 1; rumano (1936), art. 1; ecuatoriano (1938), arts. 2 y 4; guatemalteco (1936), art. 1; brasileño (proyecto 1938), art. 1; chileno (proyecto 1938), art. 1; costarricense (proyecto 1940), art. 1.

canónico, se ha venido discutiendo ya mucho antes de la publicación del Código. Para algunos, como D'ANNIBALE (11), el principio tenía plena vigencia. Aun más: no falta quien recientemente haya defendido que precisamente nació dentro del Derecho canónico y por su influjo se extendió (12). Pero otros, como WERNZ (13), lo negaban en absoluto.

Después del Código, la discusión se centró, no en torno al problema teórico, toda vez que el canon 2.195 es terminante, sino más bien en derredor al canon 2.222, cuya conciliación con la declaración contenida en aquél se ha buscado de las siguientes formas:

1) La más obvia y fácil, de ver en el canon 2.222 una excepción al canon 2.195, y, consiguientemente, al principio de legalidad (14). Tiene sin embargo, esta solución la dificultad de que destruye por completo el mismo principio, pues no se ve que pueda ser compatible con excepción ninguna y menos de tal amplitud.

2) Algo más complicada es la de la *retroactividad*: La ley debe preceder de suyo al delito. Sin embargo, en virtud del canon 2.222, puede ser posterior, y en tal caso, eleva la transgresión ya cometida a la categoría de delito (15). Con razón opone a esta teoría ROBERTI (16) que se reduce a la negación pura y simple del principio de legalidad, ya que éste, como es obvio, se refiere a la necesidad de una ley anterior a la infracción.

3) Con el mismo ROBERTI nos pronunciamos por la vigencia del principio de legalidad en el Código canónico. El canon 2.222 no tiene más efecto que elevar determinadas transgresiones de *leyes preexistentes* a la categoría de delitos. Como el mismo autor prueba, la indeterminación en que deja las penas que pueden aplicarse, lejos de ser un obstáculo, constituye algo perfectamente armónico con el resto del sistema del Código canónico.

¿De todo delito?

El canon 2.210 afirma sin distinción alguna: "*Ex delicto oriuntur...*" Sin embargo, el párrafo 1 del canon 1.933, al restringir el juicio criminal únicamente a los delitos públicos, parece oponerse a tal generalización en

(11) *Summula Theologiae Moralis* (Roma, 1892), vol. I, pág. 300, n. 296.

(12) GIAECHI: *Precedenti canonistici del principio "Nullum crimen sine praevia lege poenali"*, "Studi in onore di F. Scaduto" (Florencia, 1936), págs. 19-72.

(13) WERNZ: *Ius decretalium* (Prati, 1913), vol. IV, pág. 18, n. 14. En el sentido, SCHIAPOLI: v. *Diritto penale canonico*, "Enciclopedia del Dir. Pen. Ital." (de Pessina) (Milán, 1905), vol. I, págs. 616-617, 664, 673; LEGA: *Fraelectiones... de delictis* (Roma, 1910), págs. 23-24, n. 20; BARGUÑA Y BOXA: *Principios fundamentales...*, pág. 8.

(14) SOLE: *De delictis et poenis* (Roma, 1920), pág. 12, n. 6.

(15) MAROTO: *Institutiones juris canonici* (Madrid, 1918), vol. I, n. 184. En el mismo sentido, P. VIDAL: *Notio delicti in jure Codicis*, "Ius Pontif.", 2 (1922), págs. 99-102.

(16) *De delictis*, pág. 237.

cierto modo, es decir, en cuanto que de los demás delitos no nacería acción (el proceso es imposible).

Juzgamos, sin embargo, que no hay tal conflicto entre los dos cánones. Y para hacerlo ver, procuraremos proceder por partes:

1.º No es necesario a nuestro intento examinar aquí con amplitud el sentido que tiene la expresión *delicta publica* del canon 1.933. Bastará con dejar afirmado que nos parece enteramente claro que tal publicidad ha de entenderse, no conforme al canon 2.197, sino más bien conforme al 1.037.

Es cierto que lo más obvio sería lo primero (17). Sin embargo, nos parece que tienen gran fuerza en contrario los siguientes argumentos:

a) El canon 1.943, que, al exigir rigurosamente el secreto y ponderar la prudencia con que ha de hacerse la inquisición, nos ofrece una prueba que estimamos definitiva.

b) El Derecho anterior entendía así el objeto del proceso. El cambio de legislación en el Código, de entenderse de otra manera, sería de excesiva magnitud para hacerlo sin fuertes indicios contrarios. La terminología empleada no creemos que pueda contarse entre éstos, toda vez que son frecuentes en el Código los casos de variabilidad, aun en los términos expresamente definidos.

c) Pero, a nuestro modo de ver, el argumento más definitivo nos lo da la misma naturaleza de las cosas. No se ve cómo puede conciliarse la publicidad de los delitos, entendida en el sentido del canon 2.197, con la existencia misma del proceso penal y su inquisición previa. En legislación alguna del mundo se puede hallar una disposición similar.

d) Finalmente, el § 3 del canon 1 del Motu proprio "de judiciis" para la Iglesia oriental dice textualmente: "Delicta quae cadunt sub criminale iudicium sunt delicta quae in foro externo legitime probari possunt". Lo que no deja de tener su indiscutible fuerza.

2.º Entiéndase como se quiera la expresión del canon 1.933, siempre quedará en pie la existencia de un grupo de delitos, los ocultos, que no caerán bajo el juicio criminal. ¿Quiere esto decir que de ellos no nace acción penal ninguna? Creemos sencillamente que no. En nuestra opinión, lo que ocurre es lo siguiente:

a) Que la acción penal que efectivamente nace de ellos no puede tener un despliegue estrictamente procesal. Pero esto no quita que, como admiten

(17) Opinión defendida por CAVIGLIOLI: *Come vada interso il termine "delicta publica" nel canon 1933 in correlazione col. can. 2197, nn. 1, 2, 3*, "Il Monit. Eccles.", 36 (1924), págs. 276-278 y *Derecho canónico* (Madrid, 1947), vol. II, pág. 519. Cfr. LEGA-BARTOCETTI, vol. III, págs. 179-183; WERNZ-VIDAL: vol. IV, pág. 701, not. 13.

todos los canonistas, puedan, sin embargo, pensarse dichos delitos por otra vía (18). Y una vez que hemos establecido más arriba la sustancial unidad de la acción penal, cabe afirmar que ésta nace, efectivamente, aunque restringida al castigo, por vía no procesal, del mismo delito.

b) Que la acción penal, aun con su misma virtualidad estrictamente procesal, nace efectivamente del delito cometido, pero queda sometida a una condición previa (que el delito pueda probarse), ni más ni menos, por ejemplo, que en un delito de injurias la acción existe, aunque por falta de interposición de la querrela no pueda ejercitarse. Si al día siguiente, por ejemplo, de haberse cometido el delito un cambio de circunstancias lo hiciese público, la acción penal no nacería de esta publicidad, sino únicamente recibiría de ella la posibilidad de ser propuesta. Y buena prueba de ello sería que el plazo de prescripción se contaría desde el día en que el delito se cometió y no desde que se hizo público.

B. CARACTERÍSTICAS

Resta ya, para que el conocimiento de la acción penal sea cabal, describir, al menos someramente, sus características. Presenta esta tarea el obstáculo, no pequeño, de la abrumadora variedad terminológica con que los autores se desenvuelven: "En la doctrina, la enunciación y distinción de estos principios son variadísimas. Así, los términos "publicidad" y "oficiosidad" son usados como sinónimos; otros hablan de "legalidad"... , contraponiéndola a "discrecionalidad" u "oportunidad". Otros escritores enuncian principios distintos, creando nociones fragmentarias y dificultando la noción unitaria e integral..., que sólo se lograría con una exposición racional y un conocimiento exacto del Derecho procesal" (19).

Nosotros nos limitaremos a llamar la atención sobre las características más acusadas de la acción penal en Derecho canónico, dándoles las denominaciones que parezcan más adecuadas y comúnmente aceptadas.

Carácter público.

Aparte del sentido que a la palabra "pública" se pueda dar, unida a acción, como si estuviese en manos de cualquiera poder utilizarla, lo que

(18) V. gr., c. 2191, § 1. Puede verse tratado *ex profeso* este punto en la tesis doctoral de J. MARÍA CAPARRÓS y LORENCIO: *Reglas de procedimiento para la irrogación y declaración de censuras eclesíásticas. Sentencia [sic] ex informata conscientia* (Madrid, 1911).

(19) TOLOMEI: *Principios fundamentales*, pág. 236.

en Derecho canónico no sería verdad (20), puede hablarse muy bien de acción de carácter público, o simplemente pública, en contraposición a privada, y así lo hacen de hecho los canonistas (21). Un análisis algo detenido de lo que tal carácter lleva consigo nos muestra:

1) La *indisponibilidad* de la acción: concepto dentro del cual encontramos, en un nuevo y ulterior examen, los siguientes:

a') *Objetividad*: La acción penal se desenvuelve libre e independiente de toda ingerencia de los sujetos que pudieron intervenir inicialmente en su proposición (v. gr., denunciante), dieron su consentimiento para ella (querellantes) o tienen interés legítimo en que llegue a su término (víctima). Estrechamente vinculada al proceso penal, participa del carácter institucional de éste. No hay, por tanto, poder dispositivo de las partes sobre ella, sino que todas han de ayudar, cada una según su propio papel, al juez, que goza de amplias facultades para examinar la cuestión.

b') *Obligatoriedad*: Bajo este apartado pueden todavía encerrarse dos nuevos conceptos, sólo parcialmente verdaderos en Derecho canónico:

A) *Legalidad*: En el sentido de que no pueda la Iglesia dejar de esgrimir la acción penal una vez cometido el delito. Aunque pueda hablarse, en cierto modo, de esta característica en el ordenamiento canónico "porque el bien público generalmente la requiere" (22), sin embargo, en realidad de verdad, hay que confesar que rige el principio contrario, o sea, la oportunidad y utilidad (23) como criterios en la actuación de la acción penal. "Porque el promotor de justicia no persigue los delitos por su propio juicio, sino que ha de esperar el del Ordinario, quien dictamina de la utilidad u oportunidad del juicio criminal. Sólo cuando el Ordinario mande al fiscal acusar, debe éste hacerlo" (24).

B) *Inevitabilidad*: "Así como a todo delito debe seguir la acción (legalidad), no se puede llegar a la pena sin la acción (inevitabilidad). En substancia, un principio constituye el racional correlativo del otro" (25). Aunque a nosotros nos parezca bastante discutible tal correlatividad, es lo

(20) C. 1934. Cfr. supra, pág. 165.

(21) V. gr. MICHIELS: *De delictis*, pág. 346.

(22) ROBERTI: *De delictis*, pág. 238, n. 209, c).

(23) Aunque las legislaciones estatales se inclinan al principio de legalidad, no falta alguna, como la francesa, que adopta el de oportunidad: los fiscales inferiores anuncian los delitos al Procurador general y esperan sus órdenes ("Code d'Instruction criminelle", arts. 5, 22, 27, 32, 274).

(24) STIT: *De promotore justitiae ejusque numere in curia diocesana* (Roma, 1939), pág. 39. Para entender el sentido de la última frase, téngase en cuenta que este autor sostiene, contra CORONATA y MUNIZ, que ni siquiera siendo los delitos notorios y ciertos, y no habiendo lugar a represión judicial, puede el fiscal acusar *ex officio*.

(25) TOLOMEI: *ibid.*

cierto que, de la misma manera que la legalidad, también esta característica aparece disminuída en Derecho canónico. Para llegar a la pena se exige, es cierto, la acción. Pero esta acción no puede ni debe tomarse en sentido estrictamente procesal, como si el proceso fuese el único camino para llegar a ella.

2) La *sustracción* de la acción a la esfera privada, poniéndola "al servicio del bien común y en manos de una persona pública, el fiscal, que la ejercerá independientemente de los intereses particulares, aun en el mismo caso de requerirse querrela previa" (26).

Acción personal.

Atribúyesele este carácter a la acción penal "por razón de su sujeto pasivo, contra quien se instituye; pues así como el delito, que es título inmediato de la acción, sólo al delincuente es imputable, así también la acción penal, que tiende al castigo de aquél, sólo contra el delincuente puede urgirse" (27). Ha de entenderse esta característica, de forma:

1) Que no se excluya la posibilidad de dirigir la acción penal contra los cómplices del delito, lo que no sólo desde un punto de vista filosófico, sino también desde el positivo-canónico, sería histórica (28) y actualmente (29) falso.

2) Que se prescinda, al afirmar su existencia, de la controversia existente en torno al problema de si las personas morales pueden o no ser afectadas por la acción penal (30).

VI. CONCLUSIONES

1.ª Los conceptos y teorías que para la acción en general han sido elaboradas por los modernos procesalistas no parecen tener aplicación a la acción penal.

2.ª Por consiguiente, la teoría de la acción penal ha de concebirse con caracteres propios, para lo cual se hace preciso tener en cuenta:

(26) S. I. [¿Silvio Romani?]: *Il promotore di giustizia*, "Il Nonit. Eccl.", 61 (1936), pág. 120.

(27) MICHELS: *De delictis*, pág. 346.

(28) Cfr. PINNA: *De participatione jure poenali canonico*, "Apollinaris", 13 (1940), págs. 265-303 (incompleto).

(29) Cfr. P. CIPROTTI: *Considerazioni sulla punibilità dei complici nel Diritto canonico vigente* (Milán, 1939), *passim*, pero, en especial, los capítulos 2 y 3.

(30) Pueden verse las razones en pro y en contra en ROBERTI: *De delictis*, págs. 98-103. nn. 72 y 73, y CIPROTTI: *De injuria et difama.*, págs. 41 y 42, n. 19.

a) El papel que en el ordenamiento jurídico general del Estado desempeña.

b) Su relevante carácter público.

c) Su unidad substancial, afirmada frente a todo intento de desdoblamiento.

3.ª Efectuada, con las debidas precauciones, la adaptación de las anteriores afirmaciones a la acción penal canónica, resulta:

a) Que son aceptables substancialmente.

b) Pero que, sin embargo, ha de tenerse en cuenta la existencia de interesantísimas particularidades canónicas, como la posibilidad de aplicación administrativa y autoaplicación de penas.

4.ª Un análisis de la denuncia y la querrela en Derecho canónico conduce a la más resuelta afirmación de la diversidad existente entre estas dos instituciones y la acción penal.

5.ª En cuanto al origen de la acción penal canónica, cabe afirmar que nace:

a) Sólo de los delitos preestablecidos, sin que obste el canon 2.222.

b) Y de todos los delitos, aun de los que a tenor del canon 1.933 no pueden ser considerados como públicos.

6.ª La acción penal canónica presenta como características más acusadas:

a) Su carácter público, que, en Derecho canónico, lleva consigo su indisponibilidad en el sentido de objetividad, pero no en el de legalidad e inevitabilidad, tal como entienden estas nociones los civilistas.

b) Su carácter personal, sin transmisibilidad posible.

LAMBERTO DE ECHEVERRÍA M. DE MARIGORTA, Pbro.

• Catedrático en la Facultad de Derecho Canónico de Salamanca