

LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO DE CONTRAPESO AL PODER DEL MINISTERIO FISCAL

José M^a Morales Bravo
Fiscal. Fiscalía Provincial de Bizkaia.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2019
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2019

RESUMEN: Una de las particularidades más reseñables de nuestro sistema procesal penal es que el Ministerio Fiscal no ostenta en régimen de monopolio la acción penal. Efectivamente, la acción penal en nuestro ordenamiento puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, pero también, por el ofendido y perjudicado por el delito —acusador particular o privado para los supuestos, en éste último caso, de delitos privados— o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular. Tradicionalmente, se ha sostenido que la acción popular presenta un doble fundamento: como instrumento de participación de los ciudadanos en el Poder Judicial y como mecanismo de fiscalización del Ministerio Fiscal. En la actualidad, en el ejercicio de la acción popular se vienen produciendo abusos y excesos, muchos de ellos en relación a la proliferación de querrelas por parte de partidos políticos y por la personación de personas jurídico-públicas. Ha llegado el momento de acometer una regulación integral y sistemática de la acción popular con el objeto de que se convierta en un auténtico mecanismo de contrapeso al poder del Ministerio Fiscal.

ABSTRACT: One of the most remarkable features of our criminal and procedural system is that the Public Prosecutor's Office doesn't hold the monopoly of the power to accuse. Effectively, the power to accuse can be executed, in our ordering, by the Public Prosecutor's Office, and also, by the person being directly offended or affected by the crime —particular o private accuser for the cases of private crimes— or by any other citizen, that even not being harmed directly by the crime, wants to exercise the counterweight to the Public Prosecutor's Office. Traditionally, it is sustained that the *Actio Quivis ex Populo*, in our ordering, has a dual legal basis: both as an instrument of participation by the citizens in the Judicial Branch and as mechanism of inspection of the Public Prosecutor's Office. Nowadays, there are abuses and excesses in the exercise of *Actio Quivis ex Populo*, most of them related to the proliferation of Political Parties complaints and also with the representation of legal and public individuals. Now is the time to undertake an integral and systematic *Actio Quivis ex Populo* regulation so that it becomes a counterweight authentic mechanism to the Public Prosecutor's Office.

PALABRAS CLAVE: acción popular, Ministerio Fiscal, contrapeso, abusos, excesos, partidos políticos, sindicatos, Administraciones Públicas, regulación integral y sistemática.

KEYWORDS: *Actio Quivis ex Populo*, Public Prosecutor's Office, counterweight, abuses, excesses, Political Parties, Trade Union, Public Administrations, integral and systematic regulation

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Concepto, notas características y requisitos de la acción popular; 3. Fundamentos de la acción popular; 4. Abusos en el ejercicio de la acción popular; 5. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del resto de países de nuestro entorno³⁰⁴, se caracteriza, entre otras cosas, porque el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) no ostenta el monopolio de la acción penal. Esta circunstancia constituye una de las peculiaridades más reseñables del sistema procesal español.

Efectivamente, la acción penal en nuestro ordenamiento puede ser ejercitada por el MF, pero también, de acuerdo a lo previsto en el artículo 109 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), por el ofendido y perjudicado por el delito —acusador particular o privado para los supuestos, en éste último caso, de delitos privados— o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular en virtud de los artículos 125 de la Constitución Española (en adelante, CE) y 101 y 270 de la LECrim —acusador popular—.

2. CONCEPTO, NOTAS CARÁCTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Se conoce con el nombre de acusador popular a la persona que comparece en el proceso solicitando la imposición de una pena al autor de un delito del que no ha sido ofendido ni perjudicado. Por tanto, el acusador popular es siempre una parte acusadora, de carácter privado y voluntaria o contingente.

En cuanto al término “acusación popular”, tiene su origen en la expresión del derecho romano *actio quivis ex populo*, y se refiere a la posibilidad de que una persona, en nombre de toda la sociedad, sostenga la acusación en relación con un delito determinado.

De acuerdo con GIMENO SENDRA³⁰⁵, la acción popular presenta tres notas características:

Primera, constituye un derecho constitucional. Y si bien, no está prevista dentro del catálogo de derechos fundamentales (Capítulo II del Título I de la CE), puede llegar a integrar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE; pero para ello es necesario que “la defensa del interés común sirva, además, para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación popular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo [...] siempre que ello sea apreciable y subjetivamente defendible. Ahora bien, en aquellos supuestos en que no se acredite la existencia de dicho interés la acción popular ejercitada sólo podrá acogerse a la protección del artículo 24.1 de la CE en su dimensión material, cuya protección, únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en error patente” (STC, Sala 1^a, n^o 79/1999, de 26 de abril [recurso de amparo 1659/1997; ponente: Garrido Falla]).

Segunda, es un derecho de configuración legal, de manera que es la ley la que debe determinar en qué ámbito actúa y qué requisitos deben concurrir para poder ejercitar la acción popular. Ahora bien, que la acción popular sea un derecho de configuración legal no implica que el legislador goce de absoluta libertad a la hora de desarrollarla, ya que no puede ni suprimirla, ni regularla de tal forma que se desvirtúe su contenido.

Tercera, es un derecho activo y cívico, puesto que, mediante la acción popular, los ciudadanos pasan a ejercitar una función pública, cual es la acusación, tradicionalmente considerada como monopolio del Estado³⁰⁶.

Por otro lado, el ejercicio de la acción popular exige la concurrencia de tres tipos de requisitos: Desde el punto de vista subjetivo, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha señalado que

³⁰⁴ Para un estudio en profundidad sobre la acción popular en el Derecho comparado, se recomienda: J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. 119-187.

³⁰⁵ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n^o 31, septiembre de 1993, págs. 87-94.

³⁰⁶ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n^o 31, septiembre de 1993, p. 91

tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ejercitar la acción popular (STC, Sala 1^a, n^o 129/2001, de 4 de junio [recurso de amparo 799/1998, ponente: Cachón Villar]).

No obstante, las personas jurídico-públicas, a diferencia de las privadas, requieren que un precepto con rango de ley —puede ser autonómica o, incluso, local— expresamente prevea su legitimación para ejercitar la acción popular por el delito concreto (SSTC, Sala 2^a, n^o 8/2008, de 21 de enero [recurso amparo 4029/2005; ponente: Gay Montalvo] y Sala 2^a, n^o 67/2011, de 16 de mayo [recurso de amparo 984/2008; ponente: Ortega Álvarez])³⁰⁷.

En todo caso, de acuerdo con los artículos 102 y 103 de la LECrim, y a diferencia de la acusación particular, no gozan de legitimación para ejercer la acción popular: los menores; los incapacitados; los jueces; los que hayan sido condenados dos veces por sentencia firme como autores del delito de denuncia o querrela calumniosa; los cónyuges entre sí, salvo por delitos cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos; y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o afinidad, salvo por delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros. Además, es de significar que, según lo previsto en los artículos 125 de la CE, 101 y 270 de LECrim, y 19.1 de La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) la acción popular queda expresamente reservada a los ciudadanos españoles.

Desde el punto de vista objetivo, solo se puede ejercitar la acción popular en los delitos públicos. Esto es, quedan excluidos de su ámbito los delitos privados y semipúblicos.

Desde el punto de vista de la actividad, y a diferencia de lo que ocurre con la acusación particular, el ejercicio de la acción popular exige la interposición de querrela (artículo 270 de la LECrim) y la prestación de fianza (artículo 280 *in fine* de la LECrim), a fin de servir de garantía de “las resultas del juicio”. No obstante, estos dos requisitos han sido “mitigados” por la Jurisprudencia al no exigirse querrela y fianza cuando el proceso penal ha sido ya incoado y concurren indicios sólidos de la comisión del delito (STS, Sección 1^a, n^o 702/2003, de 30 de mayo [n^o de recurso 3374/2001; ponente: Giménez García]).

Una vez admitida su personación, el acusador popular se convierte en una parte más del proceso, actúa con plena autonomía y puede asumir su propia posición jurídica, esto es, no constituye una acusación adhesiva o dependiente de la acusación pública o de la particular. Por tanto, una vez personado puede tomar conocimiento de lo actuado en el procedimiento (artículos 302, 771.1^a y 776.3 de la LECrim), participar en las diligencias que estén pendientes (artículo 302 de la LECrim), interesar la práctica de nuevas diligencias de investigación (artículos 311, 312, 771.1^a y 776.3 de la LECrim), instar la adopción de medidas cautelares (artículo 505.1 de la LECrim) y pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y formular acusación.

Finalmente, debe indicarse que, desgraciadamente, la acción popular no goza del mismo régimen jurídico en el procedimiento ordinario que el procedimiento abreviado. Así, mientras que en el procedimiento ordinario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 649 y ss. de la LECrim, se puede acordar la apertura de juicio oral únicamente con la acusación popular, no ocurre lo mismo en el procedimiento abreviado, ya que la STS, Sección 1^a, n^o 1045/2007, de 17 de diciembre [n^o recurso 315/2007; ponente: Bacigalupo Zapater], haciendo una interpretación puramente gramatical del artículo 782.1 de la LECrim, consideró que, cuando el MF y la acusación particular no formulan acusación, debe acordarse el sobreseimiento de las actuaciones. No obstante, esta doctrina fue, a los pocos meses, matizada y complementada mediante la STS, Sección 1^a, n^o 54/2008, de 8 de abril [n^o recurso 408/2007; ponente: Marchena Gómez], que afirmó que cuando se está en presencia de intereses supraindividuales, donde no existen perjudicados individualmente identificados, sí se puede acordar la apertura del juicio oral a instancia

³⁰⁷ Esta posibilidad ha sido duramente criticada por OCHOA MONZÓ al señalar que “esta especie de aval constitucional se nos antoja inquietante y preocupante por dos razones en particular: en primer lugar, porque resulta potencialmente peligroso por cuanto el mayor o menor ejercicio de la acción popular —protección o desarrollo, si se prefiere— dependerá de cada CCAA en atención a las competencias asumidas, lo que podría dar lugar a desequilibrios en el nivel de protección y ejercicio de la acción popular que conduciría a interpretaciones diversas y podría conllevar al absurdo de encontrarnos con diversas regulaciones de la acción popular según el territorio y el espacio —y no sólo autonómico, puesto que también podrían entrar en juego las administraciones locales ¿por qué no?— y lo que parece más grave, que se reconozca a nivel autonómico lo que parece proscrito a nivel estatal; y en segundo lugar, [...] que es la controvertida y delicada cuestión de si estando ante normas que regulan cuestiones de legitimidad procesal las CCAA tienen competencias para poder regularlas”. V. OCHOA MONZÓ, “La acción popular”, p. 134 en C. CUADRADO SALINAS (Coord.), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011.

únicamente de la acusación popular³⁰⁸.

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Tradicionalmente, se ha sostenido que la acción popular presenta un doble fundamento: como instrumento de participación de los ciudadanos en el Poder Judicial³⁰⁹ y como mecanismo de fiscalización del MF ante la desconfianza que puede generar su actuación o su falta de actuación³¹⁰.

Por un lado, si todos los ciudadanos tienen derecho a la paz pública y, por tanto, padecen el daño que produce el delito, todos deben estar legitimados para defender ese interés. Es decir, si todo hecho delictivo supone una vulneración del orden social, se debe reconocer a todos los miembros de la sociedad el derecho de instar, en nombre de ésta, el restablecimiento del orden vulnerado³¹¹. En palabras de OROMÍ VALL-LLOVERA: “Al garantizarse a través de la acción popular la participación de todos los ciudadanos en la Administración de Justicia, se establece un sistema de colaboración ciudadana con uno de los poderes propios del Estado y se otorga a la ciudadanía determinadas facultades que normalmente, sobre todo, en el sistema continental, ostentan los órganos estatales”³¹². Y es esa colaboración ciudadana con uno de los poderes del Estado, la que ha llevado, a parte de la doctrina³¹³, a considerar que la acción popular es una auténtica escuela de ciudadanía

Por otro lado, la acción popular se convierte en un mecanismo fiscalizador de la actuación del MF. Un instrumento de contrapeso al poder del MF, sobre todo en el ámbito de la corrupción política, en donde la Fiscalía, debido a sus vinculaciones con el Ejecutivo, puede no estar siempre dispuesta a actuar.

Así, la acción popular vigila, complementa y suple al MF. En cuanto vigila —señala ALMAGRO NOSETE³¹⁴—, la acción popular no actúa, simplemente observa; en cuanto complementa, se muestra coincidente con los intereses que representa el MF; y en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses.

En este sentido, GIMENO SENDRA³¹⁵ afirma que la acusación popular se convierte en el último reducto de la defensa de la legalidad frente a una eventual “burocratización” del MF, sobre todo en la perseguibilidad de aquellos delitos que, por comprometer el patrimonio social colectivo o por presuponerse un escaso interés en la persecución por parte del Gobierno (la “criminalidad gubernativa”), la sociedad puede llegar a confiar más en la acusación popular que en la pública.

³⁰⁸ Para un estudio en profundidad sobre las dos sentencias, se recomienda: J.A. TOMÉ GARCÍA, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, págs. 302-306 en J.M. CHOZAS ALONSO (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015 y J. GIMÉNEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo”, págs. 213-236 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³⁰⁹ En este sentido se han pronunciado, entre otros, los siguientes autores: V. MORENO CATENA / V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 111-112; J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017; y F. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.

³¹⁰ Vid.: S. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 343; C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, págs. 81-100 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona; J. BANACLOCHE PALAO / J. ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015, p. 94; J.M. ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 62-63; y M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, p. 156 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.

³¹¹ J. MONTERO AROCA / J.L. GÓMEZ COLOMER / S. BARONA VILAR / I. ESPARZA LEIBAR / J.F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 80.

³¹² S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 40-41.

³¹³ J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, p. 227 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

³¹⁴ J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, p. 228 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

³¹⁵ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n° 31, septiembre de 1993, págs. 88-89.

A nuestro juicio, el hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico, el MF no goce del monopolio de la acción penal constituye un eficaz mecanismo de contrapeso de posibles actuaciones desviadas de la acusación pública. La acción popular se convierte en una eficaz herramienta que contrapesa la eventual “permeabilidad” de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Ejecutivo³¹⁶. Además, la posibilidad de que haya varios acusadores implica, por definición, la posibilidad de controles recíprocos entre ellos³¹⁷.

4. ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

De un tiempo a esta parte, tanto la doctrina³¹⁸ como la Jurisprudencia³¹⁹ han venido señalando los diferentes abusos o excesos que se producen en el ejercicio de la acción popular. Así, lamentablemente, no siempre lo que motiva a una persona física o jurídica a ejercitar la acción popular es la colaboración con la Justicia, la defensa de la legalidad y el servir de contrapeso del MF, sino móviles espurios, el chantaje y la venganza.

Junto a grupos de ciudadanos que, ejercitando la acción popular, han jugado un papel muy decisivo en algunos de los grandes procesos penales de los últimos tiempos —sobre todo en aquellos relacionados con la corrupción política—, también han sido muchas las ocasiones en las que se han personado como acusación popular personas físicas y jurídicas que han mantenido motivos ajenos a la defensa de la legalidad.

Ya en 1934, el gran procesalita ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO afirmaba que el ejercicio de la acción popular era peligroso porque “suele ser el arma de pasiones excitadas, la representación de los más audaces, y no, como su nombre parece indicar, la de los más numerosos: hasta puede ser (el caso se ha presentado, desgraciadamente) la confabulación de abogados sin escrúpulos con la defensa. Para todo sirve, menos para obtener algo medianamente provechoso [...]”³²⁰.

Por otro lado, capítulo aparte merece la perversión de la acción popular por la proliferación de querellas políticas y por la personación de personas jurídico-públicas³²¹.

Desgraciadamente, cada vez son más los casos de partidos políticos “que, situados en la oposición, acuden a la acusación popular con el objetivo de desprestigiar al partido instalado en el poder y obtener un triunfo que, sin tales querellas, no alcanzaría únicamente en la arena electoral”³²². Este aumento de querellas políticas está produciendo, desde hace años, el traslado de la lucha electoral a los juzgados y la utilización del proceso penal para fines torticeros³²³.

³¹⁶ DEL MORAL GARCÍA con bastante elocuencia afirma que “La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual *permeabilidad* del Fiscal General del Estado y por derivación del Ministerio Fiscal a los intereses del Poder Ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el Fiscal puede verse inclinado a posturas más pasivas [...]. No son necesarios muchos esfuerzos memorísticos para que acudan a la cabeza asuntos de relieve social en que estaban implicados los aparatos del poder político en los que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al Instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente describable entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras condiciones algunos de estos procesos no hubiesen llegado a buen puerto, y se hubiese visto abocado al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencias y haciendo de *voz de conciencia* de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos pues ha fortificado la independencia del Poder Judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al Fiscal frente al Poder Ejecutivo”, en A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n^o 2186, febrero de 2016, p. 216.

³¹⁷ L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 157.

³¹⁸ *Vid.*: F.J. LARA PELÁEZ, “La acción popular en el siglo XXI. Usos y abusos”, págs. 620-630 en E. ORTEGA BURGOS (Director), *Actualidad penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017; y P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 162-167.

³¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n^o 8/2005, de 30 de mayo (n^o de recurso 2/2005; ponente: Delgado García).

³²⁰ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Góngora, Madrid, 1934, p. 20.

³²¹ Nos estamos refiriendo a la personación de: la Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA, las entidades que integran la Administración Local o las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

³²² V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 26.

³²³ Como señala AYA ONSALO, no resulta extraña la personación de un partido político “en procedimientos en los que resulta imputado un político afiliado al mismo partido que pretende personarse en el procedimiento, sin que su

En cuanto al ejercicio de la acción popular por parte de instituciones u organismos públicos: en la actualidad, no es extraño la presencia de CCAA o corporaciones locales en causas penales por delitos graves con gran repercusión mediática³²⁴. En nuestra opinión, la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan ejercitar la acción popular no se aviene, para nada, ni con el ejercicio de un derecho de participación ciudadana ni con su función de servir contrapeso al poder del MF³²⁵. Su presencia en los procesos penales constituye, ni más ni menos, “un mecanismo publicitario de primer orden para concretos fines políticos”³²⁶.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Antes de exponer nuestras conclusiones, conviene señalar, como dato empírico, que en la grandísima mayoría de los procesos penales no está personada ninguna acusación popular³²⁷.

Como se ha aducido³²⁸, la necesaria e inaplazable reforma de nuestro sistema procesal parece avocarnos a valorar únicamente aquellas instituciones que provienen del derecho comparado; pero, quizá, va siendo hora de abandonar nuestra acostumbrada autocrítica y valorar instituciones genuinamente españolas, como la acción popular, que han cumplido y cumplen una importante función en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a aquellos autores³²⁹ que, abiertamente, defienden la abolición de la acción popular al no estar reconocida en el resto de países de nuestro entorno y al existir un órgano público, como el MF, destinado a ejercer la acusación, abogamos por su mantenimiento; pero, eso sí, con limitaciones. A nuestro juicio, la acción popular se debe preservar, sobre todo, si finalmente el MF llega a asumir la dirección de la investigación de los delitos.

Si bien es cierto que la idea de la acción popular como contrapeso al poder del MF estaba más justificada en tiempos pretéritos en los que éste era el apéndice del Gobierno, en la actualidad sigue teniendo vigencia al encontrarnos ante una Fiscalía en la órbita del Ejecutivo.

Consideramos que podrían existir riesgos de falta de imparcialidad en la actuación del MF — sobre todo de cara a la tan poderosa opinión pública— si éste, además de dirigir la investigación de los delitos, ostentase en régimen de monopolio la acción penal. Podrían surgir suspicacias, derivadas de su vinculación con el Gobierno, si el MF en casos de corrupción no ejercitase la acción penal. Así, el hecho de que el MF no ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal constituye un instrumento que contrapesa la eventual permeabilidad de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Gobierno. Sobre todo, en los supuestos de la llamada criminalidad gubernativa.

Por otro lado, si bien es cierto que en el uso de la acción popular se han cometido abusos, los beneficios que ha aportado y que aporta a nuestro sistema son mayores que sus puntos negros. La constatación de los abusos en su ejercicio no constituye un argumento decisivo para abolir la acción popular³³⁰. A nuestro modo de entender, la actuación de la acción popular desviada de lo

intervención sea precisamente el ejercicio de la acusación, sino más bien todo lo contrario: bien ejercer una defensa indirecta, bien estar enterados de datos o pruebas que puedan perjudicar al propio partido político. El ejemplo más típico será el de un proceso de malversación de fondos públicos contra un concejal de un determinado partido. El partido puede personarse en el procedimiento con la externa finalidad de ayudar a la Justicia a depurar eventuales responsabilidades, pero también con la finalidad de que su nombre quede incólume, o incluso con la finalidad de ver si surgen pruebas que pudieran implicarle en un presunto delito de financiación ilegal”, en A. AYA ONSALO, “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”, p. 201 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³²⁴ Casos paradigmáticos son los relativos a los homicidios cuando la víctima ha sido una mujer.

³²⁵ J.I. ECHANO BASALDÚA, “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y los partidos políticos?”, p. 180 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos Penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³²⁶ J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, p. 426.

³²⁷ Según MONTERO AROCA, la presencia de acusaciones populares no llega ni al 1% del total de los procesos penales. J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, págs. 293-294.

³²⁸ J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, p. 107 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

³²⁹ Vid. por ejemplo: P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 159-160.

³³⁰ A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n^o 2186, febrero de 2016, p. 216.

que representan sus fines ha de contrarrestarse, no con su abolición, sino con una adecuada regulación. Una regulación, por otra parte, integral y sistemática y que no desvirtúe ni su contenido constitucional ni su fundamento.

Así las cosas, proponemos una regulación de la acción popular orientada hacia tres finalidades distintas: primera, que constituya un auténtico mecanismo de contrapeso al poder del MF; segunda, reducir al mínimo los posibles abusos o excesos de su ejercicio; y tercera, evitar que la acción popular pueda ser un obstáculo para el archivo del proceso por motivos de oportunidad “reglada”.

Para cumplir estas finalidades, abogamos, por establecer una doble limitación objetiva y subjetiva.

En primer lugar, siguiendo el modelo del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, proponemos que solo pueda ejercitarse la acción popular en los siguientes supuestos: delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (artículos 305 a 310 del CP); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículos 319 y 320 del CP); delitos contra el medio ambiente (artículos 325 a 331 del CP); delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (artículos 404 a 418 del CP); delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos (artículos 419 a 435 del CP); delitos de fraudes, exacciones ilegales y de corrupción en las transacciones internacionales (artículos 436 a 445 del CP); delitos de prevaricación judicial (artículos 446 a 449 del CP); delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del CP; delitos de terrorismo; y los delitos electorales (artículos 139, 140, 146, 149 y 150 de la LO 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral).

De esta forma, solo podría ejercitarse la acción popular cuando estuviésemos o bien ante delitos que afectasen a bienes jurídicos supraindividuales o de titularidad colectiva (víctimas difusas y no concretas), o bien ante delitos en los que estuviesen implicados políticos o funcionarios públicos y que su persecución penal pudiese resultar incómoda desde punto de vista político —la llamada criminalidad gubernativa—.

En nuestra opinión, si como consecuencia del delito existe una víctima individualizada, no está justificada que una acusación, distinta de la particular y de la pública, pueda sostener la pretensión penal. Si el delito ha provocado un perjuicio personalmente individualizado lo coherente es que el ejercicio de la acción penal se deje exclusivamente en manos del órgano público —el MF— y del perjudicado u ofendido —la acusación particular—. Además, piénsese que, en estos casos, se puede dar el supuesto de que la víctima no quiera ejercitar la acción penal —por las razones que sean—, el MF considere que no hay indicio alguno para acudir a juicio, y un tercero, ajeno a los hechos, como acusador popular, sostenga a capa y espada la acción penal. También carece de justificación alguna que una acusación popular pueda llegar, por su terquedad, a bloquear el archivo por motivos de oportunidad, cuando tanto la víctima como el MF estén por la labor. El archivo por razones de oportunidad “reglada”, debido a las ventajas que ofrece, no puede dejarse al albur del criterio de un tercero ajeno al conflicto.

Por otro lado, en el listado propuesto de delitos se encuentran precisamente todos aquellos en que, *a priori*, la acción popular podría desempeñar ese papel de contrapeso al poder del MF. Esto es, al abogar por que se permita ejercitar la acción popular en delitos donde pudiesen estar implicados políticos o funcionarios públicos, se evita que un posible MF condescendiente con este tipo de conductas provoque su impunidad. De esta forma, la acción popular se convertiría en una eficaz herramienta que contrapesaría la eventual permeabilidad de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Ejecutivo.

En segundo lugar, de acuerdo con lo previsto en el Anteproyecto de LECrim de 2011 y en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, proponemos que se prohíba ejercitar la acción popular a las Administraciones Públicas, a los partidos políticos y a los sindicatos.

Respecto a las Administraciones Públicas, nos parece que resulta absurdo e incoherente que puedan personarse como acusación popular, pues “si el Ministerio Fiscal actúa por el interés público carece de sentido la existencia en el proceso de dos intereses públicos”³³¹. El cumplimiento de los fines de interés social ya se cumple con el MF, por tanto resulta innecesario, por reiterativo, la constitución de otros entes públicos en acusadores populares por defender el mismo

³³¹ J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 298.

interés³³². Es necesario evitar que las Administraciones Públicas se conviertan en una especie de MF en paralelo o alternativo, por dos razones: “por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal”; y “porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados, pues, debería defenderse frente a dos entidades públicas”³³³.

Y en relación con los partidos políticos y sindicatos, es evidente que, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la CE, constituyen instrumentos esenciales para la participación política de los ciudadanos y para la defensa social de los trabajadores; pero no creemos que el ejercicio de la acción popular sea un medio adecuado para lograr el cumplimiento de sus fines³³⁴. Ni, mucho menos, un mecanismo de participación ciudadana en el Poder Judicial o de instrumento de control del MF.

Como hemos comentado, muchos de los abusos y excesos que se producen en el ejercicio de la acción popular derivan de la proliferación de las querellas políticas, por el traslado de la lucha electoral a los juzgados y la utilización, torticeramente, del proceso penal para fines electorales. Por tanto, si se prohibiese a los partidos políticos personarse como acusación popular se podría poner fin a las querellas políticas, a la situación actual en donde, desgraciadamente, en muchas ocasiones, la trifulca política cambia de escenario y se traslada a los juzgados³³⁵.

En otro orden de cosas, proponemos que, de acuerdo con el artículo 81.2 del Anteproyecto de LECrim de 2011, se extienda la facultad de ejercitar la acción popular a los ciudadanos de la Unión Europea. No resulta comprensible ni justificable que solo los españoles estén facultados para ejercitar la acción popular.

6. BIBLIOGRAFÍA

N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Góngora, Madrid, 1934.

J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, págs. 223-231 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, págs. 79-100 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

J.M. ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

A. AYA ONSALO, “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”, págs. 187-212 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

J. BANACLOCHE PALAO / J. ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015.

A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n° 2186, febrero de 2016, págs. 207-236.

L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

J.I. ECHANO BASALDÚA, “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y los partidos políticos?”, págs. 157-204 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos Penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

J. GIMÉNEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo”, págs. 213-236 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³³² C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, p. 89 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA, *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

³³³ Auto del TS, Sección 1ª, n° 2784/2007, de 13 de marzo (n° de recurso 20238/2006; ponente: Saavedra Ruiz).

³³⁴ J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 300-301.

³³⁵ M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, p. 157 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.

- V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007.
- V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, nº 31, septiembre de 1993, págs. 87-94.
- S. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.
- P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.
- J. LARA PELÁEZ, “La acción popular en el siglo XXI. Usos y abusos”, págs. 620-630 en E. ORTEGA BURGOS (Director), *Actualidad penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, págs. 149-160 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.
- J. MONTERO AROCA / J.L. GÓMEZ COLOMER / S. BARONA VILAR / I. ESPARZA LEIBAR / J.F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
- V. MORENO CATENA / V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- V. OCHOA MONZÓ, “La acción popular”, p. 114-166 en C. CUADRADO SALINAS (Coord.): *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- F. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.
- J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.
- J.A. TOMÉ GARCÍA, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, págs. 263-312 en J.M. CHOZAS ALONSO (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015.