

## A ACUSACIÓN POPULAR: RAZÓN EN PRO E EN CONTRA DO SEU MANTEMENTO

Xulio Ferreiro Baamonde

RESUMEN

A intervención de particulares no proceso penal é inusual noutros ordenamentos xurídicos do noso eido, pero non sofre rexeite, en xeral, cando se limita a admitir no proceso ao ofendido polo delicto. Menos común é conceder lexitimación para acusar a persoas non ofendidas polo delicto e que non actúen en representación da vítima, sequera idealmente. A amplitude da lexitimación na acusación no proceso penal español non atopa similitude nos modelos comparados<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo, a doutrina non é unánime á hora de valorar a posibilidade de todos os cidadáns españois de exercer a acusación popular no proceso penal; así, mentres determinados autores se teñen erixido en defensores resolutos da institución, valorando a súa fundamentación democrática e o espírito cívico que representa<sup>2</sup>, outros teñen formulado ferozes críticas á mesma, proponendo a súa eliminación do noso ordenamento xurídico, por estar ancorada en valores que actualmente non estarían viventes no noso Dereito e polos usos abusivos dos que ten sido obxecto<sup>3</sup>.

A acción popular é definida por ALMAGRO NOSETE como unha “*lexitimación aberta, de clara significación política, que estende a eficacia do exercicio do dereito á xurisdicción na súa vertente activa ou promotora, a todos os cidadáns, e exclúe o monopolio do Ministerio Fiscal*”<sup>4</sup>. As implicacións políticas ou ideolóxicas que se

ABSTRACT

A intervention of particular persons in the criminal process is unusual in other legal systems of our field, but it does not suffer rejection, in general, when it is limited to admitting in the process the injured party by the crime. Less common is to grant legitimation to accuse persons not injured by the crime and who do not act in representation of the victim, even ideally. The scope of legitimation in the criminal process in Spain does not find similarity in the compared models<sup>1</sup>. At the same time, doctrine is not unanimous at the time of valuing the possibility of all Spanish citizens to exercise popular accusation in the criminal process; thus, while some authors have positioned themselves as resolute defenders of the institution, valuing its democratic foundation and the civic spirit that it represents<sup>2</sup>, others have formulated fierce criticisms of the same, proposing its elimination from our legal system, because it is anchored in values that would not be living in our Law and because of the abusive uses to which it has been subjected<sup>3</sup>.

A acción popular é definida por ALMAGRO NOSETE como unha “*lexitimación aberta, de clara significación política, que estende a eficacia do exercicio do dereito á xurisdicción na súa vertente activa ou promotora, a todos os cidadáns, e exclúe o monopolio do Ministerio Fiscal*”<sup>4</sup>. As implicacións políticas ou ideolóxicas que se

1 Aínda que existen outros ordenamentos xurídicos que admiten a participación de particulares non ofendidos polo delicto, só Andorra lles outorga unha participación comparábel á da LACrim española – vide SABATER I TOMÀS, A.: *Dret Processal Penal d’Andorra*, Barcelona, 1991, pp. 239-240 – , pois nos restantes Estados, ou ben se reserva a acción popular para determinados delitos que afectan dun xeito máis especial ao interese público, como ocorre en Portugal, Ecuador ou El Salvador, mentres noutros faise depender dalgún xeito a súa actuación da que realiza o órgano de acusación oficial, como ocorre en Inglaterra. O caso de Chile, podía considerarse unha excepción, pois lexitimaba mesmo aos estranxeiros para o exercicio da acción popular, aínda que tal situación mudou coa aprobación do novo Código Procesual Penal da Nación, que inclúe a acción popular unicamente para supostos de delitos que teñan unha especial transcendencia. Vide, para un estudio dos modelos comparados de exercicio da acción popular, RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular en el proceso penal español*, (tesis doctoral inédita), Cádiz, 1999, pp. 491-580.

2 A título de exemplo, dúas ferventes mostras de defensa da acción popular penal son as obras de FAIRÉN GUILLÉN, V.: “Acción del Fiscal y acción popular. Refuerzo de esta última”, *Tapia*, 1989, nº 48, pp. 59-63, e GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, Barcelona, 1977.

3 A crítica que máis atención merece é a realizada por PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, Granada, 1998.

4 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, en *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, p. 225.

sitúan trala acción popular non son interpretadas con unanimidade, pois mentres hai quen a identifica cos postulados propios do Estado Social e democrático de Dereito, o que faría que se configurase como un dereito cívico activo<sup>5</sup>, para outros autores, responde a un concepto liberal do proceso penal, no cal todos os cidadáns defenden un dereito propio como membros da comunidade ou, no outro extremo, mesmo se refiren ao seu uso por réximes totalitarios<sup>6</sup>. O certo é que a nosa Constitución consagra o exercicio da acción popular no seu art. 125, vendo moitos autores unha conexión indirecta co art. 24 CE e o dereito á tutela xudicial efectiva. Noutros sectores do ordenamento procesual – sobre todo no proceso administrativo – a acción popular ten sido vista como unha ampliación da lexitimación sen que, en xeral, se teña cuestionado polos autores que teñen estudiado o tema, a configuración como dereito ou exercicio dunha función pública<sup>7</sup>. Con carácter xeral, e non cinguíndose unicamente ao proceso penal, defínea GIMENO SENDRA<sup>8</sup>, como “*o dereito que asiste a todos os suxeitos, non titulares dun dereito, interese ou ben xurídico vulnerado a incoar un proceso e a deducir nel unha pretensión en nome da sociedade, mediante a cal se recoñeza unha determinada situación ou dereito subxectivo e/ou se condene a unha determinada persoa ao cumprimento dunha prestación*”. A LACrim non fai referencia expresa á existencia dunha acción popular como diferente da acción penal, á que se concede o carácter de pública no art. 101. O art. 270 LACrim, que si a denomina acción popular remítese, sen embargo, ao propio art. 101, co cal non semella que o exercicio da acción por persoa non ofendida polo delicto sexa un suposto de lexitimación extraordinaria, senón un dos xeitos ordinarios previstos para o exercicio da acción penal. Deste xeito, dun delicto público nacería unha acción penal pública, sen esixirse ningún tipo de vinculación entre o actor civil e o ilícito penal<sup>9</sup>.

Os propios termos de acción popular e acción pública teñen creado confusión entre doutrina e xurisprudencia, sen terse chegado a un acordo respecto á terminoloxía correcta a utilizar. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ<sup>10</sup> critica o emprego que a LACrim fai do vocábulo acción pública, cando o correcto tería sido, na súa opinión, terse referido ao

5 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, *op. cit.*.

6 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 586-592.

7 O art. 19.1.h) LX concede lexitimación a calquera cidadán, no exercicio da acción popular nos casos expresamente previstos nas leis, o que ocorre en diversas materias, sobre todo en infraccións urbanísticas, medioambientais, de ordenación do territorio ou de protección dos intereses das Entidades Locais. Exemplos concretos de acción popular no proceso administrativo son o art. 47 b) da Lei Estatal de Caza; art. 58 da Lei Estatal Pesca; art. 16 da Lei de Protección do Medio Ambiente Atmosférico de 1975; art. 109 da Lei de Costas; art. 38.3 da Lei (Castilla-La Mancha) 9/1990 de 28 de decembro, de Estradas e Camiños; art. 8 da Lei de Patrimonio Histórico Español de 1985; art. 20.1 da Lei Xeral para a defensa dos Consumidores e Usuarios de 1984; art. 43 da Lei Foral 9/1996, de 17 de xuño, de Espacios Naturais de Navarra; art. 100 da Lei (Cataluña) 6/1993, de 15 de xullo, reguladora de residuos; art. 304 do TRLS, de 1992, en materia urbanística; art. 68 LBRL, que confire aos veciños accións en nome e interese das Entidades Locais, etc. En canto á doutrina, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, 1995, p. 118, e COBREROS MENDAZONA: “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *RVAP*, nº 41, 1995, pp. 761 e ss, quen se manifiestan a favor da extensión da acción ao procedemento administrativo sancionador e, por conseguinte, ao proceso administrativo nestas materias, como derivación dos arts. 125 CE e 270 LACrim. En contra de ampliar a lexitimación polos diversos efectos perversos que puidesen producirse, téñense manifestado NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 34-35, MARTÍN MATEO, R.: *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, pp. 33-35 e AMOEDO SOUTO, C.: “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora y la ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: ¿Garantía o “performance” de la Administración de Justicia?”, *RVAP*, 2000, nº 58, vol. 1, pp. 36-37.

8 GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*. Madrid, 1988, p. 83. Unha definición semellante ofrece o mesmo autor en “La acción popular...”, *op. cit.*, p. 338

9 MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997, pp. 249-250.

10 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *El proceso penal*, 4ª ed, Oviedo, 1996, p. 74.

carácter popular de tal acción. Así, este autor define a acción penal pública como aquela que se concede a toda persoa que teña un interese para a súa propia defensa no campo do dereito público. Acción popular sería a que permite actuar fronte a un acto lesivo para o interese xeral, como perturbador da orde social, e non dun dereito propio. Tamén GIMENO SENDRA<sup>11</sup> diferencia os termos acción pública e acción popular; a acción popular sería, para este autor, a que puidese exercitar calquera español no proceso penal; esta acción terá o carácter de pública cando a exercite o Ministerio Fiscal ou o acusador non ofendido polo delicto que, “*movido por un espírito cidadán, pretende a restauración da orde xurídica perturbada*”, xa que neste caso estarán actuando unha función pública; no caso de que sexa o ofendido quen deduza a querela, GIMENO SENDRA opina que tal actuación xa non se pode considerar pública, pois estará movida polo desexo de vinganza, reparación, etc..

Outros autores, cinguíndose máis ás prescricións da propia LACrim, sosteñen que ambos termos, acción popular e acción pública son equivalentes, e que a aspiración por distinguilas provén do comprensíbel interese en diferenciar a actividade do Fiscal daquela realizada polo acusador particular<sup>12</sup>, pero na LACrim non semella haber fundamento para iso. Toda acción penal é pública, en canto exercicio dunha función pública, e en canto á lexitimación de todos os cidadáns, pola súa finalidade, as notas que a acompañan e polos efectos que produce<sup>13</sup>. A actividade do Ministerio Fiscal non sería por iso diferente da do cidadán, ofendido ou non polo delicto, senón que todas serían xeitos igualmente ordinarios de exercicio da acción penal. É por iso que cando no noso Dereito Procesual Penal se fala de acción pública debe entenderse tanto o exercicio da acción por un órgano público – a acusación oficial – como a acción levada a cabo por calquera cidadán – a acción popular, propiamente dita –.

Seguidamente pásanse a analizar os diferentes argumentos esgrimidos pola doutrina para defender ou criticar o mantemento da figura no actual proceso penal español, e que poden ser útiles de cara á futura regulación da mesma nunha previsíbel nova Lei de Axuizamento Criminal.

## 1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

O art. 125 CE reconece a posibilidade que asiste aos cidadáns españois de exercitar a acción popular nos procesos penais. Tal recoñecemento efectúase en paralelo á participación na Administración de Xustiza mediante a institución do Xurado, do xeito e con respecto a aqueles procesos penais que a lei determine<sup>14</sup>. Semella, deste xeito, que o constituínte configura a acción popular como un instrumento de participación cidadán nas funcións públicas. Tal configuración levou a algúns autores a assimilar a acción popular cos dereitos políticos que a Constitución reconece aos españois<sup>15</sup>, fundamentalmente co sufraxio, de xeito que, se a participación dos cidadáns no eido da creación normativa se

11 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querella*, op. cit., pp. 86-87.

12 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., pp. 101-105.

13 MUÑOZ ROJAS, R.: “En torno al acusador particular en el proceso penal”, *RDP*, 1973, nº 1, p. 117.

14 En canto á conexión entre o art. 125 CE e o modelo concreto de xurado que estaría recoñecendo a Constitución, vide PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *La participación popular en la Administración de Justicia. El tribunal del jurado*, Madrid, 1992, pp. 21-26, e PEDRAZ PENALVA, E.: “Sobre el significado y vigencia del jurado”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp. 59-78.

15 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querella*, op. cit., realiza unha transposición das teorías de JELLINEK sobre os dereitos subxectivos públicos, que adapta aos postulados da acción popular. Esta transposición é crítica da expresamente por PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., pp. 593-602.

establece a través da intervención nos procesos electorais e nos órganos representativos, na Xustiza a lexitimación democrática tería entrada – ademais de mediante o principio de legalidade, por suposto – a través destas dúas figuras, acción popular e xurado. Cabería, segundo esta argumentación, realizar unha efectiva conexión entre o art. 125 e o art. 9.2 CE<sup>16</sup>, por canto os poderes públicos deben, por unha banda, promover as condicións de igualdade do individuo e dos grupos nos que se integra, o que se podería conseguir a partir da tutela dos intereses difusos por medio da acción popular e, por outra banda, facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social. A tutela xudicial baseada no individualismo liberal debe deixar paso deste xeito á tutela grupal, máis acorde cos postulados do Estado social e democrático de Dereito<sup>17</sup>. Tal proposta supón aproveitar unha institución nacida en plena auxe do pensamento liberal burgués para defender os principios que se pretenden superadores deste. Por outra banda, semella complicado combinar o exercicio da acción penal por un cidadán, individualmente ou agrupado, co principio de indivisibilidade da soberanía<sup>18</sup>, pois a consideración da acción popular como exercicio de soberanía atópase moi lonxe da concepción primitiva da LACrim, na que a acción popular non era, en caso ningún, un instrumento de participación democrática, senón un medio para o exercicio dun dereito individual, o dereito como membro da comunidade á persecución delictuosa.

O segundo ámbito onde a doutrina encadra a acción popular é o do art. 24.1 CE, o dereito á tutela xudicial efectiva dos dereitos e intereses lexítimos<sup>19</sup>. O Tribunal Constitucional motivou esta dirección doutrinal que, sen embargo, el mesmo matizou. O dereito á acción popular non se integra *per se* no dereito á tutela xudicial efectiva; é o art. 125 CE o que o establece expresamente, e sometido a configuración por parte do lexislador. Este é o único fundamento constitucional que prescribese a vixencia da acción popular. O art. 24.1 CE entraría en xogo só no caso de, unha vez establecida lexislativamente con determinada conformación a acción popular, negación arbitraria e inxustificada do seu exercicio poidendo ser recorrida en amparo<sup>20</sup>, pero non en canto a súa restricción supuxese un atentado ao núcleo fundamental deste dereito. Non se pode considerar que o interese na aplicación da lei penal sexa un dos intereses lexítimos dos que fala o art. 24.1 CE<sup>21</sup>, en canto estes foron definidos en reiterada doutrina constitucional e do Tribunal Supremo como “*a titularidade potencial dunha posición de vantaxe ou dunha titularidade xurídica por parte de quen exercita a pretensión*”. O constituínte ao establecer a fórmula do art. 24.1 non tiña vontade de ampliar deste xeito o ámbito do dereito á tutela xudicial efectiva. Se non se puidese atopar un acomodo directo á acción popular no art. 24 CE non se lle podería ter por un dereito fundamental. Esta postura, sen embargo, non goza de moitos apoios entre a doutrina. A pesar diso, a acción popular non pode ser considerada como comprendida no dereito á tutela xudicial efectiva, xa que o interese que o acusador defende no proceso non é outro que o interese do Estado na aplicación da lei penal, a realización do *ius puniendi* estatal. Son criterios de utilidade na persecución penal e opcións valorativas do lexislador en virtude da política criminal do Estado os que motivaron a apertura da lexitimación do proceso penal español. Evidentemente pódese conectar o exercicio da acción penal con outra serie de valores constitucionalmente recoñecidos, que

---

16 MARTÍN BERNAL, J. M.: “La acción popular y la tutela de los grupos”, *AP*, 1988, nº 1, p. 811.

17 BUJOSA VADELL, L.M.: “Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular”, *Justicia*, 1990, nº1, p. 104.

18 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 603-608.

19 *Vide*. ASENSIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>: *Derecho Procesal Penal*. Valencia, 1998, p. 59; LANZAROTE MARTÍNEZ, p.: “La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular”, *DLL*, 1998, nº 4463.

20 STC 50/1998, de 2 de marzo.

21 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 272-275.

poden recomendar ou desaconsellar a extensión<sup>22</sup> ou limitación da acción popular, pero en ningún caso atribuírle a condición de dereito fundamental.

## 2. EJERCICIO DUN DEREITO SUBXECTIVO OU ASUNCIÓN DUNHA FUNCIÓN ESTATAL.

Á hora de definir a acción popular tense recorrido a dúas diferentes concepcións. Por unha banda, os autores que defenden a configuración da acción popular como un dereito subxectivo público do cidadán<sup>23</sup>, entenden que a actuación do Estado sería a asunción por este do que non é máis que unha facultade dos cidadáns na persecución do delicto como membros da sociedade. Esta é a idea que se agacha tralo modelo clásico inglés de acusación, que é o que inspirou a LACrim española, así como a moitos dos autores que defenden o seu mantemento e potenciamento<sup>24</sup>. Ao modelo inglés e á LACrim pode considerárselles debedores dunha concepción ideolóxica que debe desbotarse das institucións xurídico-políticas nadas trala Constitución de 1978. En efecto, o liberalismo, tanto económico como político, utilizou o mecanismo da acción popular, sobre todo en Inglaterra, por diversas razóns<sup>25</sup>. En primeiro lugar, como expresión do individualismo político, para evitar a interposición do Estado na actuación dos particulares: non debían abrirse campos para a actuación estatal alí onde os cidadáns tiñan a súa esfera de actividade. Neste sentido, a acción popular debía ser o recurso básico da persecución penal e só a inactividade dos particulares provocaría a actividade do Estado; dita concepción é inasumíbel hoxe en día, tendo en conta a función do Estado nas actuais sociedades occidentais e a súa tarefa como garante da paz social. En segundo lugar, o liberalismo económico busca resortes na defensa da propiedade privada fronte aos ataques delictuosos producidos polo aumento da pobreza nas sociedades da revolución industrial; a acción popular como elemento básico da persecución cumpre con esta función, ao estar restrinxindo o seu acceso á burguesía, debido á necesidade de fianzas, etc.. A concepción da acción popular baseada na tradición romana, que ten o seu apoxeo no liberalismo, non pode ser asumida sen máis polo tanto no actual Estado social e democrático de Dereito.

A visión inversa semella máis axeitada. Na sociedade postindustrial o Estado asume as tarefas de mantemento da paz xurídica e a orde social<sup>26</sup>, os delitos públicos pasan a ser os estándares que marcan os mínimos intolerábeis de agresión nas sociedades democráticas, contraendo o Estado a tarefa de impor a pena diante destas agresións. A colaboración de particulares é unha opción de política lexislativa<sup>27</sup> en función de

---

22 Para FAIRÉN GUILLÉN, V.: "Acción del Fiscal...", *op. cit.*, p. 61, o reforzo legal da acción popular constituiría un desenvolvemento constitucional, ao ser a norma suprema a que recolle esta institución.

23 Como dereito subxectivo público cualifícaa ESCUSOL BARRA, E.: *Manual de Derecho Procesal-Penal*. Madrid, 1993, p. 211.

24 SILVELA, F.: "La acción popular", *RGLJ*, 1888, nº 73, p. 483.

25 Vide PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 177-198.

26 O acusador popular limitaríase a pedir o restablecemento desta paz social perturbada. GÓMEZ COLOMER, J. L.: "Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de justicia penal", *Poder Judicial*, 8, 1987, p. 29.

27 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 334-336. Non concluímos, sen embargo, como este autor, que a existencia da acusación popular supoña unha coartada para a conservación dos vicios do sistema, facendo o Estado deixamento das súas funcións sen asumir a súa responsabilidade, que compartiría cos acusadores reais ou potenciais. Este tipo de argumentación atopámola errónea, pois suporía converter todas as garantías do sistema para o correcto funcionamento dalgunha institución en "coartadas" para a relaxación das funcións desta institución. A amplitude da lexitimación penal é un útil instrumento para achegar ao proceso penal as inqedanzas sociais que non teñen reflexo no organismo oficial de acusación.

determinados parámetros, que no caso da acción popular acostúmanse a basear na procura dunha maior eficacia na persecución, ou dunha maior implicación da sociedade civil nas tarefas estatais. En todo caso non é un dereito inherente á cidadanía, senón unha opción valorativa do Estado. Por iso, non se pode considerar que o particular exerce un dereito subxectivo, máis alá do puro *ius acusandi*<sup>28</sup>, que lle recoñece a propia norma, pero que non é inherente ao sistema procesual nin constitucional. Só neste sentido cabe dicir que a acusación é un dereito para o particular, mentres que para o Fiscal é un deber<sup>29</sup>, pois aínda que ambos exerciten a mesma acción, e por iso o *ius puniendi* estatal, só o Ministerio Público se ve obrigado a facelo en virtude do seu oficio. A publicidade da acción penal é unha decisión que o lexislador español asumiu nun momento dado, como podería ter establecido a oficialidade, pero que ao ser constitucionalizada no art. 125 CE gañou un plus de protección<sup>30</sup> e pasou a incluírse entre os mecanismos de participación dos cidadáns na Administración de Xustiza, habendo de ser interpretada segundo os principios que a norma fundamental ten instaurado no sistema.

### 3. A ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO PARA A DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS.

Nos actuais Códigos Penais, cada vez menos tipos protexen bens xurídicos puramente individuais, senón que a protección de intereses colectivos ou difusos é cada vez maior, esvaéndose os conceptos de ofendido polo delicto e de vítima, pasando toda a sociedade a ser, en maior ou menor medida, a ofendida polo delicto. Diante desta nova realidade e da preocupación crecente na protección de intereses difusos<sup>31</sup>, a acción popular é, para algúns autores, unha vía para a tutela no proceso penal daqueles bens xurídicos que sexan lesionados por este tipo de delitos, cando a inactividade do Ministerio Fiscal e a ausencia dunha vítima individualizada que leve adiante a acción penal, provoquen o perigo de impiedade na comisión dos ilícitos penais correspondentes. A gran novidade que supón en moitos casos a tipificación de delitos contra o medio ambiente ou contra consumidores, fai que se afasten das prácticas cotiás do Ministerio Fiscal<sup>32</sup>, polo que a entrada de cidadáns e, sobre todo, de asociacións que incidan na protección destes valores, poden ser un xeito de evitar inaccións na acusación oficial, que ao mesmo tempo reflicten o sentir da sociedade civil e motiven por iso cambios nos xeitos de actuar do propio Ministerio Fiscal. Non compartimos a idea de que a entrada dos particulares sería unha coartada para ocultar a inactividade dos órganos oficiais e servir a estes para perpetuar a súa inactividade<sup>33</sup>. Antes ben, a introduc-

---

28 MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III*, 10 ed., València, 2001, p. 65.

29 GONZÁLEZ MONTES, J.L.: "Notas en torno a la acción penal y a su ejercicio", en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. Faustino Gutiérrez-Alviz*. Valencia, 1998, p. 739.

30 LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: "La acusación penal...", *op. cit.*

31 Exemplos desta preocupación so as obras de LOZANO-HIGUERO PINTO, M: *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; SILGUERO STAGNAN, J.: *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995; BUJOSA VADELL, L.: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995 e JIMÉNEZ MEZA, M.: *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José, 1998.

32 De feito, ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: "Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III): Acción penal y víctima colectiva", *RDP*, 1999, nº 1, p. 14, considera que o Ministerio Fiscal é especialmente incapaz para actuar en protección da vítima difusa, habida conta a potencial repercusión social e política que a lesión de intereses supraindividuais supón, e a vinculación do Ministerio Fiscal ao Executivo, quéirase ou non recoñecer, ademais dos seus coñecidos defectos estruturais, polo que facer recaer na institución a defensa en exclusiva deste tipo de intereses non sería para esta autora a solución máis idónea.

33 Idea defendida por PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 623-647.

ción dos particulares no proceso penal, aportando novos puntos de vista á acusación penal, na defensa dos bens xurídicos protexidos, poden servir de aguillón ao Fiscal para que adapte a súa práctica ás novas esixencias sociais.

Por outra banda, a inexistencia dunha vítima ou ofendido polo delicto doadamente determinábel, impide que poidamos conformarnos para suplir a inactividade do Fiscal con darlle entrada a este no proceso. Cumpriría unha amplitude de lexitimación que exceda os límites do que tradicionalmente se vén considerando como ofendido. A acción popular é unha das solucións<sup>34</sup>. Aínda que en orixe non fose contemplada nesta función – non podía selo no ambiente ideolóxico no que nace, baseado no individualismo e onde as tutelas colectivas non tiñan repercusión – é posíbel unha adaptación en función das novas esixencias constitucionais e sociais<sup>35</sup>. Cabe tamén a opción de ampliar lexislativamente o concepto de ofendido, dando entrada a asociacións de defensa de determinados bens xurídicos en tal concepto, xa en virtude dunha representación ideal, xa como resultado dunha delegación voluntaria da vítima, ou en defensa da sociedade no caso daqueles delitos onde non haxa outro ofendido que a propia comunidade. Sería esta unha opción que se decidise definitivamente pola acción particular en sentido estrito, ampliándoa substancialmente<sup>36</sup>, e eliminando a acción popular, como se entende xeralmente, ou restrinxíndoa para determinados delitos, onde se considerase que calquera cidadán debería ter a posibilidade de soste a acusación (delitos contra a Administración Pública ou contra o Estado). Esta solución tense presentado como un xeito de resolver os problemas derivados da amplitude de lexitimación do art. 101 LACrim, pero non está exenta de inconvenientes. En efecto, dar entrada ás asociacións de defensa de determinados valores no proceso, alegando simplemente que entre o seu obxecto está a defensa do ben xurídico protexido polo tipo que se aplica, non soluciona os problemas que se sinalan de uso desviado da acción popular, pois non cabe desbotar que tras estas asociacións se poidan ocultar intereses nada altruistas, ou que poida acudir en defensa social calquera asociación que se autodenomine como tal, independentemente da súa representatividade real. Por outra banda, supón un descoñecemento da realidade asociativa supor que dando entrada a unha soa asociación no proceso, en canto representa o interese na defensa do ben xurídico – ¿cal? ¿a que primeiro chegue, a máis relevante, a que conte con maior número de afiliados? – cóbrense todas as visións que sobre o xeito de defender o concreto ben xurídico se poidan ter. Cada unha das múltiples asociacións que defenden un mesmo valor – por exemplo o medio ambiente – pode facelo dende diferentes puntos de vista, co cal dar entrada a unhas entidades en detrimento de outras non fará cumprir co fin representativo que se propón e no caso de que se permita a entrada de varias ao proceso, ou daquelas que demostren máis vinculación co caso concreto, non se conseguirá a simplificación do proceso que se pretende.

Unha dificultade engadida que tampouco será doado diferenciar, cando os intereses que defende o tipo son puramente individuais ou o son colectivos, co que aparecerán novos problemas á hora de establecer para qué delitos se amplía a lexitimación. Así, no caso dun homicidio, ou dun delito de lesións, a defensa dun ben xuridicamen-

---

34 GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*, op. cit., p. 85. RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, op. cit., pp. 43-50, admite que, aínda que os intereses difusos aos que facemos referencia non son absolutamente equiparábeis aos intereses xerais para a protección dos cales naceu a acción popular, igualmente esta será un instrumento axeitado para a súa protección.

35 BUJOSA VADELL, L.M.: “Notas sobre la...”, op. cit, nº 1. pp. 119-120, para quen a solución aos posíbeis abusos que da acción popular se produzan deben solucionarse cunha axeitada combinación de iniciativas privadas e controis públicos, que se sometan a unha vixilancia recíproca.

36 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., pp. 623-647; nun sentido semellante, MORENO CATENA, V.; ET AL.: *El Proceso penal...*, op. cit., pp. 399-400, realiza unha chamada de atención sobre a posíbel recondución da acción popular a límites “máis certos”, tendo en conta a relación do actor co ben lesionado polo delito.

te individual semella clara, pero poderíase soste a lexitimación acusatoria dunha asociación grupal, nacional ou étnica, en canto tal delicto supuxese á súa vez un ataque á súa comunidade. Por outra banda, no caso dun delicto medioambiental, aínda que pode considerarse o prototipo de delicto que afecta a un ben xurídico colectivo, aparecen prexudicados ou ofendidos concretos, como poden ser os mariscadores, pescadores, etc., en canto se danase o seu dereito de propiedade ou os seus medios de subsistencia. O problema vai ser unha vez máis entender que no proceso penal se ventilan outros intereses diferentes á realización do *ius puniendi*. As consideracións xurídico-materiais serán útiles para, baseándose en orientacións político-criminais, ampliar ou minguar a lexitimación, pero non con iso se solucionarán os problemas da introducción de intereses espurios no proceso penal. Isto só se solucionaría suprimindo toda intervención dos particulares, o cal non semella que fose moi conveniente, nin dende o punto de vista da efectividade do proceso, nin en canto á participación cidadá na Xustiza penal e, á atención do Estado ás vítimas dos delitos, en canto a súa vocación á persecución penal constitúe un valor atendíbel.

#### 4. A ACCIÓN POPULAR COMO ELEMENTO DE DEMOCRATIZACIÓN DA XUSTIZA PENAL.

O posíbel carácter democrático da acción popular é un argumento que se ten usado habitualmente polos defensores da publicidade da acción penal. Segundo este argumento, a posibilidade de acusación por todos os cidadáns constitúe un instrumento que dota ao sistema dunha maior lexitimación democrática e que ao mesmo tempo abre posibilidades aos cidadáns para que participen no desenvolvemento das tarefas públicas, fomentando a contribución da sociedade civil nos campos tradicionalmente reservados unicamente á intervención estatal<sup>37</sup>. Deste xeito, interprétase o nacemento da acción penal pública como fenómeno reactivo fronte ao segrédismo e obscurantismo do proceso penal inquisitivo, onde a falla de publicidade das actuacións contribuía dun xeito decisivo á percepción por parte da sociedade dos instrumentos de xustiza penal como un xeito máis de sometemento do pobo á dominación monárquica<sup>38</sup>. O liberalismo, en función do movemento fundacional das liberdades políticas e representativas, concebe a acción popular como un xeito de intervención dos cidadáns – propietarios, naturalmente – no proceso penal.

A constitucionalización da acción popular no art. 125 CE pode axudar a extraer conclusións respecto á función que a Norma Fundamental asigna á institución. En primeiro lugar, a súa situación, xunto co recoñecemento do Xurado, fai pensar efectivamente, que o factor representativo ten sido tido en conta polo constituínte<sup>39</sup>. A Constitución Española, froito do pacto entre as diversas forzas políticas, mantivo unha

---

37 Este argumento é sostido por RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, op. cit., pp. 134-137, para quen a acción popular é unha manifestación da soberanía do pobo proclamada no art. 1.2 CE, e constitúe un mecanismo de democracia directa, “na medida que posibilita a personación do pobo en aqueles procedementos xudiciais en que se dilucidan intereses de toda a comunidade”.

38 QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes de la justicia penal”, en *Estudios Penales y criminológicos*, 1994, T. XVII, Santiago de Compostela, p. 413.

39 GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Óscar Alzaga Villamil), Madrid, 1995, Tomo IX, p. 568, afirman que son dous “aspectos que deben ser nidiamente afastados: a posta en marcha dun aparato xudicial en posición de parte, instando a actuación dos xuíces e o desenvolvemento do proceso, e a intervención inmediata da cidadanía na adopción das decisións xudiciais, entrando a formar parte dun Tribunal e ostentando a potestade xurisdiccional en canto titulares de órganos xudiciais”.



especial énfase no artellamento dos diversos medios representativos dos cidadáns como reacción ao período autoritario e de déficit democrático do que saía España<sup>40</sup>. A necesidade de buscar un plus de lexitimación democrática á xustiza penal levou a constitucionalizar tanto o Tribunal do Xurado como a acción popular, buscando vías de participación cidadá, xa no propio texto fundamental, sen querer ceder a opción valorativa ao lexislador<sup>41</sup>.

Quérese atopar deste xeito unha orixe que lexitime democraticamente a acción popular. Obviamente un réxime democrático debiera ser máis sensíbel á apertura de canles para a participación cidadá nas tarefas estatais, máis alá do simple dereito de sufraxio. É lóxico que, polo tanto, un sistema con elementos de carácter dictatorial tente limitar ao máximo a colaboración cidadá na xestión estatal, tomada nun senso amplo<sup>42</sup>. Pero non por iso cabe dicir que todos os elementos participativos sexan ao mesmo tempo democráticos. Non o era a acción penal pública en orixe, tal e como hoxe se entende a democracia, ou o sufraxio censitario, ao estaren reservados a determinadas clases sociais (propietarias). Do mesmo xeito, a acción popular foi utilizada polas dictaduras como un xeito de control social difuso, favorecendo a delación e facilitando unha sociedade “xendarme”<sup>43</sup>. Sen irmos máis lonxe, na dictadura franquista a acción popular non foi eliminada do ordenamento xurídico en momento ningún, a pesar de que, iso é certo, o seu uso era bastante escaso. Este argumento<sup>44</sup> non semella, sen embargo, acertado, se se tenta utilizar como crítica á acción popular, xa que se basea nunha visión parcial da realidade. É innegábel que a acción popular ten sido utilizada para fins moi pouco democráticos, pero non o é menos que todas as dictaduras teñen tentado dotarse dalgún tipo de aparencia de lexitimidade. O uso por un réxime ou outro dunha determinada institución non cualifica o carácter desta. Unha mesma figura pode ser utilizada con fins diversos ou mesmo contrarios. De feito, os réximes autoritarios recorreron historicamente a dotarse de aparatos pseudodemocráticos coa fin de lexitimarse. O uso de plebiscitos polas dictaduras non descualifica de por si aos mecanismos de democracia directa, aínda que a experiencia demostre que deben ser usados con cautelas nun sistema de democracia formal como o imperante. Do mesmo xeito, a publicidade da acción penal comporta vantaxes e riscos para o actual sistema penal, polo que, conservando a súa existencia, haberá de ser regulada con coidado, diminuindo no posíbel os seus perigos.

40 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., p. 210.

41 Para GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, op. cit., p. 577, “*co dereito fundamental á participación popular na Administración de Xustiza, trátase de trasladar ao ámbito do Poder Xudicial o dereito máis xenericamente formulado que todos os cidadáns teñen a participar nos asuntos públicos (art. 23 CE); e é que a Constitución parte da concepción de que o estado democrático se caracteriza precisamente pola participación do cidadán na cousa pública. Se isto é así, non aparece razón ningunha que permita excepción da intervención e responsabilidade cidadá os referidos á xustiza, senón que se debe establecer un procedemento que satisfaga ese dereito constitucional do xeito máis pleno posíbel*”. Manifestamente en contra de considerar ao xurado como unha verdadeira vía de participación popular na Administración de xustiza amósase PEDRAZ PENALVA, E.: “El jurado como vía de participación popular”, *La Ley*, 1994, nº 2, pp. 1006-1014, para quen “*con independencia da imposible representación de toda a sociedade coetánea, pretender que o xurado (...) poida expresar unha sensibilidade social directa e graciosamente valorativa acerca do contido xurídico singular dunha lei, fronte ao seu posíbel sentido extraño ou inxurioso, implicaría vicariar a política popular, falseando o seu tempo, a canalización e elaboración constitucionais, como así mesmo, exteriorizar inoportunamente unha desconfianza fronte á tarefa do xuíz profesional, tendo os seus defectos que rectificarse institucionalmente, sen máis aval que o da cidadanía dos seus membros*”.

42 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, op. cit., pp. 226-227.

43 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, op. cit., pp. 101-104.

44 Utilízao PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., pp. 586-592, para negar o carácter democrático da acusación popular.

A concepción democrática da acción popular ve nesta un postulado do Estado social e democrático de Dereito<sup>45</sup>. O Estado, en canto debe fomentar a participación dos cidadáns e dos grupos nos que se integra, na vida política e social, debe promover as condicións para que a posibilidade de exercicio da acción penal polos cidadáns sexa real<sup>46</sup>. A actuación dos cidadáns no proceso penal viría, por unha parte, a evitar o exceso de burocratización da Administración de Xustiza<sup>47</sup>, introducindo os criterios interpretativos que a sociedade demandase. Por outra banda, téntase deste xeito dar á comunidade a posibilidade de contar con elementos de defensa diante do delicto, para evitar que xurdan manifestacións de autotutela<sup>48</sup>. Do mesmo xeito que se concede á vítima a posibilidade de acudir ao proceso, como paliativo á expropiación do conflito e a prohibición da vinganza, de xeito paralelo, ofrécese á sociedade esta vía de intervención, para evitar a proliferación de movementos de autotutela fóra das canles organizadas do proceso.

Con todo, a visión democrática da acción popular baseada no Estado social non deixa de ofrecer unha contradición coa súa orixe decimonónica, cando o substrato intelectual que desenvolve a LACrim confesa<sup>49</sup> coma un obxectivo probábel a longo prazo a substitución do Estado – o Ministerio Fiscal – polo individuo – o acusador popular, por canto, cando o nivel de cultura da sociedade o permitise, e o uso da acción popular se xeneralizase ata chegar a ser o xeito cotián de interposición da acción penal, a intervención do órgano de acusación oficial non sería necesaria<sup>50</sup>.

Os autores contrarios a esta interpretación<sup>51</sup> argumentan que se basea no que eles consideran unha visión falaz de cal debe ser o papel do cidadán e cá l o do Estado nas sociedades democráticas avanzadas<sup>52</sup>. A orixe da institución, baseada na “quimera liberal”, segundo a cal a actuación do Estado é sempre negativa, mentres que a da sociedade civil é positiva, impediría a súa adaptación aos criterios de participación democrática actuais. A transposición sería errónea, ao fundamentarse na asimilación entre participación e democracia. Non todos os xeitos participativos se corresponden para estes autores con principios democráticos<sup>53</sup>, máis aínda no caso da acción popular, onde a intervención illada dun cidadán, ou dun grupo de cidadáns, pode non responder a criterios realmente representativos. Para estes autores a única representación válida na sociedade democrática é a participación nos procesos electorais; a asunción por un particular dunha competencia estatal non sería de ningún xeito un elemento democratiza-

---

45 MUÑOZ ROJAS, R.: “En torno al acusador...”, *op. cit.*, p. 107.

46 GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Acción particular, acción popular...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

47 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, *op. cit.*, pp. 101-104.

48 FAIRÉN GUILLÉN, V.: “Acción del Fiscal...”, *op. cit.*, p. 61.

49 SILVELA, F.: “La acción popular”, *op. cit.*, pp. 457-487.

50 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, *op. cit.*, p. 98

51 Recollemos fundamentalmente os argumentos expostos por PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 586-592, e por LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La acusación penal...”, *op. cit.*

52 Concretamente LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La acusación penal...”, *op. cit.*, sinala que “*son presentados ciertos avances aos ignorantes como peregrinas novidades, unicamente porque responden a unha super-ficial e falsa noción das atribucións e dos deberes do cidadán e do Estado nos tempos modernos*”.

53 En relación coa diferenza entre participación e democracia, poden ser útiles as reflexións que FLETCHER, G. P.: “El Jurado en Estados Unidos”, *JPD*, 1997, nº 28, pp. 86-87, fai con referencia ao xurado, ao afirmar que “*o xurado non é unha institución democrática, ou cando menos éo nun sentido distinto no que o son as nacións que deciden o seu futuro de acordo co criterio da maioría. O xurado só é unha institución democrática nun sentido limitado ou metafórico, na medida en que ofrece ás masas unha forma de participación nos asuntos públicos. Pero a participación pública a duras penas o converte nunha institución democrática. O mercado libre tamén entroniza a decisión feita pola masa dos consumidores, pero o mercado non se considera unha institución democrática*”. En canto á relación entre xurado e democracia, vide PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *La participación popular...*, *op. cit.*, pp. 94-98.

dor do sistema, senón unha anomalía, que viría cubrir déficits verdadeiros de representación. Polo demais, o recurso aos dereitos comparados, ou as alusións á especial idiosincrasia española, que non se adaptaría á necesidade dunha cultura cívica abondo para a inclusión deste tipo de institucións, non merecen maior comentario.

É posíbel que a participación dun particular nun determinado proceso, ou a participación continua e común de particulares non ofendidos no proceso penal sexa anómala ao sistema e non contribúa, no proceso concreto, a unha mellor actividade ou desenvolvemento da actividade xurisdiccional, pero a existencia de tal posibilidade serve como garantía para a minoría de cara a un eventual incumprimento legal consentido ou ignorado pola maioría, mesmo o Ministerio Fiscal, que pode, pola súa configuración e en virtude do principio de dependencia xerárquica, desviarse da vixilancia estricte da lei en orde aos intereses políticos do momento. Contra isto non sería abondo coa capacidade para iniciar o proceso, senón tamén a de continuar co impulso procesual e sustentar a acusación. Isto tamén é posíbel en momentos nos que se produza unha diferente interpretación da norma polo Fiscal e por determinados colectivos de cidadáns. A democracia non implica unicamente a representación da maioría, senón tamén o respecto aos dereitos das minorías, e concederlles a estas un espazo de actuación. Aínda asumindo que os sistemas constitucionais actuais reflicten déficits democráticos, e que a acción popular non pode ser unha vía de escape ás reclamacións sociais dunha maior participación nin, tampouco, un medio de lexitimación democrática da Xustiza<sup>54</sup>, a entrada de particulares no proceso penal, aínda cando non sexan ofendidos polo delito, supón unha importante posibilidade de participación da sociedade nas tarefas públicas que non pode ser desbotada sen máis polos problemas que se presenten na aplicación práctica. Deberían artellarse as cautelas necesarias para evitar estes problemas, pero non privar ao sistema dun medio de achegamento entre burocracia e sociedade, canto máis dada a importancia dos bens xurídicos que se ven afectados nun proceso penal.

## 5. A ACCIÓN POPULAR COMO MEDIO DE CONTROL DA ACTUACIÓN DO MINISTERIO FISCAL.

Unha das funcións que se lle atribúen comunmente á acción popular é a de actuar como un xeito de suplir as inactividades do Ministerio Fiscal<sup>55</sup>; é esta, ademais, unha das principais fontes de lexitimidade da pervivencia da acción penal pública no proceso penal español actual. A intervención de particulares non ofendidos polo delito serviría para substituír ao Ministerio Público nos casos nos que este fíxese dexación das súas fun-

---

54 A teoría do garantismo amosou como a lexitimación democrática da Administración de Xustiza vén non xa da suxeición dos xuíces á letra da lei, senón á Constitución nun sentido material, como norma que recolle os dereitos fundamentais sobre os que se asenta a democracia, e que están garantidos a todos, aínda en contra do criterio da maioría. Esta lexitimación non ten nada que ver coa democracia política, vinculada á representación. O seu fundamento é unicamente a intanxibilidade dos dereitos fundamentais. E, sen embargo, é unha lexitimación democrática dos Xuíces, derivada da súa función de garantía dos dereitos fundamentais, sobre a que se basea a democracia substancial. Vide FERRAJOLI, L.: "El derecho como sistema de garantías", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 25-28.

55 ESCUSOL BARRA, E.: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 212. No mesmo sentido maniféstase FAIRÉN GUILLÉN, V.: "Acción, proceso y ayuda... op. cit., p. 863, para quen "a acción popular é un vehículo moi apropiado para que todos os cidadáns se atopen a carón do Ministerio Fiscal, a quen corresponde exercer o papel de parte activa en cada proceso penal. E se o Ministerio Fiscal se vise obstaculizado nesta función pola súa dependencia xerárquica ou por outro motivo legal que ese ou eses cidadáns ocupen o seu lugar ata a fin do proceso. Isto é, que o dereito público de acción e pretensión penais non sexa monopolizado polo Ministerio Fiscal, senón que sexa compartido por todos os cidadáns".

cións<sup>56</sup>, por falla de celo, por interpretacións da norma penal non acordadas co sentir da sociedade, por exceso de burocratización<sup>57</sup>, ou por relaxamentos do principio de legalidade como consecuencia de intereses políticos ou interferencias do principio de dependencia xerárquica que afastasen a actuación do Fiscal do seu normal desenvolvemento<sup>58</sup>.

A acción popular é representada pola maioría dos autores como unha garantía indirecta fronte á burocratización do Ministerio Fiscal. A actividade deste pode atoparse viciada en ocasións pola habitualidade no exercicio da acción penal ou pola rutina á hora de desenvolver as súas funcións. A acción popular serviría para introducir no proceso as inquiredanzas sociais e combater o afastamento entre institución Fiscal e comunidade, de xeito que as pasividades do Ministerio Fiscal serían combatidas polos cidadáns que acudirían ao proceso para esixir a aplicación da norma penal que o Fiscal se amosou pouco dilixente en actuar. Deste xeito refórzase o principio de legalidade, en canto a súa aplicación non fica en mans da Institución, senón que un axente externo, como é o acusador popular, encargaríase de que non fose postergado en virtude de intereses ocultos – no sentido de que non se fan explícitos no proceso – detrás do principio de dependencia xerárquica.

En efecto, o vínculo ao poder executivo está trala formulación que converte ao actor popular en garante da actuación do Ministerio Fiscal<sup>59</sup>. Tal vinculación, unida ao principio de dependencia xerárquica, consubstancial coa existencia da institución fiscal, motiva o risco de que o goberno poida incidir na actividade acusatoria, afastándose o Fiscal do recto cumprimento dos seus deberes en virtude da existencia de intereses de carácter político<sup>60</sup>. Non é preciso, por iso, o exercicio da acción popular en todos e cada un dos procesos<sup>61</sup>, antes ben, a situación cotiá será a de inexistencia dun acusador popular no xuízo concreto. Será máis ben a posibilidade potencial de que un cidadán exerza a acción penal a que obrigue ao Ministerio Fiscal a amosarse respectuoso en todo momento co principio de legalidade. Esta especie de control difuso e latente é o que fai realmente eficaz á acción popular como medio de suplir as carencias do Ministerio Fiscal. Non é por iso preciso que a actividade do acusador oficial sexa substituída ou complementada en todo momento por un particular. Esta situación será excepcional; só alí onde se amose contrario para evitar o deixamento de funcións ou a discrecionalidade na actuación do Ministerio Fiscal, poderá o actor popular intervir no proceso. A verdadeira virtualidade da acción popular e, en xeral, da intervención dos particulares no proceso non se atopa na súa actuación nun concreto proceso, senón na abstracta posibilidade que a lexislación reconece aos particulares de intervir no xuízo penal cando o estimen conveniente en defensa do interese público. A posibilidade de intervención directa e autónoma, en paridade de condicións, tense amosado, en opinión de GIMENO

---

56 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, *op. cit.*, pp. 225-226.

57 GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*, *op. cit.*, p. 85.

58 BUJOSA VADELL, L.M.: “Notas sobre la...”, *op. cit.*, pp. 116-117. Son expresivas as consideracións de RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, *op. cit.*, pp. 62-63, quen afirma que se xustifica a titularidade compartida entre particulares e Ministerio Fiscal da acción penal “*na conveniencia de que os intereses sociais nunca fiquen desamparados pola inacción dalgúns dos suxeitos a quen se confía a súa defensa; neste sentido, se ben é certo que a intervención obrigatoria do Fiscal en todas as causas penais por delitos perseguíbeis de oficio prevén oportunamente a eventual impunidad dos mesmos por falla de impulso de parte (art. 105 LACrim), non é menos que o cidadán pode así mesmo suplir o desinterese daquel funcionario na persecución, sobre todo cando el mesmo actúa motivado por consideracións extraxudiciais, vinculadas estreitamente ao poder político establecido*”.

59 ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>.: *Derecho Procesal Penal*. *op. cit.*, p. 60.

60 LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La acusación penal...”, *op. cit.*.

61 FAIRÉN GUILLÉN, V.: “Acción del Fiscal...”, *op. cit.*, p. 67.

SENDRA, como un instrumento moito máis eficaz que outras figuras reguladas nos ordenamentos comparados<sup>62</sup>.

A intervención do actor popular como garantía do cumprimento por parte do Ministerio Fiscal dos seus deberes ten sido criticada por aqueles autores que se amosan desconformes coa existencia da acción popular<sup>63</sup>. Para estes autores, atribuír ao acusador popular a función de suplir as inactividades do Ministerio Fiscal sería unha manifestación dunha concepción ideolóxica baseada na desconfianza cara a Fiscalía, carente de toda xustificación científica. A vinculación do Ministerio Fiscal ao Poder Executivo e a existencia do principio de dependencia non podería en ningún caso subverter os principios de legalidade e de imparcialidade, por seren estes de prioritaria aplicación. A proba podería atoparse acudindo ao Dereito comparado, onde se atopan numerosos Estados nos que a existencia dun monopolio acusador por parte do

62 GIMENO SENDRA, J.V.: “La acción popular...”, *op. cit.*, p. 340. Así, no Dereito alemán contan como medio de control da actuación do Ministerio Fiscal co chamado *Klageerzwingungsverfahren*, ou procedemento para a constricción da acusación. Trátase no esencial dunha intervención da vítima, que previamente presentase unha denuncia, para instar un proceso de oficio nos casos en que lle estea pechada a vía da que-rela. Nos casos nos que o Fiscal non ve base abondo para a instrución dun sumario ou sobresé un proceso xa iniciado por falla de sospeitas obxectivas abondo – pero non por aplicación do principio de oportunidade (§172.2 StPO) –, para evitar que o substanciamento do proceso quede a mercé da apreciación discrecional do mesmo, o ofendido ten recoñecida ao seu favor unha posibilidade de inspección, en primeiro lugar, interpoñendo unha queixa contra o sobresemento, diante do superior xerárquico (§ 172.1 StPO). Esta decisión administrativa pode ser revisada posteriormente polo *Oberlandersgericht*, o que garante un control xurisdiccional da actuación do Fiscal sen contaminar ao Tribunal que haberá de coñecer do feito. Posteriormente, e como garantía de que o Ministerio Fiscal desenvolverá correctamente a función acusadora, concédesele ao ofendido a capacidade de actuar no proceso como *Nebenkläger*. Na práctica só un número reducido de tales procedementos rematan con éxito, aínda que isto non implica que careza de importancia, pois a mera ameaza abstracta de verse sometido a tal censura, provoca unha actuación dilixente do Fiscal, ao tempo que o ofendido contempla que existen instrumentos para a protección das súas expectativas e asegurar a vixencia do principio de legalidade. *Vide* ESER, A.: “La víctima en el proceso penal. Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, 1998, pp. 277-316, p. 290; ROXIN ROXIN, C.: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, pp. 341-342; KREHL, C.: *Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 2001, p. 672. Debido a elo, ZÄTZSCH, J.: “Die Beteiligungsrechte des Verletzten im Strafverfahren (status activus) – Eine kritische Betrachtung”, *ZRP*, 1992, p. 168, postulou a súa ampliación aos casos de sobresemento por razóns de oportunidade (§§ 153, 153a StPO), debido á necesidade dun control xudicial deste sobresemento, sobre todo nos casos de delincuencia cunha importante danosidade social, como a económica. Tal ampliación, argumenta, obrigaría cando menos á Fiscalía a fundamentar as súas decisións de sobresemento. Nos EE.UU. existe unha posibilidade semellante de forzar a actuación do Fiscal a través dun procedemento xudicial, o *mandamus*. A través desta institución un cidadán particular pode tentar forzar a un Fiscal remiso a iniciar a acusación penal, solicitando ao Tribunal un mandato para iso. Posúe, sen embargo, importantes limitacións na súa efectividade. Por unha banda, a reticencia dos tribunais a interferir co exercicio da discreción do Fiscal. Ademais, o peticionario ten que probar que é unha parte interesada, e tradicionalmente os tribunais determinaron que a persecución penal é algo que corresponde á comunidade como un todo e non a unha persoa particular, aínda que sexa a vítima. Acostúmase, tamén, a recorrer ao principio de separación de poderes para xustificar a non inxerencia dos tribunais nestes casos. Tamén se presentan problemas prácticos, como a imposibilidade de controlar a discreción pola ausencia dunha instrucións estrictas e a non necesidade dos Fiscais de razoaro as súas decisións de non acusación. *Vide* GIFFORD, D.G.: “Equal Protection and the Prosecutor’s Charging Decision: Enforcin an Ideal”, *George Washington Law Review*, 1981, nº 49, pp. 711-717; SEBBA, L.: *Third parties. Victims and the criminal Justice System*, Columbus, 1996, p. 52; LAFAYE, W. R.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J.: *Criminal procedure*, 3ª ed., St. Paul, 2000, pp. 676-677. Tamén se ten proposto no ámbito norteamericano a reintroducción da acusación privada para os casos nos que o Fiscal decidise non acusar, previa autorización xudicial ao respecto, ou que se lle permitise á vítima acudir directamente ante o gran xurado para formular a acusación – de feito o Estado de Nebraska posúe unha lei que permite aos cidadáns acudir ao gran xurado para revisar un caso particular, cando o soliciten cando menos o 10% dos votantes rexistrados (Neb. Rev. Stat. S. 29-1401)–. *Vide* GITTNER, J.: “Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems”, *Pepperdine Law Review*, 1984, nº 11, p. 152; BELOOF, D.E.: *Victims in criminal... op. cit.*, pp. 331-332.

63 Recóllense, principalmente, os argumentos de QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, pp. 428-431; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La acusación penal...”, *op. cit.*, e PÉREZ GIL, J.: *La acusación... op. cit.*, pp. 671-750.

Ministerio Público non comporta a existencia de lagoas na aplicación da Lei penal. Pola contra, nestes ordenamentos xurídicos a acusación penal sustentárase sobre a base dunha confianza xurídico-política na figura do Ministerio Fiscal. A visión dun actor popular que cubra os “sistemáticos incumprimentos” do Fiscal é tida por demagóxica. O Ministerio Fiscal é a institución á que o Estado ten encomendado a defensa dos intereses xerais. A actuación no mesmo campo doutros suxeitos sería distorsionadora do esquema xeral prefixado. A substitución do acusador oficial por un particular sería inviábel ao non estaren ambos suxeitos aos mesmos principios; a non vinculación do acusador popular ao principio de imparcialidade<sup>64</sup> converteríao nun axente meramente represor, que non tería por qué sentirse obrigado polas consideracións de recuperación e reinserción do delincuente, polo que estaría interesado unicamente na máxima imposición da pena.

Por outra banda, afírmase que a existencia dun elemento externo de garantía diante do deixamento de funcións do órgano de acusación pública non se convertería nunha solución aos problemas estruturais deste, antes provocaría o seu encistamento. Para PÉREZ GIL<sup>65</sup>, os déficits organizativos e de configuración do Ministerio Fiscal español non se pode tentar corrixir a partir da entrada dos particulares no proceso penal, pois só serviría para institucionalizalos. A solución estaría en remediar estes déficits para facer á súa vez inútil por superflua, a actuación popular da acusación.

Como solución intermedia tense proposto a supeditación do exercicio da acción penal por particulares á autorización do Ministerio Fiscal. Deste xeito, só podería intervir o acusador popular no caso de que o Ministerio Fiscal decidise tamén exercer a acusación, e non se opuxese á intervención do particular non ofendido polo delito. Tamén se podería facer extensiva á vítima tal autorización, de xeito que se o Fiscal e a vítima decidisen non acusar, estívéselle vedada a calquera outro acusador a intervención no proceso penal<sup>66</sup>. Sen embargo, supeditar a intervención da acción popular á aquiescencia do Fiscal suporía unha desnaturalización da figura<sup>67</sup>, en canto esta confórmasese esencialmente como un medio para suplir as inactividades do Ministerio Público, e tería a súa maior virtualidade alí onde o Fiscal decidise non actuar ou, actuando, mantén unha diferenza de criterio con respecto a sensibilidades sociais que se fan presentes no proceso a través do acusador popular. Pola contra, cando se unen as vontades do ofendido e acusador oficial en non exercer a acción, podería ser razoábel non permitir a actuación dun estraño á relación xurídico-penal, xa que se a posíbel vítima considerou preferíbel non acusar, e o Ministerio Fiscal non viu comprometido o interese público, ao non atopar indicios de criminalidade, nada xustifica que se obrigue a sufrir un proceso, mesmo cando acabase de inmediato co sobresemento, tanto a quen aparecese na posición de imputado, como a quen fose a hipotética vítima da presunta acción delictuosa.

---

64 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, *op. cit.*, p. 230.

65 *La acusación ...*, *op. cit.*, pp. 334-336.

66 QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, p. 428, propón supeditar a acción popular á decisión do ofendido de non perseguir ou iniciar o proceso. Neste caso, opérase tal restricción, ademais de como medio de limitar a acción popular como un elemento de protección á vítima que non desexe sufrir a celebración dun proceso. MORENO CATENA, V.; *ET AL.: El Proceso ...*, *op. cit.*, pp. 399-400, propón que excepto que o ofendido e o Ministerio Fiscal non se personen nas actuacións, ou se denuncie unha actuación dilatoria, entorpecedora ou fraudulenta da súa parte, o actor popular debería adoptar unha posición procesual subordinada a esta, pois non se entendería a utilización do aparato estatal nunha posición contraria e enfrontada a quen persoal ou institucionalmente ten lexitimación para acusar o interese preeminente por parte dun actor popular que en nada ten sido afectado polo delito. No mesmo sentido, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, *op. cit.*, p. 576.

67 Sinala a este respecto ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, *op. cit.*, p. 228, que “ou sobra a acción popular, ou non sobra, pero neste segundo caso non se pode dar ‘gato por liebre’”.

Non se pode, sen embargo, estar de acordo cos diferentes argumentos esgrimidos para negar a virtualidade da acusación popular como medio de control do Ministerio Fiscal. A configuración actual da Fiscalía en España faina sensíbel á posibilidade de ser influída polo poder político. Non é posíbel, aínda que sexa excepcional, desbotar a influencia do Poder executivo nas decisións tomadas polos membros do Ministerio Fiscal á hora de iniciar a persecución delictuosa. Neste sentido, un cambio na estrutura organizativa do Ministerio Público sería altamente desexábel, pero tampouco pode pensarse que a non vinculación do Ministerio Fiscal ao Poder Executivo o faga invulnerábel a todo tipo de presións de índole política, económica ou social, de xeito que converta en innecesaria unha garantía externa á propia institución. Ao mesmo tempo que cremos que tales interferencias son unha excepción no recto actuar dos membros da Fiscalía, a intervención do acusador popular no proceso deberá consecuentemente ser excepcional, pero a simple posibilidade de intervención debe ser, como se expuxo anteriormente, abondo para facer efectiva a garantía. Por outra banda, esta garantía non debe actuar só no caso de deixamento de funcións interesada, senón que será igualmente útil para a introducción de sensibilidades sociais na protección dos diversos bens xurídicos, ou para suplir as inactividades provocadas pola falla de medios da Fiscalía. A intervención de particulares no proceso pode contribuír a evitar o distanciamento da realidade social, que podería comportar a asunción das tarefas de acusación penal unicamente por profesionais. Non é a desconfianza cara ao Ministerio Fiscal a que motiva o desexo de artellar garantías, é a confianza cega na actuación dos profesionais do Dereito, unida a unha visión esencialmente negativa da intervención de particulares, a que orixina a oposición á súa inclusión. A confianza no normal funcionamento dunha institución non é un impedimento para poder revelar os seus defectos e indicar vías de solución, moito máis no caso do Ministerio Fiscal español na actualidade, no que obxectivamente se poden denunciar diversos problemas organizativos que inflúen na súa actividade e que fan necesarias as cautelas. Os abusos por parte dos particulares que actúen no proceso son posíbeis, así como os problemas derivados da falla de imparcialidade e de visións puramente punitivas na súa intervención no proceso; pero o sistema procesual penal ofrece recursos contra a existencia destes inconvenientes. A participación do propio Ministerio Fiscal no xuízo mantendo teses non acusadoras en defensa do interese público e da legalidade é posíbel, e deberá facelo cando considere infundada a acusación. Por outra banda, a figura do Xuíz como garante dos dereitos do imputado ten un papel central, non permitindo a apertura de procesos a persoas contra as que non exista un fundamento abondo. Non se entende cómo nalgúns autores a confianza no Fiscal se torna en máxima prevención contra xuíces e acusadores populares<sup>68</sup>.

Semella que en realidade se ten disfrazado a discusión de necesidade ou non de establecer garantías externas á actuación do Ministerio Fiscal no proceso, cando os verdadeiros termos nos que debería proporse serían os referidos a cómo establecer o principio de oportunidade no proceso español, que é o asunto que palpita en toda a polémica; así o ten recoñecido ALMAGRO NOSETE<sup>69</sup>, quen tentou coordinar ambos intereses. A imposibilidade para artellar opcións baseadas no principio de oportunidade e a aplicación de medidas alternativas ao proceso en virtude de diversas fins resocializadoras, de protección á vítima, etc., debido á intervención do acusador popular – e tamén do particular – non sería tal. Unha visión do principio de oportunidade onde a atribución de criterios de discrecionalidade ao Ministerio Fiscal se fixese con amplitude, si precisaría dun monopolio na acusación do órgano oficial. Pero se a opción lexislativa que se aco-

68 Así o fai expresamente QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, pp. 430-431.

69 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, *op. cit.*, pp. 228-231. Tamén se pronuncia neste sentido RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, *op. cit.*, pp. 191-196, quen se refire así mesmo ao problema da asunción da investigación polo Ministerio Fiscal.

Ile é a que contempla o chamado principio de oportunidade regrada, ambos intereses poderían facerse compatíbeis. Cando sexa a mesma lei a que en determinados casos contemple a posibilidade de non exercitar a acción penal sobre a base de determinadas consideracións, a acción popular tería a función de controlar que se cumpriron os requisitos para a aplicación dunha medida alternativa ao proceso<sup>70</sup>. Se o Xuíz é quen decide en último termo, a suspensión do proceso penal ou a validez do acordo reparador, solicitado ou que goza da aceptación do Ministerio Fiscal, aínda que a acusación popular se opuxese, habería de concederse, sempre e cando se desen os requisitos esixidos legalmente. A acusación particular debería actuar neste caso como un garante de que a actividade do Ministerio fiscal foi axustada á legalidade, pero ha de evitarse que, ao mesmo tempo se convertan estas medidas alternativas en inútiles.

## 6. A DISTORSIÓN DOS FINS DA ACCIÓN POPULAR.

Un dos argumentos máis usuais para defender a abolición da acción popular no proceso español é poñer de relevo os abusos que na práctica forense se realizan a través da posta en marcha desta figura. É común entre certa doutrina recorrer a denunciar as actitudes de certos acusadores populares que actúan no xuízo movidos por fins diferentes á pura aplicación da Lei penal<sup>71</sup>. Así, alúdese aos usos desviados da acción, que dan lugar á introducción de motivacións extraprocesuais<sup>72</sup>, como poden ser o desexo de vinganza, a extorsión en busca de acordos económicos, o desprestixio do imputado, etc.. A acción popular, nunha das críticas máis feras que ten recibido, ten sido acusada por PEDRAZ PENALVA<sup>73</sup> de “*groseiro remendo favorábel a espurios intereses*”, e asimilada ao Xurado en canto a súa defensa non se realiza senón por argumentos sentimentais e demagóxicos. Existe certa prevención cara á acusación popular, porque, ao non poderse investigar en ningún caso cál é a verdadeira motivación que suscita ao acusador a promover a acción penal<sup>74</sup>, enténdese que pode provocar que se dirixan ao proceso o que non deben ser máis que discusións políticas, ou rivalidades económicas, industriais, etc.. Algúns autores expresan o seu temor a que a resonancia do proceso penal e a “pena de escano”, sexan uti-

---

70 En conexión con este argumento ao que facemos referencia maniféstase RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, op. cit., p. 196, no sentido seguinte: “*Este control popular do que falamos vai resultar especialmente significativo naqueles supostos nos que a discrecionalidade do Ministerio Fiscal, introducido legalmente baixo a denominación equívoca de ‘oportunidade regulada’ o fin de restar importancia ás amplas facultades de disposición que aquela outorga ao Fiscal sobre o proceso, acrecenta considerabelmente os riscos dun absoluto deixamento da realización da xustiza penal*”.

71 GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Acción particular, acción popular...”, op. cit., pp. 29-30.

72 A “*fins en moitas ocasións non moi diáfanos*” refírese NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “La acción popular: fianza para su ejercicio y derecho a una tutela judicial efectiva (comentario a la STC 50/1998, de 2 de marzo)”, *TJ*, 1999, nº 3, p. 293. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, op. cit., p. 575 sinalan que “*hoxe o proceso penal está sendo empregado para fins alleos á utilización da iniciativa cidadá como vía lexítima para obter a oportuna represión dos delitos cando o Ministerio Fiscal incumpra co seu deber de exercer a acción penal, ou como manifestación de solidariedade coas vítimas dun delito. Hoxe o proceso penal converteuse nun campo onde proliferan dous espécimes novos: os profesionais da acción popular, que utilizan o proceso cun desexo de notoriedade, ou con outros móbiles en todo caso privados, e os ‘vingadores’ dos presuntos desmandos que se puidesen cometer na vida pública, o que en definitiva arrastra á esfera xurisdiccional o debate político e serve como instrumento de presión diante da opinión pública contra a forza política que teña a un dos seus membros sometido a un proceso penal*”.

73 PEDRAZ PENALVA, E.: *Prólogo a. La acusación popular* (PÉREZ GIL, J), Granada, 1998, pp. XXI-XXVI. É de salientar que, sen embargo, este mesmo autor na súa obra “Principio de proporcionalidad y...”, op. cit., p. 364 acudía ao exercicio da acción popular como un dos elementos que interviría de xeito favorábel na inclusión do principio de oportunidade no proceso español, ao permitir completar e suplir “*faltas inxustificadas ou inxustificábeis de promoción da acción polo Ministerio Público*”.

74 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, op. cit., p. 340.



lizadas como armas contra adversarios políticos<sup>75</sup>, ou doutro carácter co único fin do desprestixio<sup>76</sup>. Si é certo que ten sido o exercicio da acción popular en certos xuízos con implicacións políticas o que ten posto no punto de mira esta institución<sup>77</sup>.

Adúcese que se o Estado é quen debe fixar a política criminal, a intervención de suxeitos particulares, que actúan en interese do mesmo Estado, pero sen estar vinculados aos obxectivos que este promova, sería altamente prexudicial para as liñas que se fixasen en canto á persecución penal<sup>78</sup>. Neste sentido, ponse como exemplo a intervención de suxeitos ou asociacións en defensa de determinados bens xurídicos – coma por exemplo as asociacións de carácter antiabortista<sup>79</sup> – que busquen unicamente a represión de determinadas condutas, en contra doutros intereses atendíbeis polo Estado. Este enfoque non semella correcto, xa que se o Estado considera que determinadas condutas non son merecedoras de pena, a solución correcta debería ser a despenalización, e non deixar as solucións político-criminais para o proceso en concreto. Se a Lei tipifica uns certos comportamentos, non se ve cá é o problema de que determinados cidadáns pidan a súa aplicación, independentemente dos intereses ideolóxicos que se agachen detrás. A defensa dos bens xurídicos protexidos por persoas que poidan ser consideradas, en función de determinadas apreciacións, como fanáticos, non ten por qué ser considerada como contraria ao proceso, mentres se axuste ás canles sinaladas na Lei. En todo caso, independentemente da acción do acusador popular, o Ministerio Fiscal poderá defender no proceso os seus propios puntos de vista, tendo a obriga o Xuíz ou Tribunal de decidir de acordo a Dereito.

Non cremos, en ningún caso, que a solución a estas disfuncións deba pasar pola supresión da acción popular. A introducción de intereses espurios pode ser efectuada tamén por quen alegue ser ofendido por un delicto, ao poder actuar animado por intereses revanchistas, patrimoniais, de vinganza, extorsión, etc.. Non semella que haxa que ter máis confianza, a priori, en quen alegue ser ofendido por un delicto que en quen manifeste actuar en defensa do interese público. A solución debe pasar en ambos casos polo control, a regulación e mesmo a restricción en determinados supostos<sup>80</sup>, da acción popular, pero non na súa abolición, porque esta sexa susceptíbel dun uso abusivo, uso que se pode producir con respecto a calquera institución xurídica que permita a actuación dun dereito<sup>81</sup>. GIMENO SENDRA<sup>82</sup> ten afirmado que non é un correcto xeito de análi-

---

75 ESCUSOL BARRA, E.: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 212, alerta sobre a politización do proceso penal, debido a que a vía da acción popular pode ser utilizada para levar a cabo reivindicacións de tal tipo.

76 Para PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, p. 2, o exercicio da acción popular podería utilizarse como medio de presión a Xuíces e Tribunais a través dos xuízos paralelos e a instalación dos suxeitos imputados nunha simbólica picota. Hai que considerar, sen embargo, que os efectos publicitarios da acción popular non se alcanzan tanto polo exercicio desta, senón polo acceso aos medios de comunicación de masas, que no caso de interese en levar a cabo criminalizacións prematuras poderían atopar calquera outra vía.

77 ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>.: *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 60.

78 QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, p. 419.

79 QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, p. 421, fala de “*coñecidos despropósitos*” para referirse á intervención de asociacións ultrarrelixiosas en procesos por aborto, ou a intervención de personaxes ou partidos en supostos de delictos financeiros por un sentimento de odio ou vinganza, alleo ao do Estado.

80 QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes...”, *op. cit.*, pp. 432-433, propón subtraer delictos como o aborto, os delictos societarios, os delictos financeiros, os delictos patrimoniais, os fiduciarios, etc., á actuación do acusador popular.

81 ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, *op. cit.*, p. 226. Afirmar RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular ...*, *op. cit.*, p. 178, que “*o simple risco de extralimitación nos fins legalmente asignados a unha determinada institución non constitúe razón abondo para manter a desaparición da mesma, pois, do contrario, habería de propugnarse a eliminación do Ministerio Fiscal como consecuencia das indiscutíbeis desviacións que poden chegar a apreciarse no exercicio da acusación por este funcionario*”. E BIANCHI, A.B.:

se “o de proclamar as súas excelencias ou bondades, ou de evidenciar os seus defectos, senón o de examinar o seu contido e a función na mesma LACRim e o funcionamento real na práctica forense. Do estudio dogmático da institución contemplada á luz do dereito positivo, poderemos salientar a súa validez ou inoperatividade no momento presente, mentres que da investigación sociolóxica da querela na práctica dos Tribunais detectaremos as súas corruptelas, que nos ilustrarán os criterios que o lexislador podería adoptar para desterralas do proceso”.

Pódense configurar diversos controis, tanto internos como externos ao proceso, que servisen para evitar certos usos abusivos da acción popular. En primeiro lugar, debería artellarse dalgún xeito a posibilidade de que se investigasen as verdadeiras motivacións do acusador popular para, no caso de que se demostrase a existencia de algún interese ilícito, impedirle a súa actuación no proceso. En todo caso o Xuízo e o Fiscal deben revisar en todo momento a actuación dos acusadores no íter procesual<sup>83</sup>. O Fiscal debe oporse á acusación que considere improcedente (art. 3.4 EOMF), aducindo os argumentos que estime precisos; así mesmo, o Xuízo ou Tribunal non deben consentir actuacións do acusador popular que se afasten dos fins do proceso, e non someter a xuízo oral ao imputado, se non se comprobou na fase de investigación a existencia de indicios abondo de criminalidade, e aínda inadmitir aquelas querelas que sexan manifestamente falsas ou carezan de todo fundamento. Neste sentido sería necesario artellar dun xeito correcto o xuízo de acusación nos procesos penais españois<sup>84</sup>, evitando así ao imputado a “pena de escano” no caso de acusacións infundadas.

Unha adaptación dos delitos de acusación e denuncia calumniosas<sup>85</sup> ás necesidades de combater a fraude procesual no proceso penal e a súa efectiva aplicación na práctica procesual deberían ser tamén instrumentos disuasivos do exercicio da acción penal por querelantes fraudulentos que buscasen no proceso penal un aproveitamento ilegítimo, que o ordenamento xurídico non debe en caso ningún amparar. Será tamén útil para evitar este tipo de situacións fraudulentas a doutrina do abuso do dereito. Segundo tal doutrina, existe abuso de dereito sempre que o exercicio do dereito subxectivo ou facultade excede os límites implícitos nas mesmas disposicións que o regulan (finalidade do dereito, carácter da institución) ou excede daqueles outros límites que resultan da aplicación dos principios xerais do dereito<sup>86</sup>. Segundo tal doutrina, no caso dun uso da acción popular que excedese da finalidade desta, podería decretarse o cesamento do seu exercicio ou declarar a ineficacia do exercicio da acción. O recoñecemento positivo á doutrina do abuso do dereito produciuse no art. 11.2 LOPX e 247.2 da LAC 1/2000, de 7 de xaneiro.

---

*El juicio por jurados*, Buenos Aires, 1999, p. 138, en relación co xurado, pero nunha reflexión que é plenamente aplicábel á institución que estamos estudando, que “ningunha institución – basicamente neutral – dentro do Dereito é en si mesma boa ou mala. En realidade, o seu bo ou mal comportamento e os beneficios ou prexuízos que reporte dependen máis da acción humana que se desenvolve detrás dela que da súa formulación teórica”.

82 GIMENO SENDRA, J.V.: *La querrela*, op. cit., pp. 8-9.

83 FAIRÉN GUILLÉN, V.: “Acción del Fiscal...”, op. cit., p. 65, afirma que é función destes defender á sociedade dos excesos da acción popular.

84 GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, op. cit., p. 577, sinalan que “se fai preciso, pois, que dun xeito inmediato se instaure no noso país a garantía do xuízo de acusación, de xeito que poida ser rexeitada polo órgano xurisdiccional, impedindo a súa celebración. Axeitadamente regulado, o xuízo podería facer desaparecer ou diminuír dun xeito notábel as accións populares infundadas, fraudulentas ou motivadas por inconfesábeis razóns políticas ou persoais”.

85 BUJOSA VADELL, L.M.: “Notas sobre la...”, op. cit., pp. 119-120.

86 Vide CASTRO Y BRAVO, F. DE: “El ejercicio de los derechos”, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 135-144

## 7. A ACCIÓN POPULAR COMO MOTIVO DE ENTORPECEMENTO DA XUSTIZA.

Un último argumento que ten sido recorrente á hora de criticar o mantemento da acción popular no noso dereito, é a inutilidade, e aínda o prexuízo, que causa a un determinado proceso, dende o punto de vista do seu desenvolvemento. Por unha banda, afirmase que ao levar adiante no proceso penal o mesmo papel que o Ministerio Fiscal<sup>87</sup>, e en virtude do mesmo interese, a súa actuación sería superflua, por reiterativa, no caso de que coincida con el, e entorpecedora no caso de que sexa distinta. Por outra banda, asegúrase que a súa actuación en procesos concretos é unha das causas de deterioro da xustiza e que provocan o atraso na tramitación dos procesos, de xeito que a aplicación práctica desmentiría as virtudes teóricas que se lle asignan<sup>88</sup>.

Sen embargo, admitiuse practicamente por todos os autores que se teñen ocupado do tema, que a utilización da acción particular é escasa na práctica<sup>89</sup>, escaseza que se fai máis acusada cando quen a exerce é un terceiro non ofendido polo delicto. Por esta razón, non se pode alegar seriamente que constitúe un dos motivos de atraso da Xustiza penal, pois se non se exercita na gran maioría das causas, a súa incidencia sobre o colapso do sistema será practicamente nula. É máis, tense defendido que a introducción dun actor popular, e por iso, dun novo punto de vista no proceso é tecnicamente beneficiosa para o seu desenvolvemento<sup>90</sup>, pois contribuiría a unha maior delimitación do obxecto do proceso penal. As posibilidades do Tribunal son maiores e moito mellores cantas máis versións sobre o aspecto subxectivo do realmente ocorrido teña no seu poder e poida estudar. Este argumento ten sido, non obstante, criticado expresa e acertadamente por PÉREZ GIL<sup>91</sup>, quen se pregunta por qué non se admite, baseándose na mesma argumentación, a entrada no proceso de defensores populares, na medida en que unha nova visión contribuiría a aportar matices sobre o feito axuizado.

## 8. CONCLUSIÓN.

En xeral, pode considerarse que a intervención de particulares exercendo a acusación é beneficiosa no actual proceso penal español, aínda cando isto non obsta a que, tal vez, haxa certa necesidade de restrinxir o seu campo de actuación. Propor, sen embargo, a total eliminación da acción popular e a restricción das facultades acusatorias aos ofendidos polo delicto en sentido estricto é, hoxe por hoxe, a menos que se reforme a Constitución neste sentido, inviábel, xa que o recoñecemento constitucional no art. 125 impediríao; mesmo, como se ten afirmado por parte dalgún autor, faría nece-

87 LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La acusación penal...”, *op. cit.*.

88 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, p. 2.

89 Tal escaseza pode deberse, segundo indican TUBAU, O.; RAMOS, E.; GASPAS, P.: “El proceso penal español desde la perspectiva de la víctima”, *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, M.A. Soria Verde (coomp.), Barcelona, 1993, p. 32, á desinformación xeral sobre o significado que implica ser parte nun proceso penal; a que a vítima non desexa, en xeral, ter contacto ningún coa causa, e acudir como acusador particular representaríalle un problema maior, debido á vinculación co proceso que implicaría; ademais, comparecer con avogado e procurador é custoso, e segundo o delicto sufrido pola vítima, non se considera xustificado este gasto, máis cando sabe que a consecución dunha indemnización será, cando menos, complicada. Nun sentido semellante *vide* PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: “La asistencia a las víctimas del delito en Vizcaya”, *EG*, nº 6, 1992, p. 159.

90 GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Acción particular, acción popular...”, *op. cit.*, pp. 30-31.

91 PÉREZ GIL, J.: *La acusación ...*, *op. cit.*, p. 313, nota 71.

saría a súa promoción. Isto implica que tampouco se pode reducir a uns límites mínimos: pódense producir certas modulacións para axustar a acción popular ao seu carácter de función pública, en virtude do mellor desenvolvemento desta.

Tal carácter de función pública implica certo control da actividade do Ministerio Fiscal; por iso desnaturalizárase a súa esencia no caso de supeditar o seu exercicio á actividade do acusador oficial, eliminando toda posibilidade de desvío respecto das teses acusatorias deste. A acción popular debe ser unha vía para permitir a entrada no proceso das inquiredanzas sociais. Isto non significa que sexa unha institución esencialmente democrática, nin sequera un xeito de democratizar a xustiza. Pero si é unha institución participativa, que debe permitir a entrada no proceso penal de valoracións sociais na defensa dos bens xurídicos protexidos na lexislación penal. Neste sentido, será prioritaria a súa función como portadora da tutela dos intereses difusos, en canto nos supostos de delitos con vítima difusa a acción popular pode permitir o acceso da voz desta no proceso.

O uso desviado da institución non pode tampouco xustificar a súa desaparición, nin no caso da acción popular, nin no de ningunha outra institución xurídica, a non ser que sexa en si mesma perversa, e este non é o caso da acción popular. Haberán, pois, de adoptarse as necesarias cautelas e garantías para dar a posibilidade aos xuíces, como garantes últimos dos dereitos dos xusticiábeis, para vivir o seu correcto uso e evitar que a través dela se sigan procesos fundamentados en acusacións claramente infundadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J.: “Acción popular”, en *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 223-231.
- AMOEDO SOUTO, C.: “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora y la ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: ¿Garantía o “performance” de la Administración de Justicia?”, *RVAP*, 2000, nº 58, vol. I.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III): Acción penal y víctima colectiva”, *RDP*, 1999, nº 1.
- ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>.: *Derecho Procesal Penal*. Valencia, 1998.
- BELOOF, D.E.: *Victims in criminal procedure*, Durham, North Carolina, 1999.
- BUJOSA VADELL, L.: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995.
- BUJOSA VADELL, L.M.: “Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular”, *Justicia*, 1990, nº 1. Pgs. 101-120.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE: “El ejercicio de los derechos”, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 135-144.
- COBREROS MENDAZONA: “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *RVAP*, nº 41, 1995, pp. 761 e ss.
- ESCUSOL BARRA, E.: *Manual de Derecho Procesal-Penal*. Madrid, 1993.
- ESER, A.: “La víctima en el proceso penal. Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, 1998, pp. 277-316.

- FAIRÉN GUILLÉN, V.: “Acción del Fiscal y acción popular. Refuerzo de esta última”, *Tapia*, 1989, nº 48, pp. 59-63.
- FERRAJOLI, L.: “El derecho como sistema de garantías”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999.
- FLETCHER, G. P.: “El Jurado en Estados Unidos”, *JPD*, 1997, nº 28.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, 1995.
- GIFFORD, D.G.: “Equal Protection and the Prosecutor’s Charging Decision: Enforcin an Ideal”, *George Washington Law Review*, 1981, nº 49, pp. 711-717.
- GIMENO SENDRA, J.V.: *La querella*, Barcelona, 1977.
- GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*. Madrid, 1988.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1997.
- GITTLER, J.: “Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems”, *Pepperdine Law Review*, 1984, nº 11.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de justicia penal”, *Poder Judicial*, 8, 1987, pgs. 27 y ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *El proceso penal*, 4ª ed, Oviedo, 1996.
- GONZÁLEZ MONTES, J.L.: “Notas en torno a la acción penal y a su ejercicio”, en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. Faustino Gutiérrez-Alviz*. Valencia, 1998, pgs. 737-746.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.; MORENO CATENA, V.: “La participación popular en la administración de justicia”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Óscar Alzaga Villamil), Madrid, 1995, Tomo IX, pp. 565-602.
- JIMÉNEZ MEZA, M.: *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José, 1998.
- LAFAVE, W. R.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J.: *Criminal procedure*, 3ª ed., St. Paul, 2000.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, p.: “La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular”, *DLL*, 1998, nº 4463.
- LEMKE, M., ET AL: *Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 2001.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M: *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.
- MARTÍN BERNAL, J. M.: “La acción popular y la tutela de los grupos”, *AP*, 1988, nº 1, p. 811.
- MARTÍN MATEO, R.: *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994.
- MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III*, 10 ed., València, 2001.
- MUÑOZ ROJAS, R.: “En torno al acusador particular en el proceso penal”, *RDP*, 1973, nº 1, Pgs. 105-153.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “La acción popular: fianza para su ejercicio y derecho a una tutela judicial efectiva (comentario a la STC 50/1998, de 2 de marzo)”, *TJ*, 1999, nº 3.

- NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1994.
- PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: “La asistencia a las víctimas del delito en Vizcaya”, *EG*, nº 6, 1992.
- PEDRAZ PENALVA, E.: “El jurado como vía de participación popular”, *La Ley*, 1994, nº 2, pp. 1006-1014.
- PEDRAZ PENALVA, E.: “Sobre el significado y vigencia del jurado”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp. 59-78.
- PEDRAZ PENALVA, E.: *Prólogo a. La acusación popular* (PÉREZ GIL, J), Granada, 1998, pp. XXI-XXVI.
- PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, Granada, 1998.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *La participación popular en la Administración de Justicia. El tribunal del jurado*, Madrid, 1992, pp. 21-26.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Dos problemas pendientes de la justicia penal”, en *Estudios Penales y criminológicos*, 1994, T. XVII, Santiago de Compostela, pgs. 401 y ss.
- RÍOS CABRERA, A. M.: *La acción popular en el proceso penal español*, (tesis doctoral inédita), Cádiz, 1999.
- ROXIN, C.: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000.
- SABATER I TOMÀS, A.: *Dret Processal Penal d'Andorra*, Barcelona, 1991.
- SEBBA, L.: *Third parties. Victims and the criminal Justice System*, Columbus, 1996.
- SILVELA, F.: “La acción popular”, *RGLJ*, 1888, nº 73, Pgs. 457-487.
- TUBAU, O.; RAMOS, E.; GASPÀR, P.: “El proceso penal español desde la perspectiva de la víctima”, *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, M.A. Soria Verde (coomp.), Barcelona, 1993.
- ZÄTZSCH, J.: “Die Beteiligungsrechte des Verletzten im Strafverfahren (status activus) – Eine kritische Betrachtung”, *ZRP*, 1992, 167-170.