



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL ACUSADOR POPULAR **Enfoque legal y jurisprudencial**

Presentado por:

Marta Campo Gonzalo

Tutelado por:

Nicolás Cabezudo Rodríguez

Valladolid, 17 de junio de 2019

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del acusador popular en el sistema procesal español. En primer lugar se muestra cuál ha sido su evolución histórica hasta su reconocimiento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y en la Constitución de 1978. A continuación, el grueso del trabajo se dedica a describir su configuración vigente, tanto legal como jurisprudencial: reconocimiento constitucional, concepto, naturaleza y fundamento, requisitos para su ejercicio, intervención en el proceso penal, y límites jurisprudenciales a su ejercicio centrándonos en tres casos de reciente actualidad. Por último se aborda la cuestión de su reforma, haciendo referencia a las dos propuestas presentadas hasta la fecha.

ABSTRACT

The present essay has for its object the analysis of the figure of the popular accuser in the Spanish procedural system. First of all, it shows what has been its historical evolution until its recognition in the Criminal Procedure Act of 1882 and the Constitution of 1978. Then, the bulk of the work is devoted to describing its current configuration, both legal and jurisprudential: constitutional recognition, concept, nature and foundation, requirements for its exercise, intervention in the criminal process, and jurisprudential limits to its exercise focusing on three recent cases. Finally, it address the question of its reform, making reference to the two proposals presented to date.

KEY WORDS

Acusación popular, proceso penal, acción popular, LECrim, límites.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	7
2.1. ACCIÓN POPULAR EN EL DERECHO ROMANO.....	8
2.2. ACCIÓN POPULAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	9
3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN.....	12
4. RÉGIMEN GENERAL.....	14
4.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	14
4.2. ACCIÓN POPULAR Y ACCIÓN PÚBLICA.....	15
4.3. DISTINCIÓN RESPECTO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y ACUSACIÓN PRIVADA.....	16
4.4. NATURALEZA JURÍDICA.....	19
4.4.1.Derecho constitucional.....	19
4.4.2.Configuración legal.....	20
4.5. FUNDAMENTO.....	20
5. REQUISITOS.....	21
5.1. REQUISITOS OBJETIVOS.....	21
5.1.1.Ámbito ordinario.....	21
5.1.2.Exclusiones.....	22
5.1.3.Responsabilidad civil.....	25
5.2. REQUISITOS SUBJETIVOS.....	27
5.2.1.Personas físicas.....	27
5.2.2.Personas jurídicas.....	33

5.3. REQUISITOS FORMALES.....	37
5.3.1. Querella.....	37
5.3.2. Fianza.....	38
5.3.3. Postulación.....	40
6. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	42
6.1. INSTRUCCIÓN.....	42
6.2. FASE INTERMEDIA.....	43
6.3. JUICIO ORAL.....	43
6.4. COSTAS.....	45
6.4.1. Condena en costas al acusado.....	45
6.4.2. Condena en costas del acusador popular.....	46
7. LÍMITES JURISPRUDENCIALES.....	48
7.1. CASO BOTÍN.....	48
7.2. CASO ATUTXA.....	50
7.3. CASO NÓOS.....	52
8. PROPUESTAS DE REFORMA.....	54
8.1. ANTEPROYECTO DE LA LECRIM DE 2011.....	54
8.2. PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO DE LA LECRIM DE 2013.....	57
9. CONCLUSIONES.....	61
10. BIBLIOGRAFÍA.....	65

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la figura del acusador popular: qué posición ocupa en nuestro ordenamiento jurídico y cómo ha sido modulado por la jurisprudencia.

De entrada hay que advertir que unas de las principales características del sistema procesal español es que la acción penal es pública, lo que significa que puede ser ejercitada por cualquier ciudadano con independencia de que haya resultado o no ofendido por el delito. Se trata de un sistema original en comparación con los países de nuestro entorno, donde la acción penal está monopolizada por el Ministerio Fiscal (p.ej Francia, Alemania o Italia), o donde tradicionalmente está reservada exclusivamente a los ciudadanos (p.ej Reino Unido¹). Esta característica de nuestro sistema se fundamenta en la tradicional desconfianza hacia la figura del Ministerio Fiscal como defensor del interés público. En efecto, la consideración del Ministerio Público como un órgano burocrático, constitucionalmente adscrito al Poder Ejecutivo, puede suscitar dudas sobre el efectivo cumplimiento de su deber de “*promover la acción de la Justicia*”, en particular cuando se trata de delitos teñidos de tintes políticos. En este contexto la acusación popular se erige como una garantía adicional, una forma de contrapeso de su actuación, que elimina los “riesgos” que supondría atribuir a dicho órgano el monopolio de la acción penal.

Sin embargo no es esta la función que cumple la acusación popular en nuestros días. La práctica revela una proliferación de su uso, en principio excepcional, para conseguir fines distintos a los que le son inherentes. En este sentido desatacan asociaciones y personas que han encontrado en esta figura el instrumento ideal para defender intereses propios – principalmente políticos y electoralistas–, llegando a convertirse en auténticos “*profesionales*” de la acción popular.

Este uso torticero, unido a la ausencia de una regulación más completa, ha hecho surgir la necesidad de modificar su regulación en orden a clarificar sus requisitos, contenido y límites. No obstante, todas las propuestas de reforma planteadas hasta el momento se han visto frustradas, lo que deja abierta la puerta al futuro de dicha institución.

¹ No obstante hay que advertir que en los últimos años, la mayor parte de las acusaciones han corrido a cargo de la Fiscalía de la Corona -Crown Prosecution Service-, que ha relegado a un segundo plano a la acusación popular.

Las siguientes páginas tratan de explicar cuál es el enfoque legal y jurisprudencial de la acusación popular. Para ello, en primer lugar, se describe la evolución que ha tenido esta figura a lo largo de la historia, centrándonos especialmente en dos periodos: el Derecho romano, y, dentro del Derecho español, la etapa de la Codificación. Esta etapa culminó con la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aún vigente, donde se reconoce expresamente la posibilidad que tiene cualquier ciudadano español de ejercitar la acción penal, sin necesidad de haber sido ofendido por el delito. Esta normativa constituye la principal fuente de regulación en la materia, a la que se unen, según se explica en el capítulo tercero, la Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A continuación, en el capítulo cuarto, se recoge el régimen general de esta acción, en particular, su concepto y características, y las notas que la diferencian respecto de la acción particular y la acción privada. También en este capítulo se explica cuál es su naturaleza jurídica y su fundamento, llegando a la conclusión de que se trata de un derecho constitucional de configuración legal fundamentado en la participación del pueblo en la Justicia en el marco de un Estado democrático y social.

El capítulo quinto se refiere a los requisitos exigidos para el ejercicio de esta acción, que se clasifican en tres categorías: objetivos, subjetivos y formales. Los requisitos objetivos tratan de delimitar el ámbito material de la acción popular, indicando en qué casos se prohíbe su utilización en atención al tipo de delito, a la jurisdicción, o al cargo desempeñado por el acusado. Los requisitos subjetivos tratan de identificar qué personas están legitimadas para constituirse como acusadoras populares, centrándonos fundamentalmente en tres aspectos: el requisito de la nacionalidad española, los supuestos de exclusión, y la admisibilidad de su ejercicio por personas jurídicas, en particular, personas jurídico-públicas. Por último, los requisitos formales aluden a la necesidad de formular querrela, prestar fianza, y actuar por medio de Abogado y Procurador.

El capítulo siguiente está dedicado a la intervención del acusador popular en las distintas fases del proceso penal – instrucción, fase intermedia, y juicio oral –. Asimismo se aborda el tema de las costas procesales, distinguiendo dos supuestos: la inclusión de las costas del acusador popular en la condena del acusado, y la condena en costas de la acusación popular por obrar con temeridad o mala fe.

El capítulo séptimo constituye un repaso de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del art. 782 LECrim, esto es, a la posibilidad de pasar a la fase de juicio oral por la simple petición del acusador popular, a pesar de la petición de sobreseimiento solicitada por el Ministerio Fiscal, y, en su caso, por el acusador particular.

En concreto se estudian tres sentencias – Botín, Atutxa, y Nóos – donde, como se verá, la solución del Alto Tribunal es distinta debido a la falta de identidad entre los supuestos fácticos de las mismas.

En el capítulo octavo se exponen las principales propuestas de reforma que ha presentado el Gobierno en los últimos años, y que como ya se ha mencionado anteriormente, han resultado fracasadas: el Anteproyecto de la LECrim de 2011; y la Propuesta de Texto Articulado de la LECrim de 2013.

Finalmente, se recoge una lista de las conclusiones que se han obtenido a lo largo del trabajo.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La posibilidad de ejercitar la acción penal sin ser el perjudicado por el delito no es una novedad de nuestro sistema, sino que hunde sus raíces en la Edad Antigua. A continuación mostraremos cuál ha sido la evolución normativa de la acusación popular tomando como referencia la tesis de PÉREZ GIL², para terminar con una breve reseña sobre nuestra todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

La figura del acusador popular estaba ya presente en los primeros Códigos de leyes. Destaca por ejemplo el Código de Hammurabi (1750 a. de. C), donde se reconocía legitimación a cualquier ciudadano para denunciar ciertos delitos públicos, reconocimiento que iba acompañado de un mecanismo que protegía al acusado frente a denuncias falsas: la ley del Talió, consistente en aplicar al acusador falso la misma pena que al acusado.

En la cultura jurídica griega también existían “acciones populares”, nacidas durante el Gobierno de Solón y cuyo fundamento lo encontramos en los textos filosóficos de PLATÓN y ARISTÓTELES. El primero se refiere en *Las Leyes* a dos tipos de tribunales: uno para defender los intereses del ofendido, y otro para defender los intereses comunitarios en aquellos casos en los que el Estado se haya podido ver perjudicado. Por su parte el Estagerita, en línea con su afán democrático, entendía la acción popular como un instrumento para debilitar al tercero poderoso permitiendo a cualquier ciudadano defender los derechos del prójimo.

² JULIO PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Valladolid, 1997, págs. 15 – 107.

2.1. Acción popular en el Derecho romano

El germen de la acción popular en Roma se encuentra en la Lex Calpurnia (149 a. de C), que supuso la atribución *quivis ex populo* del derecho de acusar³. De esta forma se abandonaba el sistema de la vindicta privada o familiar, dando un paso importante en la publicitación del proceso penal. El fundamento de este derecho no era el ideal democrático, sino la *pax pública romana*: toda la sociedad tenía derecho a la paz pública, por lo que la comisión de un delito perjudicaba a toda la sociedad que como tal estaría legitimada para acusar, estableciéndose no obstante ciertas limitaciones que duran hasta nuestros días (p.ej el delito privado de injurias). En cuanto a las garantías, la acusación calumniosa se sancionaba con la pena del Talión, al igual que en el Código de Hammurabi, y a partir de la Ley Remnia también se sancionaba con la declaración de infamia⁴.

Determinados sujetos se veían privados de la facultad de acusar *quivis ex populo*, a saber: los no ciudadanos, las mujeres, los menores, los tachados de infamia, los que fuesen parte acusada en otro proceso, los que estuviesen unidos al acusado por determinados lazos de parentesco, entre otros.

Este derecho de acusar desembocó en la *actio popularis*, cuya titularidad correspondía al *populus*⁵. PÉREZ GIL distingue dos categorías de acciones:

- Las acciones populares pretorias y edilicias, que eran acciones personales fundadas en la infracción de edictos. La legitimación se atribuía con carácter preferente a quien tuviera un interés directo en el asunto, pero, subsidiariamente, se permitía su ejercicio a cualquier ciudadano. Se consideraban acciones de este tipo, entre otras, la *Actio edilicia de feris* (para los casos de tenencia de animales peligrosos) o la *Actio de sepulchro violato* (para los casos de violación de sepulcros).

³ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 19.

⁴ La declaración de infamia suponía la pérdida de honorabilidad o reputación entre la sociedad. De manera que aunque no conllevaba una sanción formal, en la práctica limitaba al ciudadano en su esfera social y jurídica al no poder desempeñar cargos públicos, ni ejercer el cargo de tutor o curador, ni votar en los comicios.

⁵ D. 47, 23, 1 (PAULO 8 ad. Ed.): “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*” (“Llamamos acción popular a la que ampara el derecho propio del pueblo”).

- Las acciones populares nacidas de leyes y de senadoconsultos, que eran acciones con cuyo ejercicio se defendía el interés de la colectividad. Por eso, aunque formalmente no se denominaban “populares”, no cabe duda de su inclusión en esta categoría.

2.2. Acción popular en el Derecho español

El sistema acusatorio español hunde sus raíces en el Derecho romano, por lo que también existía la figura del acusador popular. El primer texto en reconocer expresamente esta institución fue el Fuero Real de ALFONSO X, si bien su regulación más completa se encuentra en Las Partidas. En concreto es la Ley II del Título I de la Séptima Partida la que establece que *“Acusar puede todo hombre a quien no le es prohibido por las leyes de este libro nuestro”*⁶. Y a continuación se recoge una larga lista de exclusiones: mujeres, menores de 14 años, administradores de Justicia, infames, clérigos, esclavos, hermanos entre sí, el siervo respecto de su señor, etc.

Sin embargo, en nuestro Derecho castellano la acción popular tuvo escaso éxito. Algunos de los factores que explican esta decadencia son:

- En primer lugar, por la posibilidad iniciar el proceso por otras vías. En efecto, junto a la acusación estaban también la denuncia y la pesquisa. La primera originaba el denominado proceso acusatorio, mientras que las dos últimas daban lugar al proceso inquisitivo⁷.
- En segundo lugar, por las exigencias formales que se imponían al acusador popular. Éste estaba obligado a formular su acusación por escrito mediante una carta de acusación en la que debía constar el nombre del acusador, del acusado y del juez⁸; a lo que se añadía el requisito de la inscriptio, esto es, el compromiso de asumir la misma pena que se pedía para el acusado en caso de que este fuese absuelto.

⁶ L. 2, T.I, P.VII. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>

⁷ FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (s. XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, op.cit., pág. 157.

⁸ L. 14, T.I, P.VII. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>

- Finalmente, por el progresivo protagonismo del procurador fiscal como acusador. Inicialmente actuaba como un representante del Monarca, y su esfera de actuación se limitaba únicamente a los delitos relacionados con la Hacienda Pública. Sin embargo paulatinamente se erigió como un representante de los intereses de la colectividad, interviniendo en todo tipo de delitos, y convirtiéndose en el acusador por excelencia. Este creciente protagonismo del procurador fiscal culminó con la Real Cédula de 8 de noviembre de 1787, donde se prevé que su intervención será preceptiva en aquellas causas criminales en las que hubiera acusación pública.

En el s. XIX la acusación popular era una institución en desuso, recayendo la función de acusar, ahora ya de manera consolidada y oficialmente reconocida, en el Ministerio Fiscal. Los textos legales de la época, previos a la codificación, se refieren a la acción popular en los siguientes términos:

- La Constitución de Cádiz de 1812 recogía en su art. 255.2 el derecho a ejercitar la acción popular en relación con los delitos de soborno, cohecho y prevaricación de los jueces y magistrados.
- El Código Penal de 1822 establecía en su art. 134 que *“La ley concede a todo español, no infame, la acción para acusar criminalmente ante los jueces o tribunales respectivos cualquiera de las culpas o delitos públicos que se cometan, exceptuándose únicamente las personas a quienes en el Código de procedimientos se prohíba el ejercicio de este derecho, ya en general ya en casos determinados”*.
- El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 se refería únicamente al Fiscal, sin hacer ningún tipo de mención a la acción popular.
- La base 10 de las Bases de Enjuiciamiento Criminal aprobadas por la Comisión General de Codificación en 1847 disponía que *“la acción para pedir la imposición de las penas será en todo caso del Ministerio público; pero se admitirán también a ejercerla a la parte no agraviada, salvo los casos en que sólo se permite reclamar al agraviado”*. En esta misma línea, el art. 2 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Penal de 1858 excluía la acusación por particulares, atribuyendo ésta al Ministerio Fiscal, excepto cuando se tratase de delitos privados.

- En los años siguientes se aprobaron leyes sectoriales que limitaban la acción popular a ámbitos muy específicos. Podemos reseñar a título de ejemplo: el *Decreto reformando la legislación de imprenta* de 1844, en relación con aquellos materiales que podían ser calificados de “revolucionarios”; la *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial* de 1870, en relación con los delitos cometidos por Jueces y Magistrados en el ejercicio de su cargo; la *Ley electoral* de 1870; para la persecución de los delitos previstos en dicha ley, o la *Ley Municipal* de 1870, para la persecución de los delitos cometidos por los regidores del municipio.

Contra todo pronóstico, la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 se apartó de la postura mantenida en la Comisión General de Codificación –partidaria de eliminar esta figura-, al reconocer la acción popular, formulándola en los mismos términos a como se regula en la actualidad: “*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de esta ley*”⁹. De esta manera se produjo una especie de vuelta al pasado, cuya consecuencia más importante fue el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. Según PÉREZ GIL los motivos de este reconocimiento fueron la necesidad social de evitar la impunidad de delitos, y la desconfianza en un órgano burocrático-estatal como era el Ministerio Fiscal¹⁰.

Y así llegamos a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, donde abiertamente se reconoce la acción popular¹¹. Destacan dos artículos, el art. 101, donde con carácter general se establece que “*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley*. Y el art. 270, según el cual “*Se reconoce a todos los ciudadanos españoles la facultad de ejercitar la acción popular. Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley*”.

⁹ Art. 2 de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Decreto de 22 de diciembre de 1872.

¹⁰ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 78.

¹¹ Como hemos indicado anteriormente, la Constitución de 1812 solo reconocía la acción popular para una lista tasada de delitos. Sin embargo, la LECrim extiende el ejercicio de la acción popular a todos los delitos públicos, lo que según MORENO CATENA estuvo motivado por el oscurantismo de siglos anteriores y por el papel desempeñado por la Inquisición.

Este reconocimiento fue objeto de varias críticas, al entender que no era necesario, pues la función de acusar actuando en defensa de los intereses públicos ya estaba encomendada al Ministerio Fiscal, de forma que se produciría un aumento de los trámites y una mayor dilación del proceso que afectaría negativamente a la administración de justicia. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina acogió de buen grado el art 101 LECrim, pues no hay que olvidar que estamos a finales del siglo XIX, época en la que los ideales liberales calaban muy hondo en los intelectuales españoles, entre los cuales se encontraban juristas como FRANCISCO SILVELA o AGUILERA DE PAZ.

Con posterioridad al nacimiento de la LECrim, la Constitución de 1931 reconoció también el derecho a ejercitar la acción popular, “*sin necesidad de prestar caución ni fianza de ningún género*”¹², aunque limitaba esta posibilidad a los delitos de detención y prisión ilegal.

3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN

La acción popular es una figura constitucionalmente protegida en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el art 125 de la Constitución Española de 1978 dispone que “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”.

Como acabamos de observar, el art. 125 reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos a ejercitar la acción popular. Pero no se seguía el mismo criterio a lo largo de la

¹² Art. 29 de la Constitución de 1931: “*Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención.*

Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará al interesado dentro del mismo plazo.

Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad.

La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género”.

tramitación parlamentaria. Y así, el art. 115 del Anteproyecto de Constitución, contemplaba la participación de los ciudadanos en la Justicia en términos generales¹³, entendiendo incluidas dentro de esas formas de participación, además de la acción popular y el Jurado, la obligación de intervenir como testigos y la obligación de denunciar. Este precepto se vio afectado por varias enmiendas, las cuales trataban de concretar el ámbito de operatividad de la acción popular señalando los tipos de delitos y de procedimientos en los que podría entrar en juego, así como las limitaciones a las que estaría sujeta. Todas ellas fueron rechazadas al entender que era más adecuado dejar esa tarea en manos del legislador.

Por otro lado, aunque parece que el art. 125 sitúa a la acción popular y al Jurado en el mismo plano, lo cierto es que la situación legal de estas instituciones era muy diferente. La acción popular ya estaba regulada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que esta previsión contribuyó a su consolidación, zanjando cualquier tipo de debate que pudiera subsistir casi un siglo después de la aprobación de la LECrim. Por el contrario, el Jurado carecía de regulación al respecto, por lo que hubo que esperar hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995 para que el precepto constitucional, en lo relativo a esta institución, pudiese cobrar virtualidad¹⁴.

Teniendo en cuenta el periodo histórico del que veníamos, el art. 125 es una muestra más del afán del constituyente por potenciar la participación de los ciudadanos en la vida pública. Ahora bien, a diferencia de otros derechos de participación –por ejemplo, el derecho de sufragio-, el derecho a ejercitar la acción popular no se encuentra entre los catalogados como derechos fundamentales (sección II del Capítulo I del Título I CE); una circunstancia que ha sido salvada por el TC en los términos que más adelante veremos.

Además de en la Constitución, la acción popular está regulada en las siguientes normas:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 reconoce esta facultad en el art. 101 que ya hemos citado anteriormente. Asimismo destacan los arts. 270 y 280, referidos a los requisitos formales que se exigen al acusador popular: querrela y fianza. De estos requisitos, entre otros, nos ocuparemos en el Capítulo quinto.

¹³ Art. 115 del Anteproyecto constitucional: “*Los ciudadanos participarán en la administración de justicia en los casos y formas que la ley establezca*”.

¹⁴ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág.187.

- La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en su art. 19.1, establece que “*Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley*”. Otras referencias a la acción popular las encontramos en el art 20.3, según el cual “*No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita*”; y en el art 406 donde se contempla la acción popular como una de las vías para incoar el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados.

Finalmente, y a caballo entre la Constitución y las normas anteriores de rango legal, hemos de hacer mención a dos Estatutos de Autonomía que también contemplan esta acción: el del País Vasco¹⁵ y el del Extremadura¹⁶.

4. RÉGIMEN GENERAL

4.1. Concepto y características

Para MONTERO AROCA la acción popular es aquella que puede ejercitar cualquiera, sin tener que afirmar que es ofendido por el delito, asumiendo un papel similar al del Ministerio Fiscal¹⁷.

¹⁵ Art. 34.3 de la LO 3/1979 de 18 de diciembre de Estatuto de Autonomía para el País Vasco: “*En la Comunidad Autónoma se facilitará el ejercicio de la acción popular y la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley procesal determine*”.

¹⁶ Art. 48 de la LO 1/1983 de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de Extremadura: “*En Extremadura se propiciará el ejercicio de la acción popular y la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en la forma que las leyes determinen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 125 de la Constitución*”.

¹⁷ JUAN MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. op.cit., pág. 80.

Por su parte GIMENO SENDRA la define como el derecho que asiste a todos los sujetos no titulares de un derecho, interés o bien jurídico vulnerado, a incoar un proceso y a deducir en él una pretensión, en nombre de la sociedad, mediante la cual se reconozca una determinada situación o derecho subjetivo y/o se condene a una determinada persona al cumplimiento de una prestación¹⁸.

Pues bien, combinando ambas definiciones podemos definir la acción popular como el derecho a iniciar un proceso penal y a deducir en él una pretensión declarativa o de condena, cuya titularidad corresponde a todos los ciudadanos españoles, los cuales podrán constituirse como parte activa en el proceso aunque no hayan sido ofendidos por el delito.

Las características de la acción popular han sido recogidas y sintetizadas por el Tribunal Supremo¹⁹ de la siguiente manera:

- a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional.*
- b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas -- SSTC 241/92 y de esta Sala sentencia de 4 de Marzo de 1995 entre otras--.*
- c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal una función pública, la de la acusación.*
- d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza.”*

4.2. Acción popular y acción pública

El art. 101 LECrim se refiere a la acción penal como una acción pública, un calificativo que ha suscitado debate entre la doctrina en cuanto a qué hemos de entender por “publicidad”. Con carácter general se distinguen dos posturas: la que interpreta la publicidad en términos cualitativos, y la que la interpreta en términos cuantitativos²⁰.

- La vertiente cualitativa defiende que la acción pública es aquella que se otorga a un poder u órgano público.

¹⁸ VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1998, op.cit., pág. 83.

¹⁹ STS 702/2003 de 30 de mayo. FJ 3.

²⁰ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op.cit., pág. 264.

- Mientras que la vertiente cuantitativa interpreta la publicidad de la acción en el sentido de que su ejercicio corresponde al pueblo, al conjunto de los ciudadanos.

La primera postura es válida para sistemas como el italiano, francés o alemán, donde el ejercicio de la acción penal se atribuye en exclusiva al Ministerio Fiscal. Sin embargo, en el sistema procesal español no cabe duda de que la acción popular encaja dentro de la segunda corriente, tal como se desprende de la interpretación sistemática de la LECrim, y en especial, del propio art. 101 LECrim, que después de afirmar el carácter público de la acción penal añade que “*todos los ciudadanos*” podrán ejercitarla. En este sentido el TS, en sus primeras sentencias²¹ decía que “*el adjetivo popular, aplicado a dicha acción, tiene el mismo valor que el de pública de que se vale el art. 101 de la LECrim*”.

4.3. Distinción respecto de la acusación particular y acusación privada

La acusación popular difiere en gran medida de la acusación particular y de la acusación privada, tanto por su ámbito subjetivo y fundamento constitucional, como por su ámbito objetivo y los requisitos formales aplicables a una y otra.

La acusación particular es la que ejercita el ofendido, por lo tanto se diferencia del acusador popular en la relación o vínculo que guarda con el delito. Otra diferencia la encontramos en su fundamento constitucional. En efecto, como vimos anteriormente, el derecho al ejercicio de la acción popular no es un derecho fundamental, pues se reconoce en el art. 125 CE, y en consecuencia no es susceptible de amparo en sí mismo²². Sin embargo el derecho al ejercicio de la acción particular se fundamenta en el art. 24.1 CE, que en tanto derecho fundamental, puede ser objeto de un recurso de amparo ante el TC²³.

²¹ STS de 28 de enero de 1888, JC 1888, sentencia nº 86, op.cit., pág.174.

²² Ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene el acusador popular de solicitar el amparo indirectamente, sosteniendo que mediante la defensa del bien común está defendiendo también un interés legítimo propio (STC 62/1983, de 11 de julio).

²³ De hecho, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental que más se alega en la interposición de recursos de amparo, lo que ha obligado al TC a restringir los criterios de admisión a aquellos recursos que realmente merezcan un pronunciamiento por su parte.

Pero además, mientras la acción particular puede ser ejercitada por los ciudadanos extranjeros y por las personas jurídicas, la acción popular solo la pueden ejercitar los ciudadanos españoles que no estén incurso en las situaciones de exclusión que prevé la ley.

En cuanto al ámbito objetivo, la acción particular cabe en relación con los delitos públicos y semipúblicos, quedando excluidos los delitos privados. Esto mismo es extrapolable a la acusación popular, si bien no todos los autores admiten su ejercicio en los delitos semipúblicos. Siguiendo con el ámbito objetivo otra diferencia es que el acusador popular solo puede ejercitar la acción penal, mientras que el acusador particular goza además de la acción civil, tal como establece el art. 110 LECrim.

Finalmente y en lo que se refiere a los requisitos formales, estos son más flexibles para el acusador particular que para el acusador popular, una diferencia que se explica por el vínculo más estrecho que une a aquel con el delito, ya antes mencionado. En efecto, el acusador particular no está obligado a formular querrela para constituirse en parte activa del proceso, pues puede hacerlo por medio del denominado ofrecimiento de acciones al que se refiere el art. 109 LECrim²⁴, siempre que sea antes del trámite de calificación del delito²⁵. Además, el acusador particular está exento de prestar fianza, que es un requisito que el art. 280 exige con carácter general para “el particular querellante” pero del que está eximido el ofendido del delito²⁶.

²⁴ En el procedimiento abreviado este ofrecimiento de acciones se regula en el art. 761.2 LECrim

²⁵ El art 110 LECrim fija el trámite de calificación del delito como momento preclusivo para mostrarse parte en la causa. Por tanto, en el procedimiento ordinario deberá realizarse antes del escrito de calificación provisional (art. 649 LECrim); en el procedimiento abreviado, antes del escrito de acusación (art. 780 LECrim), y en el procedimiento por juicio rápido, antes del auto de apertura dl juicio oral (art. 800 LECrim).

²⁶ Así lo dispone el art. 281 LECrim, que además exime a sus herederos o representantes legales; en los delitos de asesinato o de homicidio, al cónyuge del difunto y demás allegados; y a las asociaciones de víctimas y personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima. Ahora bien, a continuación señala que los extranjeros solo estarán exentos cuando así les corresponda en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad. De manera que el acusador popular extranjero que no reúna alguna de estas dos condiciones, aunque sea ofendido por el delito, estará obligado a prestar fianza.

Respecto a la acusación privada, esta es la que ejercita el ofendido en los procesos penales por delitos privados; es decir, perseguibles solo a instancia de parte.

En cuanto a los requisitos subjetivos, a diferencia de la acción popular donde cualquier ciudadano está legitimado para su ejercicio, en la acción privada solo está legitimado el ofendido o, en su caso, su representante legal (art. 215 CP). En estos casos se excluye el ejercicio de la acción por parte del acusador popular y del Ministerio Fiscal²⁷, lo que nos permite afirmar que el acusador privado es la parte necesaria y única. No obstante y a modo de excepción, el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio en dos casos: a) cuando el ofendido sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida (art 105 LECrim), b) cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos (art 215 CP).

Por lo que se refiere al ámbito objetivo, el ejercicio de esta acción se limita únicamente a los delitos privados, que principalmente son los de injuria y calumnia. Así lo establece el art. 215.1 CP, del que se deduce que la ofensa tiene que haberse dirigido contra particulares, ya que si se dirige contra funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio. En cambio, el ámbito objetivo de la acusación popular comprende los delitos públicos en todo caso, y los semipúblicos según la vertiente doctrinal, pero en ningún caso los delitos privados.

Respecto de los requisitos formales, la acción privada coincide con la acción popular en la necesidad de formular querrela. Sin embargo se diferencia de ella en que la querrela debe ir acompañada de dos requisitos de procebilidad adicionales: la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querrellado (art. 278 y 808 LECrim) y, si la injuria o calumnia se hubiese vertido en juicio, la licencia del Juez o Tribunal que hubiera conocido de aquel (art. 215.2 CP). Por último, otra diferencia a destacar es que el acusador privado, en cuanto ofendido por el delito, está eximido de prestar fianza.

²⁷ El art 105 fine dispone que *“En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”*.

4.4. Naturaleza jurídica

El derecho a ejercitar la acción popular es un derecho constitucional de configuración legal.

4.4.1. Derecho constitucional

El derecho a ejercitar la acción popular está reconocido en el art. 125 CE, lo que significa que no es un derecho fundamental y por consiguiente no goza de la protección reforzada del recurso de amparo. No obstante ello no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional haya reconducido este derecho al derecho fundamental previsto en el art. 24 CE, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva. La base argumental de esta doctrina es que el carácter de fundamental no depende de la ubicación sistemática del derecho en cuestión, sino de su conexión material con otros derechos. En este sentido cabe destacar la STC 62/1983, de 11 de julio, donde se dice que *“cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común”*²⁸. Por lo tanto, dado que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, sería posible aplicar al acusador popular las garantías previstas en el segundo apartado del art. 24. El único presupuesto para ello es que se alegue un interés legítimo y personal que pueda ser calificado de *“interés subjetivo”*, pues de lo contrario *“la acción popular ejercitada sólo podría acogerse a la protección del art. 24.1 CE en su dimensión material, cuya protección, únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en error patente”*²⁹.

Esta interpretación según la cual el derecho a la acción popular se halla incardinado en el art. 24 CE ha sido acogida con éxito por la doctrina³⁰. Sin embargo también existe jurisprudencia contradictoria. Uno de los ejemplos más recientes es la STS de 17 de diciembre de 2007³¹, popularmente conocida como “Sentencia Botín”, donde se dice que *“la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho*

²⁸ STC 62/1983, de 11 de julio. FJ 2.

²⁹ STC 79/1999, de 26 de abril. FJ 2.

³⁰ VICENTE GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 31. 1993, op.cit., pág. 89 y 90. y FERNANDO GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, “La acción popular-la acusación particular”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 7, 2010, op.cit., pág.239.

³¹ STS 1045/2007 de 17 de diciembre. FJ 1.

de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE”.

4.4.2. Configuración legal

Los artículos que reconocen el derecho a la acción popular no establecen cuál es su régimen jurídico, sino que requieren de un desarrollo legislativo.

- Art. 125 CE: *“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.*
- Art. 101 LECrim: *“La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.*
- Art. 19.1 LOPJ: *“Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley”.*

No obstante en la práctica, a falta de una ley específica que regule esta materia, ha tenido que ser la jurisprudencia la que determine su contenido, requisitos y límites.

4.5. Fundamento

La doctrina siempre ha discutido acerca del fundamento de esta figura, distinguiéndose dos vertientes.

- Por un lado hay quien entiende la acción popular como un instrumento democrático que permite al ciudadano participar activamente en la Administración de Justicia.
- Mientras que otro sector doctrinal considera que el fundamento se halla en el recelo o suspicacia hacia el Ministerio Fiscal, con el peligro que supondría atribuir a este órgano el monopolio de la defensa de los intereses públicos, especialmente cuando se trata de delitos sensibles al poder ejecutivo, principalmente delitos de corrupción.

Esta discusión quedó zanjada – al menos de momento – por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1045/2007 – Caso Botín- en la que el Alto Tribunal, discrepando con la sentencia recurrida y con las acusaciones populares -que eran partidarias de la segunda

vertiente-, se decanta por la primera al afirmar que *“el fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.”*

5. REQUISITOS

5.1. Requisitos objetivos

5.1.1. Ámbito ordinario

Presupuesto fundamental para poder ejercitar la acción penal es que se hayan cometido unos hechos con apariencia delictiva, es decir, hechos que sean subsumibles en alguno de los tipos penales que contempla el Código Penal. Sin embargo, y tratándose de la acción popular, esta es una condición necesaria pero no suficiente, porque además se requiere que ese delito sea público, es decir, perseguible de oficio.

La mayoría de los delitos previstos en nuestro ordenamiento son de carácter público, y su fundamento se encuentra en el perjuicio que su comisión ocasiona a la sociedad en su conjunto: como toda la sociedad resulta perjudicada, el Estado y cualquiera de sus ciudadanos puede iniciar el proceso. El TS, en la sentencia Atutxa³², delimita el ámbito de intervención del acusador popular al disponer que el ámbito donde despliega su *“función genuina”* es el de los delitos que afecten *“a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual”*, que son aquellos en los que la visión del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser compartido por cualquier persona física o jurídica.

Por lo que se refiere a los delitos semipúblicos –aquellos que solo son perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, pero en los que una vez cumplido este requisito es posible la actuación del Ministerio Fiscal- existen posturas a favor y en contra de admitir el ejercicio de la acción popular. Autores de gran prestigio como GIMENO SENDRA,

³² STS 687/2008 de 8 de Abril de 2008. FJ 1º.

GÓMEZ ORBANEJA o MONTERO AROCA³³ reservan la acusación exclusivamente al ofendido por el delito, vetando la entrada a los acusadores populares en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, que este tipo de delitos solo es perseguible a instancia del agraviado; y en segundo lugar, que el perdón de este último extingue la acción penal. Sin embargo la postura mayoritaria hoy en día es la defendida, entre otros, por GONZÁLEZ MONTES, PÉREZ GIL, JIMÉNEZ CARDONA³⁴, y la propia Fiscalía General del Estado³⁵, que entienden que, una vez interpuesta la denuncia, el proceso seguiría el mismo cauce que si se tratase de un delito público y por tanto sería válida la eventual incorporación al mismo de un acusador popular. Dicho con otras palabras, el monopolio que tiene el ofendido sobre el proceso se limita únicamente a su incoación, pero una vez que este se ha puesto en marcha nada impide que un tercero se constituya como parte acusadora. El principal argumento en el que se apoyan es que la ley no lo prohíbe expresamente, y además el art. 101 LECrim reconoce abiertamente que la acción penal es pública.

5.1.2. Exclusiones

La acción popular, a pesar de su carácter público, no puede ejercitarse siempre, sino que existen supuestos de exclusión, ya sea por razón del tipo delito, de la jurisdicción, o del fuero especial del acusado.

En primer lugar, no cabe el ejercicio de la acción popular en relación con delitos privados. Así se desprende del art. 104 LECrim cuando dice que “*Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria – en definitiva, delitos privados –, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas ni en manera distinta que las previstas en el Código Penal*”. Esta exclusión se fundamenta en el pleno poder de disposición que tiene el agraviado en este tipo de delitos, tanto para poner en marcha el procedimiento por medio de querrela, como para ponerlo fin mediante renuncia, abandono o perdón. Si el Ministerio Fiscal no puede ejercitar acciones en este ámbito³⁶, menos aún podrá hacerlo un tercero.

³³ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op.cit., pág. 414.

³⁴ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op.cit., pág. 415.

³⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989

³⁶ Art 105.1 LECrim

Tampoco es posible la actuación del acusador popular en las causas competencia de la jurisdicción militar, ante la jurisdicción de menores, y en el supuesto contemplado en el art. 102.2 CE.

- Respecto de la jurisdicción militar, la Ley Orgánica 4/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en su art. 87, atribuye con carácter general el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía Jurídico Militar. Por su parte, el art. 108 reconoce la acción particular a los perjudicados por unos hechos cuyo enjuiciamiento deba seguirse ante la jurisdicción militar. La redacción originaria exigía además que entre el acusador particular y el acusado no existiese una relación jerárquica de subordinación, pero este requisito fue derogado tras ser declarado inconstitucional³⁷. En este caso, la exclusión de la acción popular se justifica por el bien jurídico protegido: los intereses del Ejército³⁸. Aunque PÉREZ GIL³⁹, a falta de prohibición expresa, se pregunta si sería admisible el ejercicio de la acción popular en este tipo de procesos al amparo de la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica Procesal Militar⁴⁰.
- En cuanto a la jurisdicción de menores, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores reconoce al Ministerio Fiscal un amplio margen de actuación en este tipo de procedimientos, atribuyéndole la iniciativa procesal, el conocimiento de la fase instructora y la defensa de los derechos del menor. Asimismo, en el art. 25, permite el ejercicio de la acción particular a los ofendidos por el delito, y en caso de que estos sean incapaces o menores de edad, a sus padres, sus herederos o sus representantes legales. Pero no reconoce esta posibilidad a los

³⁷ STC 179/2004, de 21 de octubre en la que el TC resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad por la posible vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

³⁸ JOSE LUIS BERMÚDEZ DE LA FUENTE, *Las partes en el proceso penal militar*, en SÁNCHEZ GUZMÁN, E., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (LO 4/1987 y LO 2/1989)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, op.cit., pág. 587.

³⁹ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op.cit., pág. 421.

⁴⁰ Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar: "*La Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente Ley*".

particulares no ofendidos por el delito, sin perjuicio del deber que les impone el art. 16 de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos presuntamente cometidos por un menor de dieciocho años de los que tuvieran noticia. La propia Exposición de Motivos establece que “*no existe aquí (...) la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor*”. A esta justificación del legislador se une la justificación de la doctrina, que atiende a la finalidad de este tipo de procesos. En efecto, los procesos de menores se rigen por el interés superior del menor y tienen una finalidad educativa más que sancionadora; de manera que la superposición de intereses privados de un tercero no ofendido por el delito podría desvirtuar ese fin instructivo y resocializador.

- Por último existe un supuesto muy específico en el que tampoco sería posible el ejercicio de la acción popular. Se trata de los delitos de traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado cometidos por el Presidente o los demás miembros del Gobierno en el ejercicio de sus funciones. En estos casos el art. 102.2 de la Constitución reserva la iniciativa para acusar a la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

Se trata de un requisito de procedibilidad⁴¹ cuyo fundamento se encuentra, según GÓMEZ ASPE, en el “*carácter marcadamente político*” de la responsabilidad imputada, que exige que sea el propio Poder Legislativo el que, con criterios también políticos, valore la procedencia de acusar a los más altos responsables de la Nación por unos delitos extremadamente graves cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas. Como vemos, es un fundamento distinto al de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria, cuya finalidad es garantizar la libertad e independencia de los parlamentarios frente a procesos espurios⁴².

⁴¹ LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, en su obra “*La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*” (pág. 12) afirma que el art. 102.2 de la Constitución establece una genuina condición de procedibilidad, de manera que a falta de iniciativa del Congreso, está constitucionalmente prohibido acusar a un miembro del Gobierno por hechos constitutivos de traición o de delito contra la seguridad del Estado.

⁴² SUSANA GÓMEZ ASPE, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 105, 1999, op.cit., pág. 345.

En cuanto a la admisibilidad de la acusación popular en este ámbito, el Tribunal Supremo, mediante Auto de fecha 19 de mayo de 1999, estableció que solo el Congreso de los Diputados está facultado para ejercer la acusación contra el Presidente y demás miembros del Gobierno por los delitos que se indican en el art. 102.2, vetando la entrada al acusador popular, sobre la base de que el art. 125 *“no reconoce la acción popular con amplitud tan incondicionada que no quepa establecer excepciones al ejercicio de ese derecho, por ejemplo, para garantizar la efectividad de otro mandato constitucional, como es en este caso el previsto en el artículo 102.2 de la Norma Fundamental”*⁴³

No obstante hay autores como OBREGÓN GARCÍA que interpretan el art. 102.2 CE en el sentido de que al Congreso de los Diputados solo le corresponde la iniciativa, de manera que una vez tomada esta, el ejercicio de la acción penal correspondería al Ministerio Fiscal, pudiendo hacerlo asimismo el acusador popular⁴⁴.

5.1.3. Responsabilidad civil

El art. 100 LECrim⁴⁵ permite acumular la acción penal y la acción civil en un mismo procedimiento. Pero esta posibilidad hemos de entenderla atribuida al perjudicado por el delito, y no al acusador popular.

Es cierto que este supuesto de exclusión no está expresamente contemplado en la ley, lo cual se debe según PÉREZ GIL a que el legislador no pretendía que el acusador desempeñase un papel relevante más allá de la mera iniciación⁴⁶. Pero su exclusión deriva de la propia naturaleza de la acción popular: si el acusador popular actúa defendiendo intereses generales, abstractos o metaindividuales, sin haber resultado perjudicado por el delito, no tiene sentido que solicite una pretensión civil cuya misión es reparar el daño

⁴³ Sinopsis del art. 102 de la Constitución, realizada por ERNESTO GARCÍA TREVIJANO (2003); y actualizada por VICENTE MORET (2011) y LUIS MANUEL MIRANDA (2016).

⁴⁴ ANTONIO OBREGÓN GARCÍA, *La responsabilidad criminal de los miembros del gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, op.cit., pág. 83-92.

⁴⁵ Art. 100 LECrim: *“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*.

⁴⁶ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 338.

causado. Dicho con otras palabras, la acción civil se reserva al perjudicado por el delito – ya sea acusador particular o privado –, pero no al acusador popular que no puede solicitar la restitución, reparación, o indemnización de un daño que no ha recaído directamente sobre él. Por otro lado su exclusión también puede deducirse del sentido común, pues si cualquier ciudadano pudiera acusar a una persona de un delito y solicitar una compensación por ello, su utilización sería más fraudulenta y abusiva de lo que por sí ya es.

Toda esta argumentación doctrinal ha sido compartida por la jurisprudencia en varias sentencias.

- Destaca por ejemplo la SAN 1/1991, donde se dice que *“si la acción penal es pública (art. 125 CE, art. 19.1 LOPJ, art. 101 LECrim), la civil solamente podrá ejercitarse por los perjudicados (art. 110 LECrim) o por el Ministerio Fiscal, junto con la primera (art. 108), por lo que la acusación popular carece de legitimación para dicho ejercicio⁴⁷”*.
- Otro ejemplo de ese mismo año es la STC 193/1991 de la que ya hemos hablado anteriormente a propósito del art. 113 LECrim y la colocación de varias acusaciones bajo una misma dirección y representación procesal. En ella se dice que *“las posiciones de la acusación particular y de la acusación popular no son idénticas, pues, de una parte, mientras el acusador particular, en cuanto perjudicado por el hecho delictivo, puede acumular el ejercicio de las acciones penales y civiles, la acusación popular debe limitarse necesariamente al ejercicio de la acción penal⁴⁸”*.

No obstante todo lo anterior, existe un supuesto en el que la jurisprudencia sí ha permitido el ejercicio de la acción civil por parte de la acusación popular. Se trata aquellos supuestos en los que el interés que se defiende es un interés difuso, que no tiene un depositario específico, y donde *“la colectividad humana se halla interesada⁴⁹”*. Es lo que ocurría por ejemplo en el famoso caso del aceite de Colza, donde el Tribunal Supremo distingue *“entre lo que debe considerarse en sentido amplio por acción popular y aquellas acciones o pretensiones, como la aquí*

⁴⁷ SAN 1/1991 de 20 de septiembre.

⁴⁸ STC 193/1991, de 14 de octubre. FJ 3.

⁴⁹ STS 2235/1993, de 1 de abril. FJ 3. En esta sentencia, el TS legitima al Fondo Asturiano para la Protección de los Animales Salvajes, para exigir una indemnización por un delito de caza en el que murió un oso.

*examinada, que tienen un anclaje más directo con unos intereses inicialmente difusos pero que a la larga se traducen en intereses perfectamente individualizables*⁵⁰.

5.2. Requisitos subjetivos

5.2.1. Personas físicas

Del art.101 LECrim se deduce que cualquier ciudadano, con independencia de que haya sido o no ofendido por el delito, está legitimado para el ejercicio de la acción popular. Sin embargo, la ley exige como requisitos: poseer la nacionalidad española y no estar incurso en alguna de las causas de exclusión a las que se refieren los arts. 102 y 103 LECrim.

Respecto de la nacionalidad, aunque el art. 125 CE se refiere a los ciudadanos en general, solo pueden ejercitar la acción popular los ciudadanos que posean la nacionalidad española, quedando excluidos los extranjeros (arts. 17 y ss CC). Así se desprende de los art. 101 y 270 LECrim, que se refieren a los “*ciudadanos españoles*”; y del art. 19.1 LOPJ, que alude a los “*ciudadanos de nacionalidad española*”.

En efecto, los ciudadanos extranjeros solo podrán ejercitar la acción penal como perjudicados, esto es, cuando el delito se haya cometido contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, y siempre que lo hagan mediante querrela y prestando la correspondiente fianza, salvo que estuvieran exentos por el principio de reciprocidad o en virtud de tratado internacional⁵¹. Esta diferenciación entre nacionales y extranjeros se explica por la propia esencia de la acción popular, esto es, defender los intereses públicos de la comunidad, entendiendo que en el caso de los extranjeros el ejercicio de la acción penal obedece a intereses particulares, dada su menor vinculación con esa comunidad.

No obstante esta justificación, existen voces críticas partidarias de reconocer este derecho también a los extranjeros que reúnan ciertas condiciones, como por ejemplo ser residentes en España o tener aquí familia, inmuebles, o el núcleo de su actividad o intereses

⁵⁰ STS 5661/1997, de 26 de septiembre.

⁵¹ Arts. 270 y 281 LECrim

económicos. Pues de lo contrario se podría vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto el art. 24.1 CE se refiere a “*todas las personas*”⁵².

Esta exclusión resulta llamativa en el marco de la Unión Europea, pues el art.18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, y el art. 21 reconoce la ciudadanía de la Unión a todas las personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro. Sin embargo, el reconocimiento de la acción popular a los ciudadanos extranjeros nacionales de un Estado miembro produciría un efecto paradójico: la posibilidad de ejercitar en España un derecho que no les está reconocido en su país de origen⁵³.

Finalmente y a modo de conclusión podemos afirmar que el requisito de la nacionalidad española es, en palabras de JIMÉNEZ CARDONA, “*una reminiscencia histórica, fruto de una anacrónica adaptación legislativa, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal española data de 1882 y por aquel entonces, debido a la escasez de movimientos migratorios, existía una estricta vinculación entre los términos ciudadanía y nacionalidad*”⁵⁴.

En segundo lugar el ejercicio de la acción popular exige no estar incurso en ninguna de las causas de exclusión que contemplan los arts. 102 y 103 LECrim. La doctrina clasifica estas prohibiciones en absolutas y relativas:

- Las prohibiciones absolutas son las previstas en el art. 102, que impiden el ejercicio de la acción popular en todo caso, con independencia del tipo de persona o del tipo de delito.
- Mientras que las prohibiciones relativas son las previstas en el art. 103, que afectan a personas que en principio sí que gozan del derecho a ejercitar la acción popular, pero que, en el caso concreto, dada su vinculación con el acusado, tienen prohibido hacerlo. De manera que estaríamos más bien ante un supuesto de incompatibilidad.

⁵² PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág.348.

⁵³ JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, op.cit., pág. 319.

⁵⁴ NOEMÍ JIMÉNEZ CARDONA, *La acción popular en el sistema procesal español*, Universidad de Barcelona, 2014, op.cit., pág. 60.

De conformidad con el art. 102 LECrim, no podrán ejercitar la acción penal:

A. En primer lugar, el que no goce de la plenitud de derechos civiles, es decir, el que carezca de capacidad de obrar. Sin embargo la razón por la que se les excluye no es tanto una cuestión de capacidad como de legitimación. En efecto, si se tratase de una simple carencia de capacidad ésta podría ser suplida por los representantes legales, pero en nuestro caso esta opción es inútil⁵⁵. Según lo dispuesto en el Código Civil, se entiende que no gozan de plenitud de derechos civiles:

- Los menores de edad. Respecto de los menores emancipados, J.PÉREZ GIL se posiciona a favor de reconocerles el ejercicio de esta acción en base al art. 323 CC, que habilita al menor emancipado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, al mismo tiempo que le reconoce la facultad de comparecer por sí solo en juicio⁵⁶.
- Los incapacitados mediante sentencia judicial firme.
- Los declarados judicialmente pródigos.

En este caso y en el anterior, la doctrina critica la excesiva rigurosidad de la ley, pues en este ámbito el órgano judicial no puede modular el alcance de la incapacitación o de prodigalidad. Es decir, que aunque la limitación de la capacidad sea mínima, el afectado por la sentencia será privado de este derecho en todo caso⁵⁷.

- Los concursados y condenados a pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público o de inhabilitación para el ejercicio de determinados derechos.

En realidad aquí no tendría cabida la exclusión del art. 102.1 LECrim. En el caso de los concursados, porque según el art. 172.2.2 Ley 22/2003 Concursal, la sentencia que califique el concurso como culpable inhabilitará al concursado para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. De manera que el concursado no se vería privado de la plenitud de sus derechos civiles. Y por lo que

⁵⁵ Como señala MONTERO AROCA, el representante legal puede ejercitar la acción popular por sí mismo, sin necesidad de acudir a la representación.

⁵⁶ PÉREZ GIL., *La acusación popular*, op.cit., pág. 362.

⁵⁷ JUAN SALVADOR SALOM ESCRIVÁ, “La querrela”, *Justicia*, nº 2, 1996, op.cit., pág. 401.

se refiere a la inhabilitación especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de determinados derechos, tampoco estamos ante una privación de la totalidad de los derechos civiles, solo de los que en cada caso se indiquen en la sentencia. No obstante, PÉREZ GIL considera que cuando se trate de delitos contra la Administración de Justicia, la sentencia condenatoria debería establecer como pena accesoria la privación expresa de la facultad de acusar.

- B. En segundo lugar, el que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas. Es decir, que no pueden deducir acción popular: *“Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación”*⁵⁸.

Esta causa de exclusión responde a la desconfianza que generan aquellas personas que, con dolo y mala fe, acusan a personas inocentes, perdiendo así su credibilidad de cara a la Justicia. Precisamente por ello, si nos atenemos a esta justificación, cabría plantearse la necesidad de ampliar este impedimento para dar cabida a delitos que también ponen en duda la credibilidad de su autor, tales como la simulación de delitos o el falso testimonio, tipificados respectivamente en los arts. 457 y 458 CP.

- C. En tercer lugar, el Juez o Magistrado. Esta exclusión la encontramos también en el Derecho romano y en las Siete Partidas⁵⁹, y su fundamento reside en la desconfianza que sentía el legislador decimonónico hacia la figura del Juez. En este sentido, cabe recordar que durante toda la Edad Media el sistema procesal español había sido un sistema inquisitivo, en el que las funciones de acusar y enjuiciar recaían en el Juez, con el consiguiente perjuicio que ello suponía para los derechos y garantías del acusado. De ahí que a finales del s. XIX el legislador optara por excluir a los Jueces del ejercicio de la acción popular, blindando el sistema acusatorio mixto en aras de una mayor objetividad e independencia judicial. Por el contrario hay autores como AGUILERA

⁵⁸ Art 456 CP, que tipifica el delito de acusación y denuncia falsa.

⁵⁹ L. 2, T. I, P. VII: *“E aquellos que non pueden acusar son... el Alcalde, o Merino, o otro Adelantado que tenga oficio de Justicia”*.

DE PAZ⁶⁰ que sostienen que los Jueces merecen ser excluidos por razón del prestigio y respeto que merecen sus cargos. Sin embargo de ser este el fundamento, también habría que prohibir el ejercicio de esta acción a los fiscales y políticos.

Por lo demás, la doctrina se ha preguntado si también alcanza esta exclusión a los Jueces y Magistrados que se encuentran jubilados o en las situaciones que describe el art. 348 LOPJ -servicios especiales, excedencia voluntaria o forzosa, y suspensión de funciones-, duda que se ha resuelto en sentido afirmativo⁶¹.

Una vez vistas todas estas excepciones hay que tener en cuenta las excepciones que prevé el propio art. 102 LECrim en sus apartados 2 y 3.

- El apartado 2 permite ejercitar la acción popular a quienes se encuentren en las situaciones anteriores, cuando el delito se hubiese cometido contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.
- Y el apartado 3 permite ejercitar la acción a los condenados dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas y a los Jueces o Magistrados, cuando el delito se hubiese cometido contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.

Ambas excepciones resultan lógicas. En el primer caso, porque las personas afectadas actuarían como acusadores particulares. Y en el segundo caso, porque la situación que describe no es tanto una acusación popular como una falta de capacidad procesal que debe ser suplida por la persona a quien corresponde la guarda legal.

⁶⁰ Cfr: ENRIQUE AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924, op.cit., pág. 534.

⁶¹ PÉREZ GIL., *La acusación popular*, op.cit., pág. 371: “El que no se encuentren en servicio activo no es óbice para que el Juez en situación de servicios especiales, excedencia o suspensión siga siendo Juez o Magistrado, por lo que atendiendo al hecho de que no se abandona esta condición, la incapacidad para deducir la pretensión debe seguir operando sobre ellos y no cabría el ejercicio por su parte de la acusación a no ser en calidad de ofendidos por el delito”.

Ello por lo que se refiere a las prohibiciones absolutas o incapacidades. En cuanto a las prohibiciones relativas o incompatibilidades hay que estar a lo dispuesto en el art. 103 LECrim, que prohíbe ejercitar acciones penales entre sí a dos categorías de personas por motivos relacionados con el parentesco. El fundamento de esta prohibición hemos de encontrarlo en razones morales y religiosas así como en la necesidad de proteger la paz de las familias.

Según este art.103 LECrim, no pueden ejercitar entre sí la acción popular:

En primer lugar, los cónyuges. En este caso habría que añadir a los fundamentos mencionados anteriormente, los deberes conyugales, en especial el deber de respeto mutuo. Sin embargo, el propio art. 103 establece a continuación tres supuestos en los que sí cabe el ejercicio de la acción:

- Cuando el delito lo hubiese cometido el uno contra la persona del otro, ya que en este caso el cónyuge ofendido actuaría en calidad de acusador particular.
- Cuando el delito lo hubiese cometido uno de ellos contra la persona de sus hijos, que no tiene por qué ser comunes sino que basta con que lo sean del acusador. En este caso también nos hallaríamos ante una acción particular, con la peculiaridad de que el legislador ha querido ampliar el concepto de “ofendido” incluyendo dentro del mismo a los progenitores.
- Cuando se trate del delito de bigamia. La redacción originaria incluía también los delitos de amancebamiento y de bigamia, pero el art. 3.3 de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal eliminó la referencia a ellos al haber sido derogados por medio de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

Por lo demás, el art 103 LECrim establece que tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad. Esta causa de exclusión ya existía en el Derecho romano y en las Siete Partidas, donde se decía que *“No puede hacer acusación (...) ni el hijo o el nieto al padre o al abuelo, ni el*

*hermano a sus hermanos*⁶². Por lo tanto el impedimento existía únicamente en la línea recta ascendente y entre hermanos, pero no en la línea descendente.

No obstante, las personas que acabamos de indicar sí que podrán acusarse cuando el delito hubiese sido cometido los unos contra las personas de los otros, pues de nuevo en este caso nos hallaríamos ante una acción particular.

5.2.2. *Personas jurídicas*

En la actualidad ya nadie duda de que las personas jurídicas están legitimadas para ejercitar la acusación popular. Sin embargo en un primer momento no fue así. El principal argumento en contra de su reconocimiento era que los arts. 125 CE y 101 LECrim empleaban el término “*ciudadanos*” para referirse a los titulares de esta acción. Pero esta interpretación resultaba inconstitucional pues suponía someter el derecho fundamental de asociación a límites distintos de los que prevé el art. 22 CE⁶³. Y según señala MONTERO AROCA, “*en la posible contradicción entre dos artículos de la Constitución, debe estarse a favor de aquel que contenga un derecho fundamental*”⁶⁴. En consecuencia, el TC en su sentencia 53/1983, de 20 de junio, estableció que “*Si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas» tanto a las físicas como a las jurídicas*”. Esta sentencia se refería a la legitimación de las personas jurídicas para interponer un recurso un amparo. Pero posteriormente, de manera más específica a nuestro objeto de estudio, el TC reconoció que “*no hay razón que justifique una interpretación restrictiva del término ciudadano previsto en el art. 125 C.E. y en las normas reguladoras de la acción popular. Por tanto, no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares*”⁶⁵.

⁶² L. 2, T. I, P. VII. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>

⁶³ El art 22 CE solo excluye las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, las asociaciones secretas, y las asociaciones de carácter paramilitar.

⁶⁴ MONTERO AROCA., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal.*, op.cit., pág. 81.

⁶⁵ STC 34/1994 de 31 de enero. FJ 3.

Sin embargo este reconocimiento es distinto según la naturaleza pública o privada de la persona jurídica.

En el caso de las personas jurídico – públicas existe unanimidad en cuanto a reconocerles la titularidad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en calidad de acusadores particulares por los delitos en los que hayan resultado ofendidas. De hecho, el Título XIX del Código Penal lleva por rúbrica “*Delitos contra la Administración Pública*”. Sin embargo no ocurre lo mismo con la acusación popular, y tanto la jurisprudencia como la doctrina niegan su legitimación sobre la base de dos argumentos.

- El primero de ellos es que el término “*ciudadanos*” que emplea el art. 125 CE se refiere únicamente a las personas privadas, independientemente de si son físicas o jurídicas. Así lo estableció el TC en su sentencia 129/2001, de 4 de junio, en la que además añade que no es posible “*la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política*”⁶⁶.
- Por otro lado, su admisión conllevaría un solapamiento de funciones con el Ministerio Fiscal, en la medida en que existirían dos órganos públicos promoviendo el interés de la sociedad. Estaríamos en palabras de PÉREZ GIL ante una “*contradictio in terminis*”, pues la esencia de la acusación popular es permitir a un sujeto privado ejercer una facultad estatal⁶⁷. En esta misma línea se pronuncia la STS 1007/2013 de 26 de febrero de 2013, en la que el TS señala que “*La acción popular, es una concesión a la participación del pueblo en la Justicia; no a la participación de más poderes en la Justicia*”⁶⁸. Además, desde el punto de vista de las garantías procesales, el ejercicio de la acción popular por un ente público sometería al acusado a un mayor riesgo de indefensión, dado el mayor poder económico, político y mediático de la contraparte. A lo que se sumaría la “*politización de la justicia*” –utilizando su ejercicio con fines políticos o electoralistas–, el derroche de fondos públicos, y un largo etcétera de efectos negativos⁶⁹.

Sin embargo existe una excepción a todo lo expuesto anteriormente. Y es que una persona jurídico–pública sí que gozará del derecho a personarse en una causa como acusación

⁶⁶STC 129/2001, de 4 de junio. FJ 4.

⁶⁷ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 402.

⁶⁸ STS 1007/2013, de 26 de febrero. FJ 5.

⁶⁹ JIMÉNEZ CARDONA, *La acción popular en el sistema procesal español*, op.cit., pág. 62

popular cuando así le esté reconocido expresamente en una norma de rango legal⁷⁰. El origen de esta excepción se encuentra en la STC 311/2006, de 23 de octubre, en la que el TC estimó el recurso de amparo interpuesto por la Comunidad de Valencia contra el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia por el que se denegaba la personación al Gobierno de la Generalitat Valenciana como acusador popular en un procedimiento del Tribunal de Jurado por presunto delito de homicidio. El TC, en el fundamento jurídico cuarto, se remite a su jurisprudencia anterior⁷¹ en la que afirma que *“corresponde a la Ley procesal, determinar (...) los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado”*. Y en el presente caso, dicho reconocimiento existía, tal como se desprende del art. 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril⁷².

En definitiva, que las Administraciones Públicas estarán legitimadas para el ejercicio de la acción popular cuando así se lo haya reconocido expresamente una norma de rango legal, aunque se trate de una norma autonómica⁷³. Esta línea interpretativa puede suscitar dudas en cuanto a su constitucionalidad, pues el art. 149.1.6º CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación procesal. Sin embargo el TC ha declarado que aunque el Juez tenga dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto autonómico que atribuye legitimación a un ente público, lo que tiene que hacer es plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, no inaplicar la ley⁷⁴.

Finalmente hemos de hacer referencia a dos preceptos de la legislación estatal que reconocen el ejercicio de la acción popular a las entidades públicas. El primero de ellos es

⁷⁰ En este sentido cabe recordar, como hace la STS 1007/2013 de 26 de febrero de 2013, que la acusación popular es un derecho de configuración legal, y que por tanto su extensión subjetiva depende de la normativa de desarrollo.

⁷¹ STC 175/2001, de 26 de julio. FJ 8.

⁷² Art 36 Ley 9/2003 para la igualdad entre mujeres y hombres: *“La Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana”*.

⁷³ Esta doctrina también aparece recogida en la STC 8/2008, de 21 de enero, y en la STC 18/2008, de 31 de enero, en las que se resuelven sendos recursos de amparo planteados por el Gobierno de Cantabria.

⁷⁴ STC 311/2006. FJ 5.

el art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁵, que atribuye dicha acción al titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer. Y el segundo, es el art. 109 bis.3 LECrim, que de manera más genérica, reconoce la facultad de ejercitar la acción penal a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, aunque condiciona esta legitimación a que la propia víctima haya prestado su consentimiento⁷⁶.

Tratándose de personas jurídico – privadas, una vez superada la interpretación del término “ciudadano”, no existe impedimento alguno para que puedan ejercitar la acusación popular. De hecho, dado que la acción popular tiene como misión genuina la persecución de aquellos delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual⁷⁷, hemos de entender lógico su ejercicio por parte de las asociaciones para la defensa de intereses colectivos o difusos a las que se refiere el art. 11 LEC.

Sin embargo el problema surge cuando la acción es ejercitada por partidos políticos o asociaciones constituidas ad hoc para la defensa de intereses particulares. En el caso de los partidos políticos, la doctrina se muestra dividida. Autores como PÉREZ GIL⁷⁸ están a favor de reconocerles legitimación entendiendo que su exclusión supondría una discriminación respecto del resto de asociaciones. Argumenta también este autor que existen delitos, como por ejemplo los delitos electorales, que encajan perfectamente con la esencia de la acción popular, esto es, delitos donde el bien jurídico lesionado es de carácter metaindividual. Para terminar alegando que su exclusión propiciaría supuestos de fraude

⁷⁵ Art 29.2 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: “*Ley El titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia*”.

⁷⁶ Este artículo fue incorporado por medio de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima.

⁷⁷ Caso Atutxa: STS 687/2008 de 8 de abril de 2008.

⁷⁸ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 395.

procesal sirviéndose el partido en cuestión de un tercero, como por ejemplo un militante o dirigente, que actuase siguiendo las instrucciones del partido. Sin embargo, como veremos más adelante, las perspectivas de reforma abogan por negar a los partidos políticos el ejercicio de esta acción, en la medida en que la práctica procesal revela un ejercicio de la misma inadecuado que atiende a fines espurios, electoralistas o de desgaste político; en definitiva, fines manifiestamente contrarios a los propios de esta figura.

5.3. Requisitos formales

El ejercicio de la acción popular exige los siguientes requisitos formales:

- La personación en el proceso por medio de querella.
- La prestación de una fianza.
- La intervención por medio de abogado o procurador, es decir, la postulación.

5.3.1. Querella

El requisito de la querella se encuentra en el art 270 LECrim, según el cual, “*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley.*” No obstante esta posibilidad está limitada temporalmente, pues el art. 110 LECrim fija como momento preclusivo el trámite de calificación del escrito.

Esta regulación fue objeto de algunas críticas al entender que era discriminatoria, en el sentido de que a los ofendidos por el delito no se les exige este trámite para poder deducir su pretensión penal. Por eso el TS ha reconocido al acusador popular la posibilidad de constituirse en parte del proceso, cuando éste ya está iniciado, sin necesidad de formular querella “*al poderse considerar la personación como simple intervención procesal adhesiva o de coadyuvante*”⁷⁹. Por lo que podemos afirmar que esta línea jurisprudencial supone extender al

⁷⁹ STS 10441/1995 de 3 de junio de 1995. FJ 2.

acusador lo previsto en el art.761.2 LECrim⁸⁰ para el acusador particular, esto es, la posibilidad de incorporarse al proceso de forma adhesiva, sin necesidad de querrela. Sin embargo también hay que valorar las limitaciones que entraña este reconocimiento, y que consisten básicamente en una falta de autonomía procesal. Y es que en estos casos el acusador popular no ejercita una acción autónoma, sino que queda sometido a la acusación sostenida por la parte en cuestión, sin poder modificar la calificación, los medios de prueba o las penas. Cuestiones estas que llevan a la doctrina a preguntarse si se trata de un verdadero ejercicio de la acción penal, y en ese caso, si en realidad estamos ante una acción popular⁸¹.

5.3.2. Fianza

El segundo requisito que se exige al acusador popular es el previsto en el art. 280 LECrim: la prestación de una fianza “*de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio*”.

En cuanto a la finalidad de la fianza, tradicionalmente se ha entendido como una forma de evitar el ejercicio fraudulento de la acción popular, y su instrumentalización para verter acusaciones infundadas o espurias, tratándose por tanto de una garantía de la buena fe del acusador. En este sentido observamos una importante evolución respecto de las regulaciones históricas a las que hemos hecho referencia en el capítulo 2, donde la garantía consistía en someter al acusador calumnioso a la pena solicitada para el acusado (Ley del Talión). Sin embargo, en el contexto actual, junto a esta finalidad aparece otra con más fuerza: la de responder de las resultas del juicio (art. 280 LECrim fine).

Teniendo en cuenta lo anterior, el TS ha dispensado de prestar fianza al acusador popular cuando se incorpora a un proceso pendiente al amparo de los arts. 109 y 110 LECrim,

⁸⁰ Art. 761.2: “*Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, el Secretario judicial instruirá al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle*”.

⁸¹ JIMÉNEZ CARDONA, *La acción popular en el sistema procesal español*, op.cit., pág. 68.

afirmando que si “*Su finalidad es constituir freno a la acusación calumniosa y asegurar posibles responsabilidades, por lo que en un proceso no puesto en marcha por él carece de sentido*”⁸².

La constitucionalidad de la fianza ha sido hartamente debatida, de ahí que la jurisprudencia del TC sobre este aspecto sea muy abundante.

Amén de lo anterior se ha discutido su compatibilidad con el art. 24.1 CE, a lo que el TC ha respondido que la exigibilidad de esta garantía no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho de acceso al proceso, siempre y cuando “*su cuantía, en relación con los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio*”.⁸³ Por lo tanto la eventual vulneración del art. 24.1 CE solo puede venir determinada por la proporcionalidad de la cuantía, es decir, por su adecuación a la capacidad económica del acusador. En este sentido, el art. 20.3 LOPJ –fruto de aquella interpretación jurisprudencial– dispone que “*No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita*”.

Desde el punto de vista subjetivo también se ha generado controversia. El art. 280 LECrim se refiere a los “*particulares querellantes*” en general, si bien el artículo siguiente exime de este requisito al ofendido, herederos y representantes legales, la familia allegada de la víctima en los delitos de homicidio o asesinato, y las asociaciones de víctimas. Y a continuación añade que estas exenciones no son aplicables a los extranjeros, “*si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad*”. De todo ello se desprende que están obligados a prestar fianza el acusador popular y los extranjeros, incluso cuando actuaran en el ejercicio de la acusación particular, quedando dispensados el resto de acusadores particulares, el acusador privado y el Ministerio Fiscal. Esta disparidad de trato ha sido avalada por el TC, que no ha considerado que exista discriminación al basar esa diferencia en la ausencia de un interés directo en el asunto⁸⁴.

La omisión de este requisito produce como efecto la inadmisión de la querrela, aunque tal efecto puede subsanarse si el acusador presta la fianza tras ser requerido judicialmente.

⁸² STS 12839/1992 de 12 de marzo. FJ 1.

⁸³ SSTC 62/1983 de 11 de julio, 113/1984 de 29 de noviembre, 147/1985 de 29 de octubre y 326/94 de 12 de diciembre.

⁸⁴ SSTC 62/1983 de 11 de julio, FJ. 4, 113/1984, de 29 de noviembre, FJ 2, 147/85 de 29 de octubre, FJ 3 y 326/94 de 12 de diciembre, FJ. 2.

Ahora bien, si el acusador no responde a este requerimiento quedaría sujeto a las responsabilidades que hubiese podido contraer, sin perjuicio de la facultad que tiene el Juez de iniciar un proceso para la persecución de ese mismo delito al amparo del art. 308 LECrim.

5.3.3. Postulación

El art. 277 LECrim, que regula los requisitos formales y materiales o de contenido de la querrela, exige que esta se presente siempre por medio de Procurador con poder bastante y que vaya suscrita por un Letrado. Por lo tanto es necesaria la postulación, requisito que también ha dado lugar a controversias.

En cuanto al tipo de poder del Procurador, un sector de la doctrina cuestiona el requisito de que dicho poder tenga que ser bastante. Algunos de los partidarios de esta postura son MAJADA y PÉREZ GIL, que entienden que bastaría con un poder general para pleitos, sin perjuicio del deber que tendría en este caso el querellante de firmar la querrela y ratificarla frente al Juez⁸⁵.

Por otro lado, el art. 113 LECrim establece que “(...) Siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal”. Es decir, que se habilita al Juez para colocar a los distintos acusadores bajo la defensa del mismo Letrado y la representación del mismo Procurador; ello con el fin de evitar la dilación del proceso mediante la realización de trámites y actos procesales repetitivos y por tanto innecesarios. Sin embargo este artículo ha sido objeto de críticas por entender que atenta contra el derecho a designar libremente abogado, lo que ha obligado al TC a determinar qué requisitos deben concurrir para que el Tribunal puede hacer uso de esta facultad. La STC 193/1991, de 14 de octubre, resuelve un recurso de amparo interpuesto por una víctima del terrorismo y una asociación de víctimas del terrorismo –acusador particular y popular respectivamente en el proceso a quo- por una presunta vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE).

⁸⁵ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 444.

En ella, el TC afirma que la facultad de apreciación del órgano jurisdiccional “*no puede entenderse como meramente discrecional*”, y que para que no se vulnere el derecho de defensa es necesario que exista “*una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias (...) o actos*”⁸⁶.

Finalmente, y en relación con la asistencia letrada, se ha discutido acerca de si el acusador popular puede gozar del beneficio de la asistencia jurídica gratuita. La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita es clara al respecto: “*El derecho a la asistencia jurídica gratuita solo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal*”⁸⁷. Por lo tanto solo reconoce este derecho al acusador particular, y no al acusador popular, que si bien actúa en defensa de intereses ajenos, no actúa como representante legal. También en este ámbito la doctrina se muestra dividida. Autores como MONTERO AROCA⁸⁸ o GIMENO SENDRA⁸⁹ consideran que este precepto es inconstitucional, pues el art. 119 CE establece que la justicia será gratuita, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Además, el art. 20.3 LOPJ al que hemos hecho referencia anteriormente al hablar de la fianza, dispone que el ejercicio de la acción popular será siempre gratuita. Por el contrario PÉREZ GIL⁹⁰ es un firme defensor de la exclusión de este derecho al acusador popular, esgrimiendo como argumentos que no tiene sentido actuar defendiendo los intereses públicos cuando es precisamente ese público quien lo va a sufragar, y que resultaría un gasto doble teniendo ya otro órgano – el Ministerio Fiscal – con esa misma función y sufragado con dinero público.

⁸⁶ STC 193/1991 de 14 de octubre

⁸⁷ Art. 3.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁸⁸ MONTERO AROCA., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal.*, op.cit., pág. 71.

⁸⁹ VICENTE GIMENO SENDRA, “La acción popular, el Jurado, y los Tribunales Escabinos”, *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1982, op.cit., pág. 343.

⁹⁰ PÉREZ GIL., *La acusación popular*, op.cit., pág. 448.

6. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Una vez interpuesta la correspondiente querrela, el órgano judicial la admitirá trámite si supra un examen previo de procedencia consistente en comprobar la legitimación del querellante – nacionalidad española y no aplicación de los arts. 102, 103 y 104 LECrim – y la inexistencia de impedimentos procesales – falta de competencia, cosa juzgada, litispendencia, cumplimiento de requisitos formales –.

A continuación el órgano instructor ordenará la práctica de las diligencias que considere oportunas y examinará el fondo de la querrela en orden a apreciar si es competente y si los hechos que se describen son constitutivos de delito⁹¹.

La admisión a trámite produce principalmente dos efectos: la litispendencia, y la interrupción de la prescripción del delito. Además, y en lo que interesa a nuestro objeto de estudio, la admisión de la querrela hace que el querellante asuma formalmente la condición de acusador popular, no pudiendo desempeñar en ese mismo proceso la condición de acusador particular, jurado, perito, o acusador civil.

6.1. Instrucción

En la fase de instrucción, el acusador popular puede intervenir en la práctica de las diligencias de investigación – p.ej, interrogatorio del investigado, informes documentales etc, –; así como solicitar aquellas que considere convenientes. Puede asimismo solicitar la adopción, modificación o extinción de medidas cautelares, incluida la prisión provisional.

En cuanto al orden de intervención en los distintos actos procesales la ley guarda silencio, pero en la práctica existe una regla según la cual el primero en intervenir es aquel que ha propuesto el acto en cuestión. Y para aquellos casos en que el acto no ha sido propuesto por ninguna de las partes, la práctica forense ha establecido el siguiente orden: Ministerio Fiscal, acusador particular, y acusador popular⁹².

⁹¹ Recordar lo dispuesto en el art. 313 LECrim: *“Desestimaré en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma. Contra el auto a que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos”*.

⁹² PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 472.

El acusador popular, en cuanto parte, podrá tener acceso a las actuaciones sumariales, salvo en los casos en que el Juez acuerde, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, el secreto de sumario (arts. 301 y 301 bis LECrim).

6.2. Fase intermedia

El principal interrogante que se plantea en esta fase intermedia es si la simple petición del acusador popular solicitando la apertura del juicio oral es suficiente para que el Juez dicte auto de apertura en este sentido; o si por el contrario es necesario que lo solicite también el Ministerio Fiscal y, en su caso, el acusador particular. Esta cuestión se abordará en el epígrafe siguiente referido a los límites jurisprudenciales de la acción popular.

Cuando se trate de procedimientos ordinarios, el acusador popular podrá presentar escrito de calificación provisional (arts. 649 y ss LECrim) y plantear artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y ss LECrim). Los mismos trámites podrá presentar cuando el procedimiento sea abreviado, con la salvedad de que en este caso la terminología se sustituye por escrito de acusación y cuestiones previas. Como señala PÉREZ GIL, la lógica induce a pensar que el actor popular solo puede plantear como artículo de previo pronunciamiento la declinatoria de jurisdicción y falta de autorización administrativa para procesar, ya que el resto de casos (cosa juzgada, prescripción y amnistía o indulto) lo más oportuno desde la perspectiva del interés público es desistir de la acción penal. Sin embargo la práctica revela que esto no es así debido al interés particular que subyace en el acusador popular y que no se identifica con el interés público que en principio debería presidir su acusación⁹³.

6.3. Juicio Oral

Una vez abierto el juicio oral, todas las partes, incluido el acusador popular, deben ser citadas al acto de juicio oral. La falta de citación es uno de los motivos por lo que se puede interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma, siempre y cuando la parte

⁹³ PÉREZ GIL, *La acusación popular*, op.cit., pág. 490.

cuya citación fue omitida no se hubiese personado, dándose por citada (art. 780. 2 LECrim)⁹⁴.

El acusador popular interviene en la celebración del juicio oral, aun cuando esta celebración sea a puerta cerrada. De manera que podrá presenciar e intervenir en la práctica de la prueba, y presentar informes orales. Además, estará facultado para formular cuestiones prejudiciales devolutivas y para solicitar del Juez la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (arts. 35 y ss LOTC, y 5.2 y 3 LOPJ) o el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 267 TFUE)⁹⁵.

Una vez dictada sentencia, el acusador popular estará legitimado para promover los oportunos recursos. Esta legitimación está prevista en el art. 854 LECrim⁹⁶, que aunque solo se refiere al recurso de casación, en la práctica suele aplicarse por analogía al resto de medios de impugnación. No obstante, el acusador popular no podrá interponer el erróneamente llamado “recurso de revisión”⁹⁷.

⁹⁴ Art. 850.2 LECrim: *“Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas”*.

⁹⁵ En ambos casos cabe preguntarse si en caso de ser admitida a trámite la cuestión, el acusador popular puede intervenir como parte en el correspondiente proceso ante el TC o ante el TJUE. En el primer caso, PÉREZ GIL es partidario de desechar esta idea al considerar que el interés público ya queda garantizado a través del trámite de audiencia al Fiscal General del Estado (art. 37 LOTC). Por lo que se refiere al procedimiento ante el TJUE, habrá que estar al tipo de procedimiento de que se trate.

⁹⁶ Art. 854 LECrim: *“Podrán interponer el recurso de casación: El Ministerio fiscal, los que hayan sido parte en los juicios criminales, los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y los herederos de unos y otros”*.

⁹⁷ El art. 955 LECrim establece que *“estarán legitimados para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable”*.

6.4. Costas

En materia de costas procesales se plantean dos cuestiones. Por un lado, si es posible incluir las cosas de la acusación popular en la condena del acusado. Y por otro lado, si puede ser condenada en costas la acusación popular.

6.4.1. Condena en costas del acusado

Con carácter general, jurisprudencia y doctrina consideran que las costas de la acusación popular no deben incluirse en la condena del acusado, a diferencia de lo que ocurre con las costas de la acusación particular. Esta diferencia se explica por dos motivos: A) porque la intervención de la acusación popular no tiene por qué suponer un mayor coste para el responsable. Y B) porque el acusador popular no es el ofendido por el delito⁹⁸.

Sin embargo esta regla general tiene sus excepciones, pues hay casos en los que el Tribunal Supremo ha optado por incluir las costas del acusador popular en la condena del acusado, atendiendo *“no a la tipología del acusador, sino a la relevancia de su actuación dentro del proceso”*⁹⁹.

- La primera de esas excepciones es el supuesto en que el acusador popular defiende intereses difusos¹⁰⁰, ya que en estos casos al no haber ningún perjudicado concreto, no es posible el ejercicio de la acción particular¹⁰¹.

⁹⁸ STS 61/1995, de 2 de febrero de 1996: *“existe una diferencia fundamental en la imposición de las costas de la acusación particular al condenado como autor de un delito, de las determinadas por la acusación popular. En el primer caso, se trata de un directo ofendido por la infracción y parte actora civil en la casi totalidad de los casos como perjudicado, y no debe minorársele la indemnización con gastos de sus rivales que pueden y deben ser atribuidos al autor del delito del que dimana su condición de ofendido y perjudicado y la necesidad de su resarcimiento. Mas ello no puede predicarse igualmente del acusador popular, que legitima a cualquier ciudadano a actuar ejecutando como litisconsorte del Fiscal la pretensión punitiva, pero no resarcitoria. Por ello no deben incluirse nunca las costas de la acusación popular”*.

⁹⁹ JIMÉNEZ CARDONA, *La acción popular en el sistema procesal español*, op.cit., pág. 74.

¹⁰⁰ De esto y de la diferencia entre intereses generales y difusos se hablará más adelante al estudiar los límites jurisprudenciales de la acción popular (Caso Botín y Caso Atutxa).

¹⁰¹ STS 2050/2007 de 26 de febrero. FJ 11: *“Ciertamente, estos intereses difusos son especialmente adecuados para que los defiendan asociaciones de esta clase, al no haber personas físicas, ofendidas en sus intereses privados, que pudieran actuar como acusación particular. En estos casos cabe equiparar la acción popular a la que en los delitos ordinarios ejercitan los ofendidos particulares”*.

- Otra excepción es la que defiende el TS en la STS 3764/2008, donde afirma que *"serían perfectamente imponibles las costas en la proporción que determine el Tribunal en aquellos casos en que lejos de cualquier uso torticero o instrumental del instituto y sin existir acusador particular o cuando habiéndolo no se ha constituido en parte, la actuación de la acusación popular, además de no perturbadora o disonante con las pretensiones del Fiscal o las acogidas por el Tribunal (exigencia impuesta a la acusación particular), ha contribuido con su intervención de manera decisiva o notoria a descubrir y desenmascarar el delito, denunciando los hechos o sosteniendo pretensiones acogibles, no aducidas por el Fiscal"*¹⁰². En este sentido, TOMÉ GARCÍA defiende la necesidad de reformar la LECrim en orden a admitir que, *"en caso de ser condenado en costas el responsable criminal del delito, dicha condena pueda incluir las costas de la acusación popular cuando su intervención en el proceso haya sido relevante y sus pretensiones, distintas de las del Ministerio Fiscal, hayan sido acogidas por el Tribunal en su sentencia"*¹⁰³.

Pues bien, en estos dos casos excepcionales, para que la sentencia incluya en la condena las costas de la acusación popular, esta tiene dos opciones: bien solicitar expresamente la condena en costas en su escrito de acusación o calificación; o bien acogerse a la jurisprudencia sentada en la STS 5513/2002, según la cual, *"si las acusaciones solicitan que se condene al acusado al pago de las costas, es legítimo entender que la solicitud abarca todas las costas, incluidas las de la acusación particular, aunque estas, contra lo que suele ser un uso ampliamente extendido, no hayan sido expresamente demandadas"*¹⁰⁴. Aunque esta sentencia se refiera a las costas del acusador particular, es posible extender su aplicación al acusador popular.

6.4.2. Condena en costas a la acusación popular

La regla general es que cuando la sentencia sea de signo absolutorio, las costas se declararán de oficio. No obstante, el art. 240 LECrim prevé la posibilidad condenar en costas al querellante particular y al actor civil *"cuando resultare de las actuaciones que han obrado con*

¹⁰² STS 3764/2008 de 30 de junio. FJ 3.

¹⁰³ JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, op.cit., pág.306.

¹⁰⁴ STS 5513/2002 de 19 de julio. FJ 3.

temeridad o mala fe”; una condena que la jurisprudencia considera aplicable con más motivo aún al acusador popular en las mismas circunstancias¹⁰⁵.

Así pues, para que la acusación popular sea condenada al pago de las costas se deben dar dos condiciones: que el acusador haya resultado absuelto, y que la acusación popular haya actuado con temeridad o mala fe. Como estamos ante un supuesto excepcional, dicha temeridad o mala fe han de ser notorias, probadas por quien las alega, y, en su caso, motivadas por el Juez en su sentencia¹⁰⁶.

Un ejemplo reciente de este supuesto lo encontramos en la SAP IB 40/2017, la sentencia del Caso Nóos, que condenó a la acusación popular, ejercida por el Sindicato Manos Limpias, al pago de las costas de la Infanta Cristina y de Ana María Tejeiro (en este último caso, solo el 50%). La Audiencia motiva esa temeridad y mala fe indicando que dicha acusación *“carecía de toda consistencia, en la medida en la que no sólo no aportó al procedimiento acopio probatorio alguno del que pudiera inferirse-siquiera indiciariamente- su participación en tales hechos. Sino que, además, y pese a resultar palmaria la ausencia de fundamento probatorio alguno dimanante del resultado de la actividad probatoria desplegada durante las sesiones en las que se desarrolló el plenario, mantuvo tal pretensión acusatoria. Su actuación, carente de una mínima prudencia, convierte en abusivo su legítimo derecho a constituirse en acusación y, no justifica que la acusada, que obtuvo un pronunciamiento absolutorio respecto de tales pedimentos, deba pechar con las negativas consecuencias económicas derivadas de tal proceder”*¹⁰⁷.

Finalmente hay que tener en cuenta que las costas solo incluirán los gastos ocasionados por el ejercicio de la acción penal, con exclusión de la acción civil, pues como hemos visto, al acusador popular le está vetado el ejercicio de esta acción.

¹⁰⁵ STS 4043/2006 de 25 de junio. FJ 6. *“Parece claro que, si la ley procesal permite la condena en costas de quien, por haber sido ofendido o perjudicado por el delito, está especialmente legitimado para ejercitar la acción penal o sólo la civil derivada del delito, con más razón habrá de imponerse tal condena en esos casos de temeridad o mala fe procesal cuando, como aquí, se trata del ejercicio de una acción popular al amparo de lo dispuesto en el art. 125 CE y 101 LECr”*.

¹⁰⁶ TOMÉ GARCÍA, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, op.cit., pág.310.

¹⁰⁷ SAP IB 40/2017 de 17 de febrero. FJ 10.

7. LÍMITES JURISPRUDENCIALES

Como hemos indicado anteriormente, el derecho a ejercer la acusación popular es un derecho de configuración legal, siendo el legislador el encargado de delimitar su ámbito objetivo, subjetivo y formal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el Tribunal del Jurado, la acusación popular no ha sido objeto de una regulación específica, sino que se halla regulada en distintas normas. Por ello ya desde el primer momento ha sido necesaria la intervención de la jurisprudencia para aclarar ciertos aspectos que el legislador no ha sido capaz resolver, entre ellas, la legitimación de las personas jurídicas, la posibilidad de personarse en una causa ya iniciada sin necesidad de interponer querrela etc. y en lo que ahora nos interesa, los límites de la acusación popular.

En este sentido, uno de los reproches que se hacía a esta figura era la contradicción que suponía el poder abrir el juicio oral por la simple petición del acusador popular, pese a la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal y del acusador particular. El art. 782 LECrim, –en la misma línea que el anterior art. 790- establece que *“Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez”*. Sin embargo, el precepto no aclara qué ocurre cuando en ese contexto el acusador popular solicita que el proceso siga adelante.

Este último interrogante es el que se aborda en la célebre doctrina Botín sentada por la jurisprudencia del TS en el Caso homónimo, y matizada posteriormente en el Caso Atutxa, y en el Caso Nóos.

7.1. Caso Botín

El origen de esta línea jurisprudencial se encuentra en el caso de las cesiones de crédito de BSCH comercializadas por el Banco Santander¹⁰⁸ por las cuales se eludieron pagos a la Hacienda Pública. Se trataba de un proceso seguido ante el Juzgado Central de Instrucción en el que era parte imputada el banquero del que toma su nombre la doctrina – Emilio Botín, Presidente de esas entidad bancaria –, y partes acusadoras el Ministerio Fiscal, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) como acusación particular representada por la Abogacía del Estado, la Asociación para la Defensa de Inversores y

¹⁰⁸ FRANCISCO ORTEGO PÉREZ, “Restricción “jurisprudencial” al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida “doctrina Botín”)”, *Diario La Ley*, núm. 6912, 2008.

Cientes (ADIC), y la Federación de Partidos Políticos Iniciativa per Catalunya-Verds, actuando estos dos últimos en calidad de acusadores populares. Llegado el momento de decidir sobre la continuidad del proceso en la denominada “fase intermedia”, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron el sobreseimiento, y los acusadores populares la continuidad de la causa, llegándose a dictar el correspondiente auto de apertura del juicio oral. Pero en la fase de enjuiciamiento, en concreto en el trámite de cuestiones previas, el Ministerio Fiscal alegó que con la apertura del juicio se había vulnerado el art. 782 LECrim, cuestión que fue estimada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a través de un auto de sobreseimiento libre.

Contra dicho auto interpusieron los acusadores populares un recurso de casación ante el TS por infracción de ley, que es el que se resuelve en la STS 8025/2007 de 17 de diciembre. La cuestión de fondo que se plantea es si el art. 782.1 LECrim – aplicable al procedimiento abreviado – permite al Juez acordar el sobreseimiento de las actuaciones por la simple petición del Ministerio Fiscal y del acusador particular, con independencia de la postura adoptada por el acusador popular; o si por el contrario, la solicitud de apertura que realiza la acusación popular obliga al Juez a dictar auto de apertura en contra del criterio del resto de acusadores.

Ante esta disyuntiva, el TS opta por la primera solución, interpretando el art. 782.1 LECrim en sentido literal, es decir, entendiendo cuando dicho precepto se refiere al “*acusador particular*” lo hace en términos estrictos, sin que tenga cabida dentro de este concepto el acusador popular. En efecto, el acusador popular queda fuera del supuesto de hecho de este artículo, al igual que quedaba fuera del anterior art. 790 LECrim, pues si el legislador hubiese querido referirse también a él hubiese empleado una fórmula genérica, tal como hace en los art. 655 LECrim cuando habla de las “*partes acusadoras*” o en los arts. 653 y 656 LECrim al hablar de “*las partes*”. Ahora bien, esta exclusión está más que justificada, pues como afirma GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, “*si el Ministerio Fiscal, defensor de la legalidad y de los intereses sociales, y el acusador particular, defensor de los intereses del perjudicado, estiman que no hay motivos para que el procedimiento prosiga, no tiene sentido que el mismo continúe porque lo pida una acusación popular*”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO., “Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 40/2015.

Por otro lado, frente a la alegación que realizaban los recurrentes de que el derecho a la acusación popular es un derecho fundamental, ejercitado en "*paridad de armas con el Ministerio Fiscal*", el TS señala que el derecho a la acusación popular no es un derecho fundamental sino constitucional que, en tanto derecho de configuración legal, puede estar sometido a límites, como lo es el previsto en el art. 782.1 LECrim. Ya se ha indicado anteriormente que el art. 125 CE reconoce el ejercicio de la acción popular "*en la forma y con respecto a aquellos procesos que la ley determine*". De manera que el legislador está habilitado para establecer limitaciones a la acción popular en el marco de un proceso abreviado, limitaciones que según el TS son comprensibles dada la menor gravedad de los delitos que se enjuician en ellos, "*lo que justifica la abreviación del procedimiento y las medidas para agilizarlo, entre las que el Legislador ha considerado adecuada la norma del art. 782.1 LECrim*"¹¹⁰.

La sentencia también aborda la fundamentación de la acusación popular, entendiendo que dicho fundamento no se encuentra en la desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal – como alegaban los recurrentes para justificar la continuidad de la acción en solitario– sino en la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Por todo lo expuesto, finalmente el fallo del TS fue la desestimación del recurso y la condena en costas a los recurrentes. Sin embargo, hubo siete votos particulares¹¹¹, lo que demuestra la falta de consenso que había en el Alto Tribunal y explica por qué tan solo cuatro meses más tarde el propio TS modificó esta doctrina en el denominado "Caso Atutxa".

7.2. Caso Atutxa

El caso Atutxa se remonta al año 2003, cuando el entonces Presidente del Parlamento vasco, Juan María Atutxa –de ahí su nombre– se negó a disolver al Grupo Parlamentario

¹¹⁰ STS 8025/2007 de 17 de diciembre. FJ 1.

¹¹¹A GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, abogado de Emilio Botín, no le sorprendió que hubiese siete votos particulares; en primer lugar, por las reticencias de los tribunales a "*romper con un criterio arraigado desde hace muchos años*"; y en segundo lugar, por "*el prejuicio ideológico de que la acción popular es una forma de participación del pueblo en la Administración de Justicia*".

Socialista Abertzaleak después de que el TS hubiese ilegalizado a Batasuna, Euskal Herritarrok y HB, y ordenado el cese inmediato de sus actividades.

El Ministerio Fiscal y el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias acusaron a Juan María Atutxa y a otros dos miembros de la Mesa –María Concepción Bilbao Cuevas y Gorka Knorr Borrás– de un delito de desobediencia tipificado en el art. 410 CP, en una causa que se siguió ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dada su condición de aforados. La sentencia recaída absolvió a los acusados al considerar que los hechos probados no eran constitutivos de un delito de desobediencia.

Frente a esta sentencia absolutoria interpuso la acusación popular un recurso de casación ante la Sala II del TS, que es el que se resuelve en la STS 54/2008 el 8 de abril de 2008. Dicha sentencia matiza la doctrina Botín, cuya aplicación solicitaban tanto la defensa como la Fiscalía, las cuales interesaban se dictase una sentencia desestimatoria, tal como había ocurrido poco antes con Emilio Botín.

Sin embargo el TS estima el recurso, y por tanto no aplica la doctrina Botín, al entender que en casos como el presente en el que se persiguen delitos que afectan a *“bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual”*¹¹² la acusación popular basta para declarar la apertura del juicio oral. Es decir, que cuando no exista un perjudicado conocido –como ocurre con el delito de desobediencia–, así como en aquellos casos en los que sí que existe pero no se ha personado como acusador particular, el criterio del Ministerio Fiscal sobre la apertura o sobreseimiento del juicio oral no tiene por qué prevalecer sobre la del acusador popular. Dicho con otras palabras, el art. 782.1 LECrim resulta aplicable cuando tanto el Ministerio Fiscal como el acusador particular solicitan el sobreseimiento; pero en el caso examinado esa duplicidad no existe, ya que el delito de desobediencia *“carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular”*¹¹³.

Ante esta diferencia de criterio, los tres condenados plantearon un incidente de nulidad de actuaciones que fue inadmitido, lo que les llevó a interponer un recurso de amparo ante el

¹¹² FJ 1.

¹¹³ STS 54/2008 el 8 de abril de 2008. FJ 1.

TC por vulneración de una serie de garantías procesales previstas en el art. 24.2 CE¹¹⁴ y del derecho de igualdad en la aplicación de la ley previsto en el art. 14 CE. Pero el TC les denegó el amparo en su sentencia 205/2013, de 5 de diciembre, por considerar que la sentencia impugnada “no sólo desarrolla ampliamente las razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007, sino que además pone de manifiesto la notable diferencia que se da entre los supuestos analizados”. Además, señala que “el criterio sentado en la sentencia impugnada ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010. Por tanto, no puede afirmarse ni que en la sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una ratio decidendi sólo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad”¹¹⁵.

Por último y siguiendo a GIMENO SENDRA¹¹⁶, conviene tener en cuenta que la doctrina Botín y la doctrina Atutxa “no son contradictorias, sino complementarias”, ya que la segunda matiza la primera estableciendo un supuesto – aquel en el que se tutelan intereses colectivos y difusos y no existe acusación particular – en el que el acusador popular puede continuar con el proceso en solitario, aunque medie la oposición expresa del Ministerio Fiscal.

7.3. Caso Nóos

Más recientemente se ha planteado un nuevo caso en el que también se discute sobre la facultad del acusador popular de continuar su actuación en solitario: el Caso Nóos. En él se acusaba a los socios del Instituto Nóos, Diego Torres e Iñaki Urdangarín, de la comisión de una serie de delitos de corrupción¹¹⁷, en el marco de las relaciones que dicho Instituto mantenía con el Gobierno balear.

Pero lo que ahora interesa, a efectos de lo que constituye nuestro objeto de estudio, es la acusación vertida por el sindicato Manos Limpias, en calidad de acusador popular, contra la

¹¹⁴ Derechos a la imparcialidad judicial, a un proceso con todas las garantías, y a la presunción de inocencia.

¹¹⁵ FJ 4.

¹¹⁶ GIMENO SENDRA, “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atutxa”, *Diario La Ley*, nº 6970.

¹¹⁷ Malversación, fraude, prevaricación, falsedad y blanqueo de capitales.

Infanta Cristina de Borbón como cooperadora necesaria de los delitos fiscales cometidos por su marido. Esta acusación contrasta con la que realizaban el resto de partes acusadoras –la Fiscalía Anticorrupción y la Abogacía del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria–, las cuales la consideraban tan solo responsable a título lucrativo y solicitaban el sobreseimiento de la causa respecto a ella.

Llegados a este punto, la acusación popular representada por Virginia López Negrete solicitó a la Audiencia de Palma que aplicase la doctrina Atutxa, mientras que la Fiscalía Anticorrupción y la Abogacía del Estado solicitaron que aplicase la doctrina Botín alegando que en este caso, al igual que ocurría con el caso Botín, existía un perjudicado concreto: la AEAT. Por lo tanto se trataba de dilucidar si los delitos de los que se acusaba a la Infanta eran de titularidad colectiva o no. La abogada de Manos Limpias defendió ese carácter metaindividual o difuso bajo el lema “*Hacienda somos todos*”, a lo que la Abogada del Estado replicó que dicho lema se circunscribe únicamente al ámbito de la publicidad, en el sentido de que quien realmente resulta perjudicado no son todos y cada uno de los ciudadanos sino las arcas públicas.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS en los casos Botín y Atutxa, la doctrina que guardaba mayor relación con la situación de la Infanta era la doctrina Atutxa, dado que los delitos de los que se la acusaba afectaban a “*bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual*”, en la línea que expone la STS54/2008 el 8 de abril de 2008¹¹⁸. A título de ejemplo podemos citar la STS 643/2005, donde se dice que “*el fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas*”. Y de manera más explícita, la STS 546/2015 señala que “*en el delito de malversación están presentes unos intereses colectivos o sociales mucho más directos que en la defraudación tributaria (...) Hay una ligazón más evidente e inmediata entre la malversación y la afectación de intereses sociales, lo que permite incluir este delito entre los que resultan afectados por la denominada doctrina Atutxa*”.

La decisión que adopta la Audiencia Provincial de Palma en el auto de apertura es la de separarse de la doctrina Botín dada “*la ausencia de identidad entre el supuesto aquí enjuiciado y el contemplado en las precisadas sentencias*”. Esta falta de identidad se apoya en dos bastiones: por

¹¹⁸ FJ 1.

un lado, que el delito enjuiciado afecta a los intereses colectivos y difusos¹¹⁹; y, por otro lado, que el Ministerio Fiscal y la acusación particular no solicitan el sobreseimiento total – como ocurría en el Caso Botín–, sino parcial; es decir, reconocen que se ha cometido un delito que como tal debe ser castigado, pero atribuyen su comisión a los dos socios del Instituto Nóos, dejando fuera a sus mujeres.

8. PROPUESTAS DE REFORMA

Como ya hemos repetido en varias ocasiones, la acción popular es un derecho constitucional cuya configuración queda en manos del legislador. El problema es que este legislador, en lugar de regular de modo específico la figura, ha optado por una regulación escasa y fragmentada en varias leyes procesales, fundamentalmente dos: la LECrim y la LOPJ. Esta situación ha generado dudas interpretativas y, consecuentemente, inseguridad jurídica, que ha requerido de una labor jurisprudencial en la integración de lagunas, con respecto a la cuestión examinada en los apartados precedentes. Todo ello demuestra la necesidad de acometer una reforma, que fije detalladamente sus presupuestos, límites y requisitos, en los términos en que han sido interpretados por la jurisprudencia; y que ponga coto a su ejercicio abusivo o torticero por parte de ciertas personas o asociaciones que utilizan la acción popular con fines espurios *“que van desde el vindicativo, hasta el puro y duro chantaje, pasando por el político”*¹²⁰.

A continuación se exponen dos propuestas de reforma que se plantearon hace unos años: el Anteproyecto de la LECrim de 2011, y la Propuesta de texto articulado de la LECrim de 2013.

¹¹⁹ El auto de apertura señala que *“tal infracción penal se configura como un delito de naturaleza pluriofensiva, difusa, colectiva, o metaindividual”*.

¹²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO., “Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 40/2015.

8.1. Anteproyecto de la LECrim de 2011

En el verano de 2011, el Gobierno de Zapatero elaboró el Anteproyecto de la nueva LECrim en el que se incorporaban novedades de otros Estados europeos. Dicho Anteproyecto aún no se ha aprobado, ni está previsto que se haga; pero aun así conviene destacar sus previsiones acerca de la acusación popular, recogidas en los arts. 81 a 87.

El art. 81 se refiere a la legitimación. El primer apartado no supone ninguna novedad, ya que reconoce como titulares de esta acción a los ciudadanos españoles, aunque no sean ofendidos o perjudicados por el delito. Sin embargo, la novedad llega en el segundo apartado que, en cumplimiento del art. 18 TFUE, atribuye legitimación a los ciudadanos y personas jurídicas de derecho privado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

El artículo siguiente modifica abiertamente la lista de exclusiones al disponer que no podrán ejercitar la acción popular:

- a) *El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.*
- b) *El que haya sido condenado en sentencia firme por delito contra la Administración de Justicia o por estafa procesal. A estos efectos, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

De esta causa hemos de destacar dos cosas: la desaparición del requisito de haber sido condenado dos veces, y la ampliación de los tipos delictivos, que ya no son solo denuncia o querrela calumniosa, sino en general cualquier delito contra la Administración de Justicia o de estafa procesal.

- c) *Los miembros de las Carreras Judicial o Fiscal.*
- d) *Las Administraciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos.*

Este último supuesto cerraría el debate que hemos comentado anteriormente acerca de la posible vulneración del art. 149.1.6 CE en los casos en que una norma autoriza a la Administración Pública para ejercer la acción popular; al mismo tiempo que se reconoce implícitamente al Ministerio Fiscal como el único órgano público legitimado para promover el interés general. Y por lo que respecta a los partidos políticos y sindicatos, su exclusión evita que puedan servirse de este instrumento para conseguir fines particulares, ya sean partidistas, electoralistas, de desgaste del adversario, etc.

El art. 83 contiene una serie de prohibiciones objetivas, de las cuales la mayoría ya existían antes del Anteproyecto si bien no estaban recogidas por escrito.

De este modo y en primer lugar se prohíbe el ejercicio de la acción penal para perseguir delitos que la ley reserva a la querrela privada –delitos privados–, o delitos que exigen la previa denuncia del ofendido –zanjando de esta forma el debate sobre la admisión de la acción popular en los delitos semipúblicos–.

Por su parte, el segundo apartado prohíbe la acción popular en la persecución de faltas, sin perjuicio de la extensión del escrito de acusación del actor popular a las faltas conexas¹²¹. Y finalmente se limita el contenido de la acción popular únicamente a la pretensión penal, sin que en ningún caso pueda comprender la civil.

El art. 84 modifica sustancialmente los presupuestos para el ejercicio de esta acción, y lo hace en un doble sentido:

- Por un lado, exige que el acusador alegue un interés legítimo y suficiente, debiendo acreditar ante la autoridad judicial la relación personal, social o profesional con el interés público, así como la relevancia de su actuación en el proceso para la defensa del interés público. Estos dos requisitos –la relación y la relevancia– tienen que concurrir simultáneamente y durante todo el procedimiento. De manera que si durante el curso de este último se producen hechos o circunstancias que revelen la omisión de alguno de estos requisitos, el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal o de la defensa, estará facultado para excluir al acusador popular.
- Y por otro lado, exige que la caución sea proporcionada a los medios económicos del querellante, a la naturaleza del delito, y a los perjuicios y costas que pudieran derivarse del procedimiento, recogiendo de esta forma la jurisprudencia que hemos expuesto anteriormente acerca de la proporcionalidad de la fianza. Sin embargo la gran novedad es que ahora la fianza ya no es un requisito obligatorio, sino facultativo, pues depende de la decisión del tribunal.

¹²¹ En este sentido, las referencias que se hacen a las faltas hemos de entenderlas hechas a los delitos leves.

Siguiendo con los requisitos formales, los arts. 85 y 86 se refieren a la querrela. El art. 85 lleva por título *“Tiempo y forma de personarse como acusador popular”*, y establece que será necesaria la interposición de la querrela como presupuesto previo para el ejercicio de la acción penal, matizando que dicha interposición puede realizarse en cualquier momento, siempre que sea antes de que precluya el trámite de presentación del escrito de acusación. Por su parte, el art. 86 señala cuál es la forma y contenido de la querrela de manera prácticamente idéntica a como lo hacen los arts. 272 y 277 LECrim.

Finalmente el art. 87, referido a la postulación, obliga al acusador popular a estar asistido por Letrado y Procurador. Y, a continuación, aclara las dudas que suscitaba el art. 113 LECrim estableciendo la regla general y su excepción. La regla general es que si en un proceso intervienen varios acusadores populares, podrán hacerlo bajo representaciones y asistidos de defensas distintas. No obstante, –y aquí viene la excepción–, el órgano judicial podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y asistidos de la misma o varias defensas, según sus intereses, cuando se den las siguientes condiciones: a) que la regla general afecte al buen orden del proceso o al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; b) que la resolución del Juez esté motivada; c) que previamente el Juez haya oído a todas las partes.

De este Anteproyecto hemos de destacar también el art. 529, relativo a los motivos de sobreseimiento. En concreto cabe detenernos en el apartado tercero, donde se dice que en los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, si ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejercitan la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar decretará el sobreseimiento, aunque existan acusaciones populares que hayan interesado la apertura del juicio oral. Esta redacción, que trata de disipar las dudas del actual art. 782 LECrim, no es más que un reflejo de la jurisprudencia del TS en sus famosas doctrinas “Botín” y “Atutxa”.

8.2. Propuesta de texto articulado de la LECrim de 2013

El 8 de marzo de 2012 se publicó en el BOE una Resolución del Ministerio de Justicia en la que se publicaba un Acuerdo que había sido adoptado por el Consejo de Ministros días

antes en virtud del cual se creaba una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha Comisión estaba presidida por el Magistrado del TS, Manuel Marchena Gómez; e integrada por otro Magistrado, tres Fiscales y dos Catedráticos, a saber: Jacobo López Barja de Quiroga, Antonio del Moral García, Jaime Moreno Verdejo, Gabriela Bravo Sanestanislaio, Luis Rodríguez Ramos, y Nicolás González-Cuéllar Serrano. A título de anécdota cabe decir que todos estos ilustres personajes, con la excepción de Jacobo López Barja de Quiroga, recibieron en 2013 la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort en atención a sus méritos¹²².

El 25 de febrero de 2013 la Comisión entregó su propuesta de texto articulado de la LECrim, más conocida como Código procesal penal, cuyas novedades más importantes eran las siguientes: agilización procesal (revisión de los plazos máximos para la instrucción, reglas de conexidad, ampliación de los juicios rápidos con el monitorio penal); fortalecimiento de las garantías procesales; y regulación de las diligencias de investigación tecnológica.

Pero lo que ahora interesa, de acuerdo con nuestro objeto de estudio, es el Capítulo V del Libro II, que comprende los arts. 69 a 73.

El art. 69 se refiere al contenido de la acción popular, definiéndola como aquella acción interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito y que puede ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras. De este último inciso se desprende que el Juez deberá dictar auto de apertura del juicio oral si así lo solicita el acusador popular, aunque el Ministerio Fiscal y el acusador particular hayan solicitado el sobreseimiento de las actuaciones. Por tanto, como bien afirma ROCÍO RANGEL GARCÍA – ZARCO, la propuesta iguala al acusador popular de forma plena y efectiva con el resto de acusadores¹²³.

¹²² Real Decreto 497/2013, de 21 de junio, por el que se concede la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort a los miembros de la Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹²³ ROCÍO RANGEL GARCÍA-ZARCO, “Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8174, 2013.

El artículo siguiente establece cuales son los requisitos subjetivos. Como regla general están legitimados todos los españoles con plena capacidad de obrar, siempre que no estén comprendidos en el apartado segundo de este artículo. Dentro de este segundo apartado se encuentran:

- a) Los condenados por cualquier delito contra la Administración de Justicia;
- b) Los Fiscales, Jueces y Magistrados de cualquier Jurisdicción o Tribunal con potestad jurisdiccional;
- c) Las personas que no están obligadas a declarar como testigos contra el encausado por vínculo familiar o análogo;
- d) Los partidos políticos, los sindicatos, y cualquiera otra persona jurídica pública o privada, con excepción de las personas jurídicas constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo.

De este artículo 70 llama la atención los siguientes aspectos:

- Por un lado, el no reconocimiento del ejercicio de la acción popular a los ciudadanos de la Unión Europea, separándose por tanto del Anteproyecto de 2011.
- Y por otro lado, la ampliación de las causas de exclusión. La inclusión en esta lista de los condenados por cualquier delito contra la Administración de Justicia sigue la misma línea que el Anteproyecto, aunque deja fuera los delitos de estafa procesal. El apartado c) por su parte vendría a sustituir las actuales causas de exclusión previstas en el art. 103 LECrim. Pero lo que de verdad resulta llamativo es el último apartado. No por la exclusión de los partidos políticos, sindicatos, y personas jurídico-públicas, algo que ya preveía el Anteproyecto y cuya justificación hemos explicado. Sino por la exclusión de las personas jurídico-privadas, una exclusión que podría ser inconstitucional en la medida en que el art. 24 CE, con el que el art. 125 CE guarda un estrecho vínculo, emplea la expresión “*todas las personas*”. Además hay que tener en cuenta que en múltiples ocasiones la acción popular es ejercitada por personas jurídico-privadas de base asociativa con el fin de defender intereses difusos o colectivos, con lo cual también se podría ver afectado el art. 22 CE¹²⁴.

¹²⁴ MONTERO AROCA., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, op.cit., pág. 81.

El art. 71 regula el ámbito objetivo de la acción popular. En este sentido la principal novedad es que establece una lista tasada de delitos frente a los cuales cabe el ejercicio de esta acción, que por lo tanto queda restringida a un ámbito más reducido.

Forman parte de este “*numerus clausus*” los siguientes delitos: delito de prevaricación judicial; delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos; delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal; delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal; delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal; delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal; delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General; provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del art. 510 del Código Penal; y delitos de terrorismo.

Como vemos son delitos que atentan contra intereses colectivos o difusos, y delitos cuyo autor solo puede ser una autoridad o funcionario. De ahí que la Propuesta no exija al acusador popular, como sí le exigía el Anteproyecto de 2011, probar la relación personal, social o profesional con el interés público, así como la relevancia de su actuación en el proceso para la defensa de dicho interés público.

Esta fuerte restricción podría vulnerar el art. 125 CE y dejar sin efecto la fundamentación de esta figura –ya se entienda como una vía de participación del ciudadano en la Administración de Justicia o como una vía de control del Ministerio Fiscal–. No obstante también es cierto que en esta lista tasada están incluidos todos aquellos delitos donde el interés público es más manifiesto, que a fin de cuentas son los delitos donde la acción popular cobra todo su sentido.

El art. 72 regula los requisitos formales y temporales. El primer y segundo apartado no aportan nada nuevo: necesidad de formular querrela y de interponerla antes de que el Ministerio Fiscal formule escrito de acusación. Sin embargo el apartado tercero se distancia del Anteproyecto y de la regulación actual al disponer que si son varios los acusadores populares deberán litigar unidos bajo la representación y defensa que de común acuerdo designen. Y también señala que a falta de acuerdo, el Decano del Colegio de Abogados del

territorio donde tenga su sede el Tribunal competente designará un Abogado para que asuma la representación y la defensa de la acción popular ejercida conjuntamente¹²⁵.

El art. 73 se refiere a la fianza, disponiendo que el Tribunal de Garantías fijará la caución que habrá de prestar el actor popular para responder de las costas que le puedan ser impuestas y que podrá prestar de cualquiera de las formas previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La presente Propuesta difiere del Anteproyecto de 2011 al no exigir el requisito de la proporcionalidad; sin embargo coincide con él en configurar la fianza como un presupuesto facultativo y no obligatorio. En este sentido, el art. 73 dice que el Tribunal solo fijará la caución cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquiera de las demás partes.

Finalmente, hemos de destacar el art. 429, conforme al cual *“si el Ministerio Fiscal, la acusación particular o la acusación popular solicitaran la apertura del juicio oral, el Tribunal de Garantías la acordará”*. Es decir, que si el acusador popular solicita la continuación del juicio oral, el Juez deberá dictar auto de apertura del juicio oral, incluso aunque el Ministerio Fiscal y el acusador particular hayan solicitado el sobreseimiento. Por tanto vemos como es una redacción totalmente opuesta a la jurisprudencia del TS en el “Caso Botín”.

9. CONCLUSIONES

Una vez analizada la figura del acusador popular podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La acusación popular es una institución procesal en virtud de la cual cualquier ciudadano española goza de legitimación activa para perseguir un delito, sin necesidad de haber sido ofendido por el mismo, sino simplemente guiado por la defensa de la ley y el orden social.

¹²⁵ Esta previsión podría vulnerar el derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE, en concreto el derecho a designar libremente a un abogado. Por lo que si algún día entra en vigor, lo más seguro es que su constitucionalidad sea cuestionada ante el TC.

2. Su origen se remonta a la Edad Antigua, aunque fue en el Derecho romano clásico cuando se configuró como una auténtica “actio popularis”, que legitimaba a los ciudadanos para acusar por delitos no cometidos contra ellos, aunque de manera subsidiaria –a falta de acusación oficial–, y con una amplia lista de exclusiones –tanto por razón de los delitos como, sobre todo, por razón del acusador–. La acusación *quivis ex populo* así configurada fue recibida por el Derecho castellano, fundamentalmente a través de las Siete Partidas, donde se reguló de manera muy parecida a la regulación vigente.
3. Dicha regulación se encuentra recogida en tres textos: la LECrim de 1882 (arts. 101, 270 y 280), la LOPJ (art. 19.1), y la Constitución Española (art. 125). En efecto, la acusación popular está reconocida constitucionalmente, si bien el constituyente se limita simplemente a enunciar la posibilidad de su ejercicio y remite al legislador la regulación de su ejercicio.
4. Precisamente por ello la doctrina califica la acción popular, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, como un derecho constitucional de configuración legal. No es un derecho fundamental ya que su ubicación sistemática en el art. 125 CE –fuera de la sección I del Título II del Capítulo I– le priva de este carácter y de la posibilidad de ser objeto de un recurso de amparo. No obstante, la jurisprudencia del TC ha interpretado el art. 125 CE en el sentido de que supone una extensión del art. 24 CE, y que por tanto también se deben reconocer al acusador popular las garantías que el art. 24.2 CE reserva al acusador privado.
5. En cuanto al fundamento, la reciente jurisprudencia del TS parece zanjar un debate que venía dividiendo a la doctrina en este punto. Frente a la tesis partidaria de la desconfianza hacia al Ministerio Fiscal y el peligro de atribuirle el monopolio de la acción penal, el TS, en la Sentencia Atutxa, se coloca del lado de la otra corriente, la que encuentra ese fundamento en la participación del pueblo en la administración de justicia, como manifestación del principio democrático.

6. El ejercicio de la acción popular, aunque se atribuye a cualquier ciudadano, exige cumplir con una serie de requisitos, los cuales son clasificados por la doctrina en tres categorías: objetivos, subjetivos y formales.
7. Dentro de los requisitos objetivos, el más importante es que se hayan cometidos unos hechos con apariencia de delito, un delito que además no puede ser privado, sino público o –dependiendo de la corriente doctrinal que sigamos– semipúblico. Asimismo se exige que la jurisdicción afectada no sea ni la Militar, ni la de Menores; y que, en caso de hallarnos ante un delito de traición o de cualquier delito contra la seguridad del Estado, la persona acusada no forme parte del Gobierno, ya que en este último caso la Constitución reserva el ejercicio de la acusación al Congreso de los Diputados. Otro aspecto a tener en cuenta es que el acusador popular solo puede ejercitar la acción penal, nunca la civil, salvo en el supuesto específico de que se defiendan intereses difusos, porque en este caso toda la colectividad humana se halla interesada.
8. Por lo que se refiere a los requisitos subjetivos, la LECrim exige poseer la nacionalidad española, un requisito que ha sido cuestionado por parte de la doctrina al entender que es incompatible con el concepto de ciudadanía europea que reconoce el TFUE. Y también exige no estar incurso en una serie de supuestos de exclusión que obedecen a una motivación diferente (parentesco, credibilidad, salud mental etc.) Por lo demás, señalar que la jurisprudencia admite el ejercicio de esta acción por las personas jurídico-privadas, a las que incluye en el concepto de ciudadanos; pero no a las personas jurídico-públicas, salvo que exista una disposición legal que las legitime expresamente.
9. Desde el punto de vista formal, la acción popular debe instrumentarse por medio de querrela, antes del trámite de calificación; si bien la jurisprudencia ha permitido su ejercicio adhesivo, sin necesidad de querrela. Otro requisito formal es la prestación de una fianza, cuestión que ha suscitado varias críticas acerca de su constitucionalidad, y que el TC ha desechado al entender que no es discriminatoria, aunque matizando, eso sí, que su cuantía debe ser proporcional de suerte que no impida su ejercicio. En tercer lugar, se exige intervenir por medio de Abogado y de Procurador, una representación

que, en caso de que existan varios acusadores, puede quedar reducida a una sola por decisión del Juez, siempre que se cumplan las condiciones fijadas por la jurisprudencia del TC para estos casos.

10. La actuación del acusador popular en el proceso está sometida a un límite, límite que deriva de la interpretación jurisprudencial del art. 782.1 LECrim y que significa que si durante la fase intermedia tanto el Ministerio Fiscal como el acusador particular solicitan el sobreseimiento, el Juez deberá acordarlo, aunque el acusador popular haya solicitado la apertura del juicio oral. Esta es la denominada doctrina Botín, que fue matizada poco después por la doctrina Atutxa. Aquella doctrina exigía que la petición de sobreseimiento fuese doble –una del MF y otra del acusador particular–. Pero en el caso Atutxa esa duplicidad no existía ni podía existir, ya que el delito que se perseguía (desobediencia) afectaba a intereses difusos, en los que por definición no existe un perjudicado directo que se constituya como acusador particular. En consecuencia, el TS entendió que en este tipo de delitos, la petición de apertura del acusador popular es suficiente para pasar a la fase de juicio oral, con independencia de cual sea la postura del Ministerio Fiscal al respecto. Esta misma doctrina se ha aplicado más recientemente al caso Nóos, y lo más seguro es que antes o después se vuelva aplicar. Por ello, y en aras de una mayor seguridad jurídica, sería conveniente que el legislador se decidiera a regular los límites, sin delegar esta tarea en los tribunales.

11. En relación con esto último, hay que señalar que, aunque la acción popular es un derecho constitucional de configuración legal, la labor del legislador ha dejado mucho que desear, y en la práctica ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que salir al paso interpretando las dudas que suscitaba la escasa y confusa regulación vigente. En consecuencia, la necesidad de reformar profundamente la figura está clara; el problema es que los dos textos presentados hasta la fecha, no han tenido éxito y han quedado en papel mojado.

10. BIBLIOGRAFÍA

Cfr. ENRIQUE AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924.

JOSE LUIS BERMÚDEZ DE LA FUENTE, *Las partes en el proceso penal militar*, en SÁNCHEZ GUZMÁN, E., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (LO 4/1987 y LO 2/1989)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995.

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, “*La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, “*Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*”, *Eguzkilore*, núm. 23, 2009.

VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1998.

VICENTE GIMENO SENDRA, “*La acusación popular*”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 31, 1993. y FERNANDO GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, “*La acción popular-la acusación particular*”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 7, 2010.

VICENTE GIMENO SENDRA, “*La acción popular, el Jurado, y los Tribunales Escabinos*”, *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1982.

VICENTE GIMENO SENDRA, “*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atutxa*”, *Diario La Ley*, nº 6970.

SUSANA GÓMEZ ASPE, “*La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio*”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 105, 1999.

NOEMÍ JIMÉNEZ CARDONA, *La acción popular en el sistema procesal español*, Universidad de Barcelona, 2014.

JUAN MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ANTONIO OBREGÓN GARCÍA, *La responsabilidad criminal de los miembros del gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

FRANCISCO ORTEGO PÉREZ, “Restricción “jurisprudencial” al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida “doctrina Botín)””, *Diario La Ley*, núm. 6912, 2008.

JULIO PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.

ROCÍO RANGEL GARCÍA-ZARCO, “Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8174, 2013.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO., “Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 40/2015.

JUAN SALVADOR SALOM ESCRIVÁ, “La querrela”, *Justicia*, nº 2, 1996.

FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (s. XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969.

JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015.