

REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCESO PENAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA

Magistrado Sala II Tribunal Supremo

*Para Antonio Beristain, Maestro y Amigo del Alma,
con el recuerdo y la gratitud por tus enseñanzas deustenses,
y con agradecimiento por tu voz a veces tan crítica
como siempre necesaria, en favor de un derecho penal más
humanizado*

I. INTRODUCCIÓN¹

Con anterioridad a la Constitución, la única regulación legal de la acción popular estaba constituida por los arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se referían a ella de una manera fragmentaria.

Dice el art. 101 que la acción penal es pública y todos los españoles podrán ejercerla con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que viene a reiterarse en el art. 270.

Un salto cualitativo en el reconocimiento de esta singular institución, que no tiene precedentes en los sistemas penales de nuestro entorno cultural, está constituido por el explícito reconocimiento que de la acción popular se efectuó en el art. 125 de la Constitución a cuyo tenor “...los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine...”.

En idéntico sentido de facilitación del propio ejercicio de la acción popular se pronuncia el art. 19 LOPJ que establece que los ciudadanos de nacionalidad espa-

1. El presente escrito es un resumen de una ponencia más extensa desarrollada en un Curso de Formación de Jueces y Magistrados. Junio 2008.

ñaola podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley. Especialmente relevante en cuanto a la efectividad de su ejercicio es el art. 20-3º de la LOPJ que determina que “...no podrían exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...”, precisión que parece ser una manifestación del principio de reconocimiento de los obstáculos que impiden a los ciudadanos su participación en la vida política, económica, cultural y social del art. 9-3º de la Constitución y su necesaria remoción. También podemos referirnos al art. 406 de la LOPJ que establece que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces podrá incoarse, también mediante el ejercicio de la acción popular.

Obviamente, el devenir histórico de la acción popular ha ido acompasado a la situación política de España; no podía ser de otra manera, ya que siendo su ejercicio, no tanto una manifestación de la soberanía popular como lo fue en Roma, sino una manifestación de la democracia participativa, de la intervención del ciudadano en la cosa pública, resulta obvio que su incompatibilidad es clara en los regímenes políticos no democráticos, que no permiten la participación de los ciudadanos en la vida política, ni por tanto en la Administración de Justicia.

Por ello, durante mucho tiempo, la acción popular quedó fosilizada en los textos legales y en los pocos casos en los que se intentó su ejercicio, éste fue imposibilitado por el sistema judicial mediante las exigencias de fianzas elevadas al actor popular imposibles de prestar.

Esta etapa, claramente abolicionista de la acción popular comenzó a resquebrajarse con la vigencia de la Constitución, y definitivamente a dar paso a otra, claramente expansiva, a partir de la vigencia de la LOPJ cuya precisión sobre las fianzas admisibles fue esencial para modificar las inercias judiciales.

II. CONCEPTO Y NOTAS FUNDAMENTALES

En feliz expresión de Calamandrei, la acción popular puede catalogarse como un “*lujo del derecho*”, pues es escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia. No obstante hay que relativizar estos “*piropos*” porque esta institución es prácticamente desconocida en los países de nuestro entorno cultural, como ya se ha dicho, sin que por ello se pueda predicar un déficit democrático o cívico.

1. En primer lugar, hay que partir del reconocimiento constitucional de la acción popular que se recoge en el art. 125

Dada su ubicación sistemática, se puede cuestionar su naturaleza de derecho fundamental, ya que éstos se encuentran en la Sección I Capítulo II, Título I de la Constitución, arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30 en virtud de la expresa remisión que a ello se hace en el art. 53.

A ello se puede añadir que este derecho a la acción popular no se encuentra recogido en ningún Tratado Internacional de los firmados por España.

La actual doctrina del Tribunal Supremo, superadora de planteamientos diferentes anteriores, estima que la acción popular es un *ius ut procedatur* en el que el juez debe verificar si los hechos denunciados pueden tener incidencia penal, efectuando la

correspondiente encuesta judicial, determinando las responsabilidades a que hubiese dado lugar, pero en modo alguno el acusador popular tiene el derecho a la obtención de una condena, él no es el titular del *ius puniendi*.

De su consagración constitucional, se derivan dos consecuencias, como afirma Gimeno Sendra:

- a) La constitucionalización de la acción popular vincula al Poder Legislativo que no podrá derogarla, sí, modular su ejercicio como luego se verá y
- b) Sin llegar a ser un derecho fundamental *strictu sensu*, constituye un *ius ut procedatur* que afecta al principio de la tutela judicial efectiva, por lo que la práctica judicial no puede poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten.

2. Es un derecho de configuración legal

No hay más que releer el art. 125 de la Constitución, el art. 19 LOPJ o el art. 101 y 270 de la LECriminal para observar que el *leiv motiv* de estos artículos es que tales preceptos se refieren a la ley ordinaria para el ejercicio de la acusación popular.

Los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo contenido, extensión y ámbito queda regulado en la ley ordinaria, precisan un desarrollo legal, por eso, permiten variaciones y modificaciones que el legislador ordinario pueda introducir con la sola salvedad de no poder vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho.

3. Es un derecho cívico-activo

Siguiendo con la clasificación de derechos subjetivos que efectuó Jellinek, estima Vicente Gimeno que el derecho a la acusación popular hay que encuadrarlo en el *status activae civitatis*, es un derecho cívico *quibus ex populo*, como se ha dicho en referencia a la *Instituta* y así se recoge por Justiniano, basta estar en plenitud de derechos. La propia Constitución determina la titularidad de la misma “a los ciudadanos”. Ello supone que la acción popular queda excluida a los extranjeros, y tal vez tenga que ser revisada esta limitación a la luz del concepto de “ciudadanía europea”. Los ciudadanos extranjeros sólo podrán ejercer la acción penal si son perjudicados por el delito.

En este sentido hay que recordar que el Tratado de la Unión Europea en su art. 12 prohíbe toda discriminación y por ello no se admite que un ciudadano de la Unión Europea sea considerado extranjero en otro país de la Unión. No obstante, como también recuerda el autor citado, no dejaría de ser paradójico que un ciudadano de la Unión pueda ejercer la acción popular en España, y no lo pueda ejercer en su país de origen porque, como ya hemos dicho, no existe esta institución en los países de nuestro entorno.

Por otra parte, es un *derecho activo* porque a través de su ejercicio los ciudadanos pasan a ejercitar en *igualdad* con el Ministerio Fiscal una función pública como es la de acusar.

4. Legitimación de las personas jurídicas, instituciones u organismos

Sin perjuicio de reconocer que en un primer momento tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo fue contraria a la legitimación de las personas jurídicas para actuar como acusadores populares, hoy la cuestión está resuelta afirmativamente.

La STC 62/83 –síndrome tóxico–, fue la primera que abordó el tema de la acción popular, y aunque desestimó el recurso de amparo instado por la cuantía de la fianza impuesta, le reconoció a la acción popular el carácter de derecho fundamental.

Más restrictiva fue la doctrina sentada en la STC 147/85; *con posterioridad* acogándose a la doctrina integradora que estima que la acción popular es un derecho fundamental pero que *no se deriva directamente* del art. 24-1, se pronunciaron en sentido positivo las SSTC 34/94, 50/98 y 79/99.

Prácticamente esta es la *posición actual* del Tribunal Constitucional como lo acredita las recientes SSTC 311/2006 y 8/2008.

Obviamente, la admisión de las personas jurídicas y las instituciones y organismos públicos como legitimados para el ejercicio de la acción popular, lleva consigo extender dicha legitimación a asociaciones o entidades privadas. En tal sentido, las Asociaciones de Consumidores o Usuarios, la protección del medio ambiente, en definitiva las entidades que tiene por actividad la defensa de intereses difusos y por tanto colectivos, tienen legitimación para el ejercicio de la acción popular.

5. Exclusiones a su ejercicio

En síntesis, puede decirse que los excluidos del ejercicio de la acción pública son los mismos que están excluidos de la acción penal en los términos referidos en el art. 102 LECriminal.

6. Excepciones al ejercicio de la Acción Popular

En determinadas jurisdicciones no está permitida la acción popular. Estas excepciones constituyen una manifestación de la naturaleza de esta institución como de configuración legal, lo que supone que el legislador ordinario puede establecer limitaciones y prohibiciones a su ejercicio.

Es constante la jurisdicción de la Sala I –Civil– del Tribunal Supremo que tiene declarado que la acción popular consagrada en el art. 125 de la C.E. no es aplicable en la actualidad al proceso civil –STS de 3 de Mayo de 2000–.

Tampoco está reconocida en la Jurisdicción Militar.

Las SSTC 64/99, 81/99 y 280/2000 deniegan el amparo a diversas asociaciones a las que en la instancia se les había denegado por la jurisdicción militar su personación como acusación popular. En síntesis, afirma el Tribunal Constitucional que “...la acción popular sólo existe cuando la ley lo establezca, sin que su existencia venga inexorablemente ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva...”.

Tampoco existe en el Derecho Penal del Menor por prohibición expresa contenida en su art. 25 “...en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares...”.

La vigente Ley del Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de Junio del 2008, reconoce la acción popular en el ámbito de actuación de dicha Ley en su artículo 48.

7. Sobre las costas de la Acusación Popular

En materia de costas del proceso es reiterada la doctrina de la Sala II que tiene declarado que el ejercicio por personas físicas o jurídicas de la acción popular, aunque prosperen sus tesis acusatorias, no puede dar lugar a condenar al imputado a las costas de dicha acusación popular.

En este sentido SSTS de 24 de Octubre de 1998, 16 de Noviembre de 1998, 29 de Marzo de 1999, 12 de Febrero de 2001 y 31 de Octubre de 2002.

Ahora bien, tratándose de Acusaciones Populares en defensa de intereses generales o difusos, el criterio expuesto puede no ser el más adecuado y así lo reconocen las SSTS 149/2007, 381/2007. Especialmente relevante es la STS de 17 de Noviembre de 2005 –nº 1318/2005–. Esta última impone al condenado las costas de la Acusación Popular; se trataba de un delito medioambiental en el que la acusación popular estaba ejercida por una asociación.

III. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

Son cuatro:

1. Necesidad de formular querrela.
2. Exigencia de prestar fianza.
3. Intervención mediante abogado y procurador.
4. Que el hecho ofrezca *prima facie* los caracteres de delito o falta.

Por lo que se refiere a la formulación de querrela, esta es imprescindible si con ella se inicia el proceso penal. En el caso de que se trate de un proceso ya iniciado bien por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, la jurisprudencia de la Sala II con un criterio muy expansivo ha venido a exonerar del requisito de la querrela al actor popular. Hay que decir que la ley no contempla este caso ni por tanto excepciona de la presentación de querrela al actor popular en tal caso. Se está ante una interpretación jurisprudencial.

Por lo que se refiere a la *fianza* esta debe ser proporcionada y adecuada a la capacidad económica del actor popular. El art. 20 de la LOPJ en su párrafo 3º señala que:

“...no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impiden el ejercicio de la acción popular...”.

En tal sentido, se pueden citar entre otras las SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985 que tempranamente sentaron la doctrina de que podría llevar a una efectiva

indefensión, prohibida por el art. 24-1º de la Constitución, la exigencia por el órgano judicial de fianzas en una tal cuantía a quienes pretendieran interponer querrela para el ejercicio de la acción popular que en la práctica desembocaría en una efectiva imposibilidad de su ejercicio.

En lo que se refiere a la *intervención de abogado y procurador*, caso de existir varias acusaciones populares, se plantea el problema de la litigación conjunta ex art. 113 LECriminal.

La STC 193/91 concedió el amparo solicitado por el actor popular contra la decisión del juzgado de actuar bajo una misma y única dirección letrada a las varias acusaciones populares. Sostiene el Tribunal Constitucional que las partes acusadoras pueden encomendar su representación y asesoramiento jurídico a persona de confianza, sin que el art. 113 LECriminal sea obstáculo. Sólo en el caso de que se de la suficiente convergencia entre las diversas partes acusadoras de suerte que de no actuar conjuntamente se daría una repetición de diligencias, podría aceptarse la misma dirección letrada.

En el caso estudiado no se daba, y por ello concedió el amparo.

Idéntica doctrina se dio en la STC 154/1997 de 29 de septiembre aunque en este caso verificó que sí existió una convergencia de posiciones y aplicó el art. 113 que tiene por finalidad evitar dilaciones indebidas.

Recientemente ante el ejercicio de una acción popular por los mismos hechos que motivaron el ejercicio de una primera acción popular por una asociación, se acordó que la segunda asociación querellante actuara bajo la misma dirección y representación que la primera tras verificar la identidad de ambas querellas y con apoyo en el artículo 113 de la LECriminal. Se trata del auto de 15 de Junio 2009, Causa Especial Recurso 20153/2009.

En general hay que reconocer que la doctrina de la Sala II ha sido, en gran medida, muy favorable a la legitimación de la acción popular, sin duda, a mi juicio, influenciada por el aire democratizador que esta institución tuvo a partir de la Constitución y también –como ya previó Francisco Silvela– por una inconfesada y apriorística desconfianza al Ministerio Fiscal por su conexión con el Poder Ejecutivo al ser el Fiscal General del Estado cargo de confianza nombrado por el Gobierno.

También existen, no obstante, algunas llamadas de atención y en tal sentido la STS 1300/93 de 5 de junio ya exigía el máximo cuidado en los casos:

“...en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión y sin que pueda servir de sustento a ese interés (y este es el caso) la defensa genérica de la moral pública...”. En el mismo sentido, STS 438/2001.

IV. ABUSOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Llegados a este punto, y antes de pasar al estudio de las dos últimas sentencias dictadas por esta Sala sobre la acción popular (casos Botín-Santander y caso Atutxa) es conveniente reflexionar sobre el abuso que de la acción popular se ha estado haciendo

en los Tribunales y sobre las medidas que pudieran adoptarse, no para su supresión o eliminación pura y simple, sino para cortar tales abusos.

Con Gimeno Sendra, se puede coincidir en el rol que pueda seguir jugando la acción popular en lo que se refiere a la defensa de “*intereses difusos*” como los sindicatos en referencia a los delitos contra la seguridad en el trabajo, las asociaciones de derechos humanos en el delito de tortura, los ecologistas o asociaciones de consumidores en los delitos ecológicos, de urbanismo, contra la salud pública, etc., etc., todas estas organizaciones merecen el calificativo de parte legítima –aunque no directamente perjudicados– en la presunción de tales delitos.

Ahora bien, no cabe tampoco olvidar la proliferación de querellas políticas que suponen una intolerable instrumentalización del proceso penal para fines ajenos a la justicia, con un desgaste, también intolerable, para los operadores judiciales y el propio colectivo judicial. En la Sala II existen suficientes datos concretos que avalan lo dicho.

A mi juicio, debería llamarse la atención sobre el mayor rigor de los juzgados ante los que se intenta ejercer la acción popular. Hay que ser riguroso en la existencia de la querrela y fianza, y sobre todo en la averiguación de un verdadero interés en la defensa de los intereses difusos que se propone actuar el acusador popular. Creo que la admisión de la acusación popular ha sido *con frecuencia rutinaria*, y ciertamente sin una pasividad del operador judicial no se puede explicar el abuso en el ejercicio de la acusación popular.

Esta reflexión sobre los abusos de la acción popular y la necesidad de acotamiento no es una situación reciente.

Algunas referencias más recientes:

1. La *Fiscalía General del Estado* en bastantes ocasiones ha llamado la atención sobre la extraordinaria amplitud que la acción popular está reconocida en la jurisprudencia. Ya en la Memoria de la Fiscalía del año 1996, en las pp. 701 a 721 se hacían diversas reflexiones en tal sentido, que se repiten en la Memoria del año 1999 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Vale la pena retener este párrafo:

“...la necesidad de establecer una moderna regulación, de ámbito mucho más restrictivo, que evite los abusos y arbitrariedades que, en procesos de gran trascendencia pública y extraordinaria gravedad, se han dado con notable apoyo mediático y que no han venido a aportar nada al esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, a la administración de justicia...”

Con anterioridad, ya la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 apuntaba que no son siempre intereses puros de colaboración con la Administración de Justicia, los que animan al ejercicio de la acusación popular sino un oportunismo mediático.

2. En el *Pacto de Estado* para la reforma de la Justicia, firmado el 28 de Mayo de 2001, en el punto 17, relativo a la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre los puntos a contemplar se preveía en el apartado b) del referido punto 17:

“...La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular...”

3. La reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dada por la Ley 38/2002 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

En la Exposición de Motivos se dice con claridad que dicha ley “...es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia...”.

Pues bien, en dicha ley se incluyó un artículo, el 782, cuyo contenido literal es como sigue:

“...1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas acordadas.

2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

- a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.
- b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días...”.

Basta observar que en el actual art. 782-2º letra a) se dice que

“...podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados no personados, para que dentro del plazo... comparezcan a defender su acción...”

De entrada, esta invitación *ex novo* a intervenir en el proceso abreviado o búsqueda de acusador no existía antes de la reforma de la Ley 38/2002, como ya se ha dicho, y de otro lado, tal invitación a los perjudicados sería innecesaria si dentro del concepto de “acusador particular” del art. 782-1º se entendiese incluido el actor popular, pues en tal sentido carecería de sentido esa invitación o búsqueda de perjudicado. Si hubiera un actor popular, el proceso continuaría. Por lo tanto, cuando en dicho párrafo 1º se habla de “acusador particular”, éste no es el acusador popular.

En este momento, sólo me limitaré a reiterar la reflexión de que esta Ley 38/2002 es “fruto” del Pacto de Estado por la Justicia y que en éste se recoge la previsión de una regulación de la acción popular deslindándola de la particular.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1045/07 DE 17 DE DICIEMBRE Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO BOTÍN)

1. Supuesto de hecho

En la causa, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron el sobreseimiento. Después de esta petición se persona la Asociación para la defensa de Inversores y Clientes ejercitando la acción popular: también lo hizo como acusación particular Iniciativa per Catalunya-Verds.

El Juez Central aceptó las acusaciones efectuadas, dictando los autos correspondientes y remitiendo la causa a la Audiencia Nacional, cuya Sección III en auto de 20 de Diciembre dictó el Sobreseimiento Libre de las actuaciones por estimar que carecían de legitimación las dos acusaciones populares para acusar *en solitario*, a la vista de lo preceptuado en el art. 782 LECriminal.

Recurrida la decisión por las dos acusaciones populares, la Sala II, por mayoría confirmó la decisión de la Audiencia Nacional, rechazando los recursos de casación formalizados. Se contabilizaron cinco votos particulares en contra de la decisión y dos votos particulares concurrentes con la decisión de la mayoría –siete– aunque con argumentación diferente.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

Se formalizaron por ambos recurrentes idénticas denuncias a través de dos motivos encauzados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales. En el primer motivo se alegaba la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24-1º y que no ha existido modificación legal en la Ley 38/2002, y en el segundo, se alegaba la vulneración del art. 125 porque el derecho de la acusación popular es un derecho fundamental y autónomo e independiente de otras acusaciones.

Las respuestas de la Sala fueron las siguientes:

- a) El ejercicio de la acusación popular, no obstante su reconocimiento constitucional ex art. 125, no es un derecho fundamental al estar excluido del Capítulo II, Título I de la Constitución. No está incluido en ninguno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales firmados por España, tampoco está reconocido en las democracias europeas de las que forma parte España y, además, podría constituir un privilegio de “*los españoles*”, pues sólo a ellos se refiere la LECriminal. A este respecto, conviene precisar que, la Constitución se refiere a “*los ciudadanos*”, por lo que, a mi juicio, el término “*españoles*” pudiera ser interpretado desde el concepto de ciudadanía europea.
- b) Es un derecho de configuración legal, por lo tanto, el legislador ordinario está habilitado para determinar en qué procesos y en qué condiciones puede ejercitarse la acción popular. La Sala no admite que el fundamento de la acción popular lo constituya una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal que de la misma se derive la legitimidad para que pueda dirigir la acusación en solitario el acusador popular.

- c) El hecho nuevo que justifica el cambio de jurisprudencia se encuentra justificado en la redacción actual del art. 782 dada por la Ley 38/2002. No puede sostenerse que nada ha cambiado entre el viejo art. 790-3º y el actual 782, ambos de la LECriminal. Todo el debate parlamentario en torno al actual art. 782 y al término “*acusador particular*” tuvo por finalidad la idea de distinguir a éste del acusador popular, de suerte que cuando se nombra a aquel se excluye a éste. Se cita a este respecto la enmienda nº 133 (12) por su claridad y que se cita textualmente en el auto recurrido de la Audiencia Nacional “...*Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito...*” –f.jdco. primero, párrafo 14 de la sentencia de la mayoría–.
- d) La limitación operada es consecuencia de la configuración legal a que está sometida la regulación de la acción popular. Por otra parte la interpretación que se sostiene es ajustada al tenor literal del art. 782, y por lo tanto no puede ser tachada de interpretación “*contra legem*”, ni tampoco “*praeter legem*”.

En la propia LECriminal se distingue entre el acusador popular y el acusador particular. De los arts. 102 y 270 se deriva la distinción conceptual entre acusador particular y el acusador popular.

3. En los votos particulares (siete en total) hay que distinguir dos grupos:

- a) Dos votos concurrentes con la decisión de la mayoría, si bien con una argumentación de tipo procesal propia.
- b) Votos contrarios con la decisión de la mayoría, a los que me referiré.

Los cinco votos con distintos matices vienen a sostener una idéntica posición, a saber, que cuando el art. 782 se refiere al acusador particular, dentro de este concepto ha de estimarse incluido el actor popular, y, en consecuencia, el recurso de casación debió ser estimado con nulidad del auto de la Audiencia Nacional de 20 de Diciembre, devolución de la causa a dicho Tribunal para la continuación del proceso y colaboración del juicio oral contra los imputados. *Sus argumentos*, entre otros, son los siguientes:

- Nada ha cambiado la Ley 38/2002. Una modificación tan relevante como la que propugna la Sentencia debería haber sido más explícita y no emboscada.
- En el modelo de estado constitucional de derecho, no existe un principio de confianza entre instituciones, sino un sano principio de desconfianza.
- Se desactiva al actor popular en el momento cumbre del proceso, al privarle de dirigir la acusación en solitario, y ello lesiona el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La decisión de la mayoría deja en manos del Ministerio Fiscal la persecución de delitos contra bienes difusos en los que no existen víctimas directas, cuando, precisamente, en la defensa de tales bienes difusos (delitos contra la Administración, medioambientales, Hacienda, etc.) encuentra la acción popular su propio campo.
- El reconocimiento de abusos en el ejercicio de la Acusación Popular y la conveniencia de una más precisa regulación legal no justifica la cercenación

de posibilidades de actuación del actor popular que se deriva de la sentencia de la mayoría. En ocasiones el ejercicio de la acción popular ha sido el único mecanismo eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de hechos gravísimos.

- La interpretación del término “*acusación particular*” empleada en el art. 782 no debe efectuarse de forma aislada, sino integrándola con otros preceptos de la misma Ley en los que se refiere a partes personadas, acusaciones personadas, partes acusadoras.

VI. LA STS 54/2008 DE 8 DE ABRIL Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO ATUTXA)

1. Supuesto de hecho

La causa se inicia por delito de desobediencia contra el entonces Presidente del Parlamento Vasco y otras personas.

La causa se tramita en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dada la condición de aforados de los imputados. El Ministerio Fiscal formuló querrela así como el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias. La Instructora acuerda el sobreseimiento de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, recurren la Acusación Popular exclusivamente y con ella, en solitario, se formaliza la acusación, se abre el juicio oral y se dicta sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal sostuvo la tesis absolutoria.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación. La decisión de la Sala II fue la de estimar el recurso de la acusación popular, y revocando el fallo absolutorio, condenar a todos los absueltos en la instancia. Obviamente existieron votos particulares. Cuatro en contra de la decisión de la mayoría, un quinto, también contrario pero por otros razonamientos.

Realmente, visto el posicionamiento de la Sala en la anterior sentencia 1045/07, de alguna manera quedaba prefigurado el resultado de esta causa a salvo, como ocurrió, de un trasvase de votos del sector mayoritario de dicha sentencia a favor de los minoritarios en aquella sentencia, que, de este modo, conformaron una nueva mayoría en la sentencia 54/2008.

Dicho más claramente, los mayoritarios de la sentencia del caso Botín quedaron en minoría en la sentencia del caso Atutxa en virtud de un cambio de dirección del voto de algunos Magistrados.

De esta suerte el voto mayoritario estaba integrado también por nueve y el minoritario por cinco.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

En síntesis ya estaban anunciados en los votos particulares del “caso Botín”.

En definitiva, se viene a decir que el art. 782-1º exige como escenario que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular soliciten un sobreseimiento. En tal caso no

procede en solitario mantener la acusación el actor popular. Pero si el escenario es el de un Ministerio Fiscal que no acusa y no hay (o no puede haber) acusación particular personada por no existir perjuicio, y existe una acusación popular personada, entonces sí puede esta en solitario mantener la acusación. En palabras de la propia Sentencia f.jdco. primero apartado II:

“...En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico...”.

3. Argumentos de los votos particulares

Me centraré exclusivamente en los aspectos relativos a la acción popular.

Los votos particulares vienen a sostener las tesis mayoritarias de la sentencia del “caso Botín”, ya expuestos.

En la argumentación se incidió en las diversas enmiendas parlamentarias que dieron como resultado el actual art. 782 LECriminal, y en concreto se hizo referencia a la enmienda nº 133 del Grupo Parlamentario Catalán que decía:

“...la finalidad de la enmienda es esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales del acusado particular –como representante del perjudicado por la acción delictiva– y el actor o acusador particular...”.

así mismo se hizo referencia a enmiendas semejantes de los Grupos Parlamentarios PNV y PSOE.

La distinción que se efectúa en la Sentencia del “caso Atutxa” atenta al principio de igualdad ante la Ley, pues, paradójicamente, los imputados por delitos sin víctimas ni perjudicados, estarían expuestos a acusaciones populares, lo que no ocurriría en los otros delitos con víctimas, y ello les convertiría en ciudadanos de peor condición.

Se rechaza el pre-judicio de pasividad ante el Ministerio Fiscal olvidando que éste es un órgano constitucional, integrado en el Poder Judicial regido por un Estatuto Orgánico, contiene diversos mecanismos internos de control que refuerzan su independencia y los fines de la institución.

Frente a esta situación, mal remedio puede ser una acción popular sin exigencia de control sobre los intereses que dice proteger y cuando la experiencia acredita que la *“...desviación al sistema de justicia penal de conflictos escasamente jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su propio cometido, parece vehiculares, actualmente, a través del ejercicio de la acción popular en no pocas ocasiones...”*.

También se señala que con este cambio jurisprudencial queda en cuestionamiento el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9-3º de la Constitución *“...por lo que debe velar muy especialmente esta Sala, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria...”*.

Finalmente, se aboga en los votos particulares por una regulación sistemática de la acción penal por parte del Poder Legislativo.

VII. REFLEXIONES FINALES Y UNA CONCLUSIÓN

Como *primera reflexión*, hay que partir del hecho de que la acción popular no está equiparada en clave de absoluta igualdad a la acción pública que ejercita el Ministerio Fiscal, ni tampoco a la que ejercita el perjudicado/víctima.

Existen hasta tres diferencias que acreditan un trato legal diferente en relación a la acción popular: el actor popular debe formalizar querrela, prestar fianza y en materia de costas, salvo alguna excepción, por otra parte justificada a mi juicio, debe soportar los gastos procesales derivados del ejercicio de su acción aunque sus tesis se vean recogidas en la sentencia. El acusador particular está exento de presentar querrela, prestar fianza y las costas causadas le son impuestas al condenado.

Como *segunda reflexión*, estas diferencias no son sino una manifestación de tratarse de un derecho constitucionalizado *ex art. 125* pero de configuración legal, por lo que el legislador ordinario puede determinar el contenido y ámbito de la acción popular en el proceso penal, de igual manera que le ha excluido de otros ordenes jurisdiccionales –civil, militar y menores–.

Como *tercera reflexión*, y en relación al proceso de Sumario que es, recuérdese, el único proceso por delito –para todo delito– arbitrado originariamente en la LECriminal, a excepción del juicio de faltas, hay que examinar el tratamiento que se efectúa del sobreseimiento previsto en los arts. 634 y siguientes de la Ley, singularmente en el art. 642 y concordantes.

Determina este artículo que cuando el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento y “... *no se hubiere presentado en la causa querellante particular... podrá el Tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal...*”.

¿Quién es el querellante particular? ¿Quiénes son los interesados?

A mi juicio *sólo* puede ser el perjudicado o víctima, porque el supuesto contemplado en dicho artículo es que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, y, no existiendo perjudicado personado, se le notifique dicha petición del Ministerio Fiscal –si el Tribunal lo considera oportuno– a dicho perjudicado por si le interesa personarse y seguir con la acusación.

Sólo desde este planteamiento tiene sentido la prevención del art. siguiente, el 643 que determina que “...*si fuese desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos...*”. Obviamente no puede estar en paradero desconocido, como ya apuntaba Fairen Guillén toda la comunidad de ciudadanos españoles.

Es difícil no coincidir con esta interpretación dada la claridad de la Ley.

Cuarta reflexión relativa a la previsión de la Ley 38/2002. Es en el actual art. 782-1º donde se reproduce prácticamente la misma expresión del anterior art. 790-3º, en cuanto al vinculante sobreseimiento para el Juez instructor cuando éste sea pedido por el Ministerio Fiscal y el acusador particular, y a continuación, en el párrafo 2º se introduce la búsqueda del acusador particular a que se refiere el art. 642 que había sido omitido en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 7/1988, de suerte que actualmente existe una *absoluta equiparación* en lo relativo a la búsqueda del acusa-

dor particular tanto en el Sumario, *ex art.* 642 a 644 que en el procedimiento abreviado, *ex art.* 782, pues ahora el régimen es exactamente el mismo como lo acredita la comparación de los respectivos articulados.

Realmente no podría ser de otra manera porque el *principio de unidad* del Ordenamiento Jurídico y los derechos de la víctima/perjudicada no hubieran permitido un tratamiento diferente en función de que se tratase del Sumario o del Procedimiento Abreviado.

Tal vez una posible explicación de la doctrina amplia de la Sala II haya de encontrarse, como ya apuntaba Silvela, en la desconfianza o pasividad del Ministerio Fiscal en relación a la investigación de casos que pudieran inquietar al Poder Ejecutivo, dada la naturaleza de cargo de su confianza, del Fiscal General del Estado y la estructura jerárquica de este Ministerio. Creo que esta situación ha quedado superada. La última reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal –Ley 24/2007– y la profundización en su independencia (sin perjuicio de que se deba avanzar en esa línea), no permite, a mi juicio, seguir sosteniéndose esa sistemática desconfianza hacia su papel, ni menos postular que la desconfianza entre poderes sea el criterio que debe regir entre los mismos en un Estado de Derecho consolidado como el nuestro.

Las dos sentencias dictadas por la Sala II –“caso Botín” y “caso Atutxa”– si bien se ha dicho, creo que benévolamente, que no son contradictorias, sino complementarias, son a mi juicio claramente contradictorias porque sin reconocer que el propio campo de la acusación popular estaría en la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo que la doctrina llama los derechos de la tercera generación: medio ambiente, ordenación del territorio, seguridad en el trabajo, etc. etc., lo que debe de quedar claro es si se autoriza, en exclusiva, dirigir la acusación al actor popular y en concreto en qué tipos de delito.

Por ello, y como *conclusión*, creo que el legislador debe abordar una regulación completa de la acción popular en el proceso penal ante la confusión y falta de seguridad jurídica que no ha podido ofrecer la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, y en concreto determinar si es posible la apertura de juicio oral exclusivamente a instancias del acusador popular.

No se trata, como apresuradamente se ha dicho, de que se postule la supresión de la acción popular porque puede desviarse de sus fines lícitos, argumento que no sería atendible. El funcionamiento claramente patógeno de una institución no debe ser argumento para *sic et simpliciter* suprimir dicha institución, supresión que, por otra parte, sería imposible dado el reconocimiento constitucional de la acción popular.

Más limitadamente lo que se dice es si hoy, en la sociedad actual puede admitirse que un ciudadano, cualquier ciudadano, pueda ser llevado a juicio como imputado y sometido, de entrada, a la pena de banquillo, cuando un Ministerio Fiscal promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, no encuentra ningún ilícito penal (y recuérdese que el Tribunal que discrepe de esa decisión puede remitir la causa a su superior), y cuando o no hay víctimas ni perjudicados, o los que existan no interesan la continuación del procedimiento.

Impedir esta posibilidad a la acusación popular no es eliminarla, sino ser consecuente con su reconocimiento constitucional y su configuración legal, por lo que el legislador ordinario está legitimado para determinar su ámbito.

Llegados a este punto, considero inaplazable la regulación sistemática de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José: *La Acción Popular II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, p. 227 nº de Justicia 1989.

FAIREN GUILLÉN: “El art. 125 de la Constitución: La acción popular y su fortalecimiento”, p. 606, *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia-1989.

GIMENO SENDRA, Vicente: “La acusación popular”. *Revista del Poder Judicial* nº 31. Septiembre 1993, pp. 89 y 90.

GIMENO SENDRA, Vicente: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción popular. Los casos Botín y Atutxa”. *La Ley* nº 6970 de 18 de Julio 2008.

Memoria Fiscalía General del Estado del año 1999, pp. 405 a 409 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Sobre propuestas para una futura regulación legal de la Acción Popular. Ver OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana. *El ejercicio de la acción popular*, pp. 161 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2003.