

LA ACCIÓN PENAL PRIVADA Y PÚBLICA EN EL DERECHO URUGUAYO

Por el Dr. Adolfo GELSI BIDART

Profesor Titular de Derecho Procesal en la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de
Montevideo.

1) *La Constitución* del Uruguay, reiterando en 1952 un texto que ya estaba en la Constitución de 1830 (Art. 115), establece que “todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”.

Nuestro problema es rozado incidentalmente, con el texto que constitucionaliza (con acierto procesal psicológico) el carácter acusatorio (a impulso de parte) y la *publicidad del proceso penal*.

La norma se limita a reconocer la alternativa que se da en la legislación y deja efectivamente a ésta en libertad para elegir uno u otro sistema o ambos.

En materia de “derechos, deberes y garantías” la Constitución tiene en vista la situación del hombre procesado y no ha creído del caso solucionar definitivamente un problema debatido y en torno del cual si bien la unanimidad tiende a formarse, queda la posibilidad de algunas situaciones especiales de cierta trascendencia que aconsejan algún eclecticismo normativo (principio y excepciones). En definitiva, la Constitución pues, no toma partido único: más aún, no se ha planteado el problema.

II) *El principio de la acción pública. A.*—Utilizamos la terminología habitual en la práctica, la legislación y aún la doctrina. *No entramos a la discusión teórica de:* 1. Si cabe hablar de “acción” en sentido procesal o con relevancia para el proceso. Así si al decir de *Guasp*, “el derecho de acudir ante los Tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es... un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él y que se acantona, bien en el terreno civil, bien en el... político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto” (“Derecho Procesal Civil”, p. 232).

2. Si corresponde hablar de "acción" en el "proceso penal", al igual que en el civil o si tal concepto debe excluirse de la teoría procesal penal (tal como en *Beling* v. gr. "Derecho Procesal Penal", Trad. Fenech, especialmente pp. 20, 93 y 422).

3. Si, admitiendo la validez de la categoría "acción" para el proceso penal, cabe señalar diferencias fundamentales con la que corresponde a la "acción" procesal civil. Sólo nos permitimos por señalar que también aquí estamos por la unidad de la teoría procesal, tanto civil, como penal, referente al proceso de conocimiento o de ejecución, individual o colectivo, laboral, administrativo (cfr. *Carnelutti* "Sistema di Diritto Processuale Civile". Prólogo — penúltimo párrafo). Las distinciones (que existen desde luego) no cambian, en nuestro concepto, la esencia del problema.

4. Si la acción es verdadero *derecho* del titular, o mera *facultad* concedida al servicio del interés público que se procuraría a través del proceso (según la concepción política subyacente en el concepto de acción, según *Pekelis* "Azione" en "Nuovo Digesto Italiano", tomo I).

5. Si es *esencial* o no, el ejercicio de la acción penal, para la existencia (subsistencia si se admite la iniciación de una etapa del proceso antes de que comience el verdadero ejercicio de la acción penal) del proceso penal: predominio del principio inquisitivo o del acusatorio, en el proceso penal. La incidencia psicológica del enfoque inquisitivo sobre el espíritu del Juez, que debe ser —por sobre todo— imparcial, es lo que (en concepto del suscrito) funda la necesidad del principio acusatorio. Por ello sostienen *Moretti* (en sus cursos de Montevideo) y *Fenech*, que en el sistema mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española y en el C. Instrucción C. del Uruguay, "para garantizar la imparcialidad y falta de prejuicios en el Tribunal sentenciador, el Tribunal que juzga y aplica la pena, no interviene en la instrucción" (Fenech, "Derecho Procesal Penal", I, pp. 122-3).

6. Si cabe plantear en el proceso penal, la acción *civil por daños*, emergente del delito, en cuanto provocó aquéllos. En lo fundamental, el problema de la 'parte civil en el proceso penal', muy debatido en el D. Uruguayo. Si bien la jurisprudencia lo admite, acompañada por una parte de la doctrina (v. gr. *Massera*, "Rev. Der. Jur. y Adm." t. 10, p. 37; *Arlas* "Rev. Der. Público y Privado", Montevideo, t. 23, p. 67; *G. Canon Nieto*. "La acción civil emergente del delito", en "La Justicia Uruguaya", t. 20. Doctr. p. 49), hay importantes disidencias (*Moretti*. "Rev. Centro Estudiantes Derecho", t. 16, p. 195).

7. Si, como lo dispone el C. Penal Uruguayo de 1934 (redactado por *J. Irureta Goyena*), el Juez de la materia penal, al condenar por delito que causa daños, debe condenar, en la misma sentencia al resarcimiento de los mismos (art. 104 y ss.) como debe entenderse (aparte de la falta de necesidad de interponer la acción civil en el proceso penal) la *pretensión (civil)* para el pago de los servicios: implícita en la pretensión punitiva penal, o efecto indirecto (¿reflejo?) de su acogimiento, o incluida en la pretensión penal que sería —“*ministerium legis*”— pretensión “mixta” en el sentido del Art. 243 del C. Proc. Civil (“También se dividen las acciones en civiles y criminales... Se pueden unir estas dos acciones y entonces se llama mixta...”).

B.—El problema de la acción penal pública o privada, en definitiva, es el problema del *ejercicio de la acción penal* (el planteamiento y promoción de la pretensión punitiva penal) en el proceso.

Así puede considerarse a la acción, prescindiendo de “su contenido y de su objeto inmediato, puesta en relación con el juez, al que se pide y del cual se espera la perduración del efecto garantido por la norma” (*Satta* “Diritto Processuale Civile”, p. 75).

Más concretamente, pues, *quién es el titular* (a quién corresponde la titularidad) del ejercicio de la acción penal: tal el problema al que se refiere el tema en examen.

C.—En rigor de lógica (jurídica) el calificar de “pública” a la acción, deriva de más lejos, de la naturaleza del bien que se pretende proteger, y (por ende) del titular del mismo.

Encarada la acción como un poder de actuar ante la justicia para lograr la defensa de un derecho alegado, de una pretensión formulada (“*jus persequendi in judicio quod sibi debatur*”), es necesario examinar qué se pretende (“*latu sensu*”) defender o reivindicar, qué zona del sistema jurídico se procura restaurar, o qué interés, garantido por éste, satisfacer.

Desde este punto de vista (“sustancial” —*Satta*, *ibid.*), es difícil no concluir que la acción penal (la pretensión punitiva penal) es siempre pública, al menos, en el Derecho moderno.

Se estima que los bienes que el Código Penal procura proteger (preventivamente) y los intereses (sanción de reparación, prevención y “satisfacción”) promovidos en el proceso penal, —atañen a toda la sociedad. En cierto sentido “metafórico-jurídico”, la víctima (el “ofendido”) “representa”, está en lugar o es un símbolo de toda la sociedad. No la cantidad sino la cualidad especial de la infracción al orden jurídico, pone en alarma al conjunto de la comunidad.

Es ésta, pues, la titular del bien primariamente lesionado y, por ende, del interés que (para su relativa reparación jurídica) se promueve en el proceso penal.

D.—Sin embargo, el Derecho Positivo en casi todos los países, no lleva aquel principio hasta sus últimas consecuencias (aportando, de paso, una nueva confirmación legal, al distinguir entre la situación sustantiva y la procesal, aun para quienes consideran a la acción como supuesto del proceso y no como categoría procesal).

El problema es éste: ¿quién está (para el legislador) mejor calificado a efectos del ejercicio de la acción penal (aun considerada como pública)?

Porque (obvio es recordarlo), el proceso no es un fin en sí, ni la justicia (legal) el único fin de la comunidad jurídica organizada. En ciertos casos el legislador ha entendido que podrán balancearse otros factores, que determinados intereses que el sistema jurídico también protege (v. gr. al goce del honor, la seguridad, el trabajo, la libertad, la propiedad, Art. 7 de la Constitución) podrían verse en peligro con la promoción del proceso.

La elección del titular del ejercicio de la acción “in factum” (veremos después, para el M. Público, “in jus”) supone en definitiva señalar al o los hombres que decidirán “latu sensu” si la jurisdicción será a no ejercida en su caso concreto.

E.—El Derecho Positivo Uruguayo consagra ampliamente el principio de la acción *pública*. Esto significa que al Ministerio Público corresponderá, el planteamiento y la promoción de la pretensión primitiva penal, de la “acción pública penal” considerada como “mera actividad procesal (sin) . . . presuponer (o sin tomar en cuenta) a la acción-derecho en sentido sustancial” (*Redenti* “Diritto Processuale Civile”, I, p. 60).

En rigor basta esa distinción, a la que puede añadirse la de titular de la acción en sí (*legitimatío ad causam*) y sujeto activo de su ejercicio en el proceso determinado (*legitimatío ad processum*).

Para seguir la explicación hasta el fin según esquemas clásicos, el titular de la primera sería la sociedad o el Estado y el del ejercicio, el mismo, pero a través de un órgano calificado expresamente por la ley.

Esta simple mención, entendido el M. Público como órgano de la sociedad o del Estado, “que forma parte integrante de aquél y que (por ende) su actividad (es) . . . considerada por el Derecho como directa e inmediatamente propia del mismo ente” (*Santi Romano*. “Frammenti di un Dizionario Giuridico “Vº ‘organi’, p. 147)—, puede servir, también, para la comprensión del distinguir entre parte sustancial (o del conflicto) y parte

formal (o exclusivamente procesal) referida al proceso penal (conforme *Fenech*, o. cit., I, p. 180).

F.—El agente del Ministerio Público está viuculado, por el Derecho, al ejercicio de la acción social en el proceso, en el sentido de que, tratándose de funcionario público, debe cumplir con los deberes propios de su cargo.

En consecuencia, esa promoción de la pretensión punitiva, que consiste en una actividad procesal especialmente calificada por una disposición particular en el proceso, ante el Juez y frente a la otra parte, encarada “in abstracto”, con prescindencia de su peculiaridad (procesal), supone una actividad funcional (‘de funcionario’) a la que el mencionado agente queda obligado por su calidad de tal.

“Al Ministerio Público desempeñado por el Fiscal del Crimen o Agentes Fiscales (hoy Fiscales Letrados Departamentales) corresponde promover las acciones emanadas de los delitos indicados en el Art. 3, interviniendo en la sustanciación de los juicios como parte jurídica por la Sociedad que representa” (Código de Instrucción Criminal, Art. 189, inc. I). El Art. 2 divide a “la acción penal (en) . . . pública o privada. Es pública cuando se ejercita de oficio por el M. Público (criterio orgánico). Es privada en los casos en que, según el Código Penal, no puede ser ejercitada sino por la parte agraviada”. Y el Art. 3 puntualiza que “el ejercicio de la acción pública es obligatorio, en todos los casos en que proceda, con arreglo a la ley”.

Queda así puntualizada una señalada diferencia en la reglamentación (del ejercicio) de la acción penal pública, frente a la acción privada.

Jurídicamente la situación del agente del M. Público difiere de la del sujeto de la acción penal privada legitimado para actuar en el proceso, en cuanto al primero el Derecho Positivo impone el deber de accionar, en tanto que el segundo puede omitir el accionamiento o efectuarlo según lo entienda conveniente. Para el primero hay una posición y una conducta procesal, impuesta; para el segundo, propuesta como posible (facultativa).

Desde el punto de vista de la realidad (psicológica) de ambos sujetos, las distancias se acortan, por cuanto la concepción más lógica del M. Público es la que circunscribe “su acción a la esfera en que, en realidad, debe moverse; pero dentro de ella, cuantitativamente limitada le otorga una gran libertad de criterio” (*Alcalá-Zamora y Castillo*, “Lo que debe ser el M. Público” en “Estudios de Derecho Procesal”, 1934, pp. 21-22). El (agente del) M. Público debe ser “independiente en el ejercicio de sus funciones, (pudiendo) . . . en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados como sus convicciones se lo dictan estableciendo las conclusiones que

crea arregladas a la ley". (C. Organización de los Tribunales, Art. 177), no estando obligado a acusar, si no encuentra mérito para ello lo cual trae como consecuencia, la absolución del procesado. (C. Instr. Criminal, Art. 191).

Libertad de apreciación, fundada en la especialidad técnica del órgano (y la preparación jurídica del agente). Deber de actuar, si se estima configurada la situación irregular en los términos previstos por la ley.

Por tanto, la aproximación en el sujeto de la acción privada, deriva de que es el propio agente del M. Público el que libremente determina si, por haberse configurado aquellos extremos de acuerdo con su apreciación queda obligado a actuar.

G.—Pero el dominio del M. Público sobre el ejercicio de la acción penal no es —en todos los casos— absoluto. Nuestro Derecho, entre otros, consagra, para casos excepcionales expresamente indicados, sea la intervención *previa* del ofendido, necesaria para el ulterior ejercicio de la acción, —sea la intervención (exclusiva) de aquél, *en el ejercicio mismo* de la acción en el proceso.

Desde el punto de vista de la teoría de los actos, suele hablarse de *instancia* o *denuncia* en el primer caso y, en el segundo, de *querrela* (término con el que se menciona también, la "acción penal privada, como poder jurídico o como actividad procesal de la actora en el proceso").

III) "*Denuncia*" o "*instancia*" del ofendido. A.—En cierto sentido la preceptividad de la denuncia del ofendido para el ejercicio de la acción penal, configura una solución de "compromiso" entre los extremos de la acción penal sólo pública o sólo privada.

El ejercicio sigue siendo, en lo fundamental, exclusivamente propio del M. Público pero (además de algunas intervenciones que se indicarán) todo él no es (jurídicamente) posible, si previamente no se produce la instancia o denuncia de la parte ofendida legitimada al efecto por la ley.

El Código Penal establece que sólo se castigará a instancia de parte: el traumatismo, las lesiones ordinarias intencionales y ultraintencionales, el disparo de arma de fuego, el acometimiento con arma apropiada, las lesiones culpables, ordinarias y graves y los delitos de violación, atentado violento al pudor, corrupción y estupro ("sólo se procederá mediante denuncia del ofendido" C. Penal Arts. 322 y 279), daño, difamación o injuria, insolvencia fraudulenta, apropiación de cosas perdidas, tesoros, etc.

Las excepciones al principio del ejercicio por el M. Público de la acción penal, se agrupan, a su vez en dos planos. Hay aquí también un principio:

la intervención del ofendido será normalmente limitada a la denuncia o instancia, salvo que expresamente la ley establezca lo contrario.

Este principio (para el dominio de lo excepcional) lo estableció la ley de 12/9/1916 que dispuso en su Art. 1º: "Las causas por delito de acción privada para cuya iniciación se requiere actualmente querrela de parte, deberán en adelante proseguirse de oficio, siempre que medie denuncia de la parte ofendida, con las restricciones que se expresan en los artículos de esta ley".

La "denuncia", también llamada "instancia" de quien la ley considera "ofendido" por el delito (cfr. *A. Camaño Rosa* "La instancia del ofendido") abre la vía del proceso penal, permite el ejercicio de la acción penal en el proceso, por el M. Público (que es, por ende, en cuanto al ejercicio, acción pública, en lo fundamental).

La "instancia" aparece como un acto de (participación) de conocimiento de la situación de hecho (y de derecho: delito) producida y de (participación de la) voluntad de que se siga el proceso (que se ejerza la acción) penal correspondiente. En definitiva supone el planteamiento de una pretensión con respecto al proceso penal, con eficacia jurídica.

Pero el ejercicio (procesal) de la acción, en la oportunidad de la acusación, dependerá de que el M. Público considere o no configurado el delito. El M. Público no representa al 'ofendido'; que continúa siendo órgano del Estado para la recordada actividad procesal.

La "denuncia" aparece, pues, desde el punto de vista del proceso, como presupuesto indispensable para su iniciación. Encarado desde el punto de vista de la acción, entendida como poder jurídico para promover la actividad jurisdiccional, implica un acto de instancia de ésta, es decir, un ejercicio de la acción (antes del proceso, o en la etapa preparatoria del mismo), una cuestión previa indispensable para su ejercicio en el proceso. Ya se dijo su alcance, desde el punto de vista de los actos jurídicos.

La ley de 1916 reconoce al ofendido la posibilidad de solicitar el diligenciamiento de prueba (Art. 13), participando así también en el ejercicio de la acción.

Por último, la ley habla del desistimiento que extingue la acción penal respectiva (Art. 6), en tanto que el C. Penal (Arts. 110-16) legisla sobre "la remisión (que) extingue el delito (y por ende, el proceso) tratándose de las infracciones que no pueden perseguirse sino mediante denuncia del particular o a querrela de parte" (Art. 110).

Estas tres facultades reconocidas al ofendido para: hacer jurídicamente posible el proceso y el ejercicio de la acción por el M. Público (instancia);

solicitar prueba (pedido de diligenciamiento probatorio, iniciativa probatoria); remitir el delito (y, por ende, poner fin al ejercicio de la acción y al proceso penal: remisión), significan el reconocimiento de la titularidad de la acción en el ofendido y de su ejercicio (en lo fundamental del proceso, con las excepciones mencionadas) en el M. Público (para una solución similar en el D. Alemán, v. *Beling*, o. cit., pp. 66-68).

C.—Cabe por último señalar una circunstancia de interés en la legislación positiva en cuanto a la determinación de la parte ofendida: “se reputará parte ofendida al marido, por las ofensas hechas a su mujer; al padre por las que se hicieren a sus hijos menores; a éstos siendo mayores de edad por las que se hicieren a sus padres; y al tutor o curador por las hechas a sus pupilos o personas incapacitadas que están a su cargo”.

Situaciones de representación: padre (menor), tutor (pupilo), curador (incapaz). En el caso del hijo mayor que actúa por ofensas hechas al padre o en el del marido por las hechas a la mujer (que gozaba y goza de capacidad procesal en tales circunstancias) es dudoso que se trate de sustitución procesal (*actuar a nombre propio por el derecho de otro, o promoviendo el interés ajeno y normalmente, a través de su satisfacción, la del propio interés*), como sostiene *Arlas* (“C. Instr. Criminal” anotado, 1957, p. 78) o de actuación del ofendido titular del propio interés, como prefiero sostener.

Habría aquí un reconocimiento del interés ‘familiar’ y encarado, todavía, de maneras diversas, según sea el miembro del conjunto familiar que lo promueve (marido, padre, etc.).

IV) *La querrela de parte* por fin, ha quedado reducida en nuestro derecho, a muy pocas situaciones: delitos de difamación o injuria cometidos por medio de la imprenta (Ley 9.480 de 28/6/1935, especialmente Art. 33); delito de violación de privilegios industriales (Ley de 14/11/1941, Art. 25); delito de violación de patentes de invención (Ley 10.089 de 12/12/1941, Art. 57). Los dos últimos, tal vez por su vinculación con un interés comercial (económico) preponderante. El primero por la naturaleza del delito y su vinculación con el problema de la libertad (de publicación) del pensamiento.

Aquí la titularidad de la acción y de su ejercicio, corresponde al sujeto privado ofendido o lesionado. El que sufre la lesión directa de su interés, lo promueve o defiende (solicita la reparación consiguiente) en el proceso penal.