

La acción popular en el sistema procesal español

The Public Interest Claims in the Spanish Criminal Procedure

NOEMÍ JIMÉNEZ CARDONA¹
Universidad de Barcelona, España

RECEPCIÓN: 06/06/2014 • ACEPTACIÓN: 16/06/2014

RESUMEN El presente artículo tiene por objeto de estudio la institución de la acción popular como parte integrante de la acusación formulada dentro del proceso penal español. En concreto, centra su análisis en los requisitos objetivos, subjetivos y formales a cumplir, así como los límites tanto legales como jurisprudenciales a los que está sujeta su actuación. Asimismo, se perfilan las líneas de futuro venideras, haciendo especial referencia al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. A modo de conclusión, se proyectan toda una serie de apreciaciones tendentes al esclarecimiento y mejora, abogando por la permanencia, de esta institución tan emblemática como polémica.

PALABRAS CLAVE Acusación popular, partes acusadoras, acción penal.

ABSTRACT The purpose of this article is the study of the institution of the «acción popular» (public interest claim) as an integral part of the prosecution system within the Spanish criminal procedure. It focuses on the analysis of the objective, subjective and formal requirements that must be taken

1. Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y discípula de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, bajo titularidad del Dr. David Vallespín. Correo electrónico: enejotace_@hotmail.com.

into account in the application of this legal instrument. The limitations of legal and jurisprudential nature are also reviewed. Furthermore, the paper attempts to show a vision of the future of this legal instrument, specially referring to the proposed new Criminal Procedure Act. In conclusion, several opinions are expressed that try to clarify and improve the way in which the instrument is applied, and favour the permanence of this institution, which is both symbolic and polemic, within the Spanish system.

KEYWORDS Public interest claim - prosecuting parties - penal action.

I. Sistemas procesales y distribución de la acción penal

Con los primeros atisbos de civilización, y a medida que iba consolidándose ésta, se hizo necesario que la organización política adquiriera paulatinamente, con carácter exclusivo, el derecho al castigo o *ius puniendi*. Si bien inicialmente los particulares agraviados tenían la opción de elegir entre satisfacer la venganza privada, acordar una solución con el agresor (*compositio*) o acudir al poder coercitivo estatal; esta tercera vía acabó por configurarse como la única posible a utilizar por el ofendido, mediante los cauces del proceso, para obtener tanto la reparación del hecho delictivo como las consecuencias civiles derivadas del mismo, prohibiéndose así el ejercicio de la autotutela, salvo limitadísimas excepciones².

El propio proceso así como la realización de la justicia penal, fin al cual atiende, no se han desarrollado dentro del marco de un sistema procesal único, sino que, en los distintos momentos históricos, el proceso penal se ha estructurado en torno a un amplio abanico de principios configuradores bien distintos dando lugar, según la clasificación doctrinal, a tres sistemas procesales (acusatorio puro o histórico, inquisitivo y acusatorio mixto o formal), sucediéndose correlativamente para intentar corregir los desequilibrios y excesos producidos por el sistema anterior³.

La primera forma en surgir fue la acusatoria pura o histórica. Se identifica

2. A título de ejemplo, el artículo 20.4 del CP contempla la legítima defensa como causa de exclusión de antijuridicidad

3. Para un análisis exhaustivo de dichos sistemas y principios, véase, entre otros: VÁZQUEZ (1984) p. 373 – 415.

por establecer un proceso penal de carácter privado debido a la falta de diferenciación entre la acción penal y la acción civil. Por ello, se configuraba como un proceso de partes, donde el ofendido deducía un derecho subjetivo propio dirigido a la imposición de una pena contra el acusado. El órgano juzgador no podía proceder de oficio; tanto el inicio como el mantenimiento de la acusación, la averiguación de los hechos y la aportación de las pruebas, recaían sobre las propias partes, siendo el juez un tercero imparcial que únicamente debía fallar en función de la actuación de las partes y tras la libre valoración de los elementos probatorios.

Era un proceso público, oral, contradictorio y entre iguales. La justicia, en cierto modo, estaba «popularizada», pues eran los particulares los que desempeñaban un papel activo en ella. A su vez, sólo se podía iniciar el proceso mediante la actuación del ofendido o de sus allegados, aunque, posteriormente, no siendo posible concretar el momento histórico, la función acusatoria se extendió a cualquier miembro del grupo como integrante de la comunidad política, fruto de atribuir a algunos delitos un interés público o social más allá del carácter puramente privado que ostentaban.

Dentro del sistema acusatorio propio del Derecho Romano, encontramos como figura influyente de nuestra acción popular la *actio quivis ex populo*, recogida por primera vez en la *Lex Calpurnia* (149 a.C). Era una tipología de acción popular romana que atribuía el poder de acusar, como su denominación latina indica, a cualquier ciudadano romano porque se consideraba que la infracción criminal cometida, además de dañar la esfera personal del ofendido, quebrantaba la paz pública de la comunidad y, por lo tanto, cualquier ciudadano de ésta tenía un motivo para instar su persecución. Se lograba la protección y restauración del interés común y, consecuentemente, se aminoraba la prevalencia del sentimiento de venganza perseguido por el ofendido en el proceso. Tampoco se excluía que el *quivis ex populo* obrase, además, por motivaciones personales como la obtención de buena fama y popularidad, puesto que era frecuente que el mismo Estado romano le otorgara un premio si la acusación acababa en condena. No obstante, no se confería un ejercicio absoluto, sino que estaba sometido a una serie de restricciones, bien por razón de la escasa trascendencia de los delitos que tenían en la comunidad, bien por razón de los sujetos⁴.

Como es bien sabido, el sistema acusatorio entró en declive en la Baja Edad

4. PÉREZ (1988) p. 14 – 17.

Media y a finales del siglo XVI, tras periodos de concurrencia entre ambas formas, se instauró definitivamente el sistema inquisitivo. El ilícito penal pasó a concebirse como una vulneración del ordenamiento jurídico, así que tanto su investigación como persecución se consideraba una función pública que debía ser asumida por el Estado a través de la actuación de los órganos jurisdiccionales para evitar la impunidad provocada por la inactividad, temor o desinterés de la propia víctima.

Los particulares eran privados de la acción penal y su actuación quedaba relegada únicamente a poner en conocimiento del órgano jurisdiccional un hecho de carácter criminal para que fuera él quien iniciara las actuaciones, desapareciendo la figura del particular-acusador. El juez perseguía *ex officio* los posibles hechos delictivos, acumulándose ante una misma persona las funciones de juzgar (valoración de la prueba y posterior fallo) y de acusar (incoación del proceso y mantenimiento de la acusación, investigación de los hechos y aportación de la prueba).

Entrados en el siglo XVII y finales del siglo XIX, fruto de la Ilustración y posteriormente de la Revolución Francesa, surge la necesidad de incorporar toda una serie de garantías y principios encaminados a la humanización del Derecho Procesal, en detrimento del amplio poder que ostentaba el órgano judicial.

Se plantea así el llamado sistema acusatorio formal o mixto, que tiene carácter híbrido porque en el proceso se diferencian dos etapas. En la primera, de investigación, predominan rasgos inquisitivos, algunos de ellos adoptados actualmente por nuestro sistema procesal (vg. la obligación del juez de incoar el proceso [303 junto con 308 LECrim], el predominio de actuaciones escritas y con posibilidad de ser secretas para las partes, pero sometidas a un límite temporal [302.II LECrim], la salida a la búsqueda del acusador [642 LECrim], o el papel activo del propio órgano al poder proponer de oficio la práctica de diligencias [315.II LECrim]). La segunda etapa, de juicio oral, en cambio, es de tendencia acusatoria, ya que en ella rigen en su plenitud los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, junto con la necesidad de sostener una acusación por parte de un tercero ajeno al juez para abrir y mantener el juicio oral.

Con este sistema no se pierde la concepción pública del Derecho Penal, asumiendo el Estado la función de acusar para no dejar todo el peso de su persecución a la comunidad social. Es en este momento donde emerge con gran fuerza la figura del acusador público, constituyéndose pieza fundamental, pero no ex-

clusiva en nuestro sistema, como ya se verá, para ejercitar y mantener de forma imparcial la acción penal. De este modo, la acusación debe sustentarse por un órgano público distinto al órgano jurisdiccional (*ne procedat iudex ex officio*), convirtiéndose la acusación sostenida por tercero en un presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccional pueda determinar la posible producción del hecho delictivo y la responsabilidad del autor (*nemo iudex sine actore*).

Tras haber expuesto en las líneas precedentes, de forma sucinta, cuáles son las características propias de cada sistema procesal penal, conviene, antes de centrar nuestro análisis en el estudio de la acusación popular, destacar las modalidades en que puede articularse el ejercicio de la acción penal, entendiéndose por ésta, como bien señaló en su día el Prof. GÓMEZ ORBANEJA⁵, un mero *ius ut procedatur*, es decir, la acción penal confiere «*el poder jurídico de iniciativa procesal y de constituir la obligación del juez de comprobar la situación de hecho que se le somete, y de declarar si constituye un delito y funda responsabilidad penal y cuál sea la sanción correspondiente a esa responsabilidad. Secundariamente es el derecho de afirmar y probar ante el órgano judicial el derecho de penar*».

El ejercicio de la acción penal puede configurarse de formas distintas, dando lugar a una pluralidad de tipologías de sistemas procesales, reflejados en los diversos ordenamientos jurídicos presentes en el continente europeo.

El primero de ellos, a título explicativo, es el sistema del monopolio del ministerio público, el cual se caracteriza por otorgar la acción penal exclusivamente a un órgano estatal (denominado Ministerio Fiscal o Ministerio Público), sometido al principio de imparcialidad y obligado a ejercitarla y constituirse en parte acusadora en cuanto tenga conocimiento de un hecho de apariencia delictiva. Los particulares, con indiferencia del grado de afectación por el hecho criminal, quedan excluidos de toda función acusatoria. Son ejemplos de ello el sistema procesal francés e italiano.

En segundo lugar, se observa el sistema propio de Inglaterra, donde la acción penal recae en manos de los particulares ofendidos por el hecho delictivo o de cualquier otro particular, haciendo uso de la acción popular, como manifestación de un derecho cívico y activo tendente a restablecer el orden social quebrantado por la comisión criminal. Se configura como un proceso entre iguales, donde la persecución es una tarea propia de los ciudadanos, limitándose el Estado a proporcionar una estructura material y jurídica.

5. GÓMEZ (1947) p. 188.

En último lugar, aparece el sistema de la triple titularidad de la acción penal, mediante el cual su ejercicio se atribuye en régimen de concurrencia entre la actuación del acusador público y la llevada a cabo por cualquier particular, haya sido o no ofendido por el hecho delictivo. Es el sistema contemplado en nuestra LECrim, que se concretará a continuación.

II. El régimen de ejercicio de la acción popular en el actual sistema procesal penal español

II.1. Concepto y relevancia constitucional de la acción popular

Como se ha anticipado en el apartado anterior, el sistema procesal penal español destaca por ser una *rara avis* en comparación con el resto de sistemas procesales que le acompañan en el continente europeo. La peculiaridad de nuestro sistema reside en la configuración de una estructura tricéfala sobre el ejercicio de la acción penal, al diferenciar la acusación pública u oficial del MF (105 LECrim); la acusación particular o privada mantenida por el ofendido, en función del tipo de delito a perseguir (101 y 104 LECrim, respectivamente); y la acusación popular sustentada por el particular no agraviado (101 LECrim), respetando así el bagaje histórico de esta institución⁶.

Por razones de política legislativa, se optó por conceder una amplia legitimación activa para el ejercicio de la acción penal, surgida de cada hecho de apariencia delictiva (100 LECrim), con el fin de facilitar cualquier actuación destinada a la reparación del daño social producido por la comisión de un delito, ya que vulnera un bien jurídico penalmente protegido considerado de suma importancia para nuestra comunidad social. De este modo, se abre un cauce para que el particular no ofendido intervenga en el proceso promoviendo la acción penal mediante la acusación popular. También se consiguen compaginar, dentro del proceso, intereses surgidos de tres fuentes bien distintas: la actuación de la víctima buscando la reparación del daño, la intervención del

6. La acción popular se integró en nuestra tradición histórica mediante la recepción del *ius commune*. Es contemplada extensamente en *Las Partidas* de Alfonso X, donde se reconoce la acusación ejercitada por particular y la acusación ejercitada por *extraño*, sometida a toda una serie de exclusiones y límites. También fue recogida en posteriores disposiciones normativas, como por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812 – su artículo 25.2 la reservó para delitos de soborno, cohecho y prevaricación cometidos por jueces-, el Estatuto Real de 1834 o la Constitución republicana de 1931.

ciudadano como miembro perteneciente a la comunidad social y la protección procurada por el Estado mediante la figura del acusador público⁷.

El acusador popular, como sucede con el ofendido, ostenta un derecho de acción penal. Si bien no debe entenderse como un derecho subjetivo que tiene cada persona a obtener una sentencia de condena, pues el *ius puniendi* es de titularidad estatal. Ni siquiera tiene derecho a generar la obligación al tribunal, como realizador del *ius puniendi*, de imponer un castigo. Quien ejercita la acción penal no tiene derecho a obtener una sentencia condenatoria, sino a obtener una resolución judicial suficientemente motivada que estime o desestime la acción y finalice anticipadamente el proceso. Es más, el uso de la acción penal por parte del acusador popular no conlleva necesariamente el inicio del proceso, ni mucho menos su mantenimiento, ya que con el ejercicio de la acción se pone en conocimiento del órgano judicial una *notitia criminis* y, tras verificar si puede dar lugar a un delito o falta, se generará en el órgano el deber de incoar el proceso. No es propiamente la acción penal la que lo inicia, sino que es consecuencia de su ejercicio, en la medida en que trasmite un hecho con rasgos criminales. A fin de cuentas, la acción penal es el derecho a constituirse parte en el proceso, actuar en él manteniendo una acusación y promover toda una actividad probatoria suficiente para corroborarla con el objetivo de defender un interés concreto, que en el caso del acusador popular, será la persecución delictiva para restaurar el orden social y la legalidad.

Como la acción popular es una modalidad de ejercitar la acción penal, por ende, debe atribuírsele un carácter autónomo y propio respecto de las demás acciones ejercitadas por los restantes acusadores. Tal afirmación no gozó de una aprobación pacífica. En un principio tenía una función muy restrictiva: transmitir la *notitia criminis* al órgano judicial con el fin de iniciar el procedimiento. Su actuación finalizaba cuando el MF asumía la función acusadora. Por el contrario, si la acción penal ya se había ejercitado por el MF o acusador particular, el acusador popular ya no podía intervenir como parte por entenderse satisfecha la protección del interés social. Esta concepción atenta contra la naturaleza misma de la acción popular, reduciéndose los supuestos de actuación a los casos de inacción del MF. Tampoco encaja completamente con el sistema de la triple titularidad de la acción penal establecido en la LECrim.

Actualmente es amplio el sector de la doctrina que afirma su naturaleza

7. MORENO y CORTÉS (2012) p. 101.

autónoma e independiente⁸. El acusador popular puede ejercitar por sí solo la acción penal y desplegar toda su actividad procesal pertinente para demostrar su tesis acusatoria, sin subordinación alguna a la actuación de los restantes sujetos. Se constituye como parte acusadora con plena autonomía e independencia. En caso contrario, la acción popular perdería una de sus principales funciones: controlar la actividad del MF. Sin embargo, es una parte acusadora con carácter contingente, puesto que no es necesaria su presencia para la persecución del hecho delictivo al no tener el deber de ejercitar la acción penal y al quedar la misma en manos del MF y del acusador particular.

Desde una perspectiva general, la Constitución española de 1978 recoge en su artículo 125 tres derechos de carácter cívico relacionados con las libertades públicas y con la participación ciudadana en la Administración de Justicia: el derecho a ejercitar la acción popular, el derecho a formar parte de un jurado popular⁹ y el derecho a integrar los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. De esta forma, la institución que nos atiende se considera un derecho constitucional, pero necesitado de un desarrollo legal y de discutible naturaleza sobre su carácter fundamental.

Llegados a este punto, debe notarse la diferente legitimación que ostenta el acusador popular respecto del particular, por razón del distinto grado de afectación con el bien jurídico vulnerado, para poder relacionarlo con la protección especial que tiene todo derecho fundamental¹⁰. Si bien el acusador particular ejercita la acción penal con base en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (su actuación se ampara en el 24.1 CE, debiendo acreditar para su legitimación la condición de ofendido por el delito); el acusador popular ejercita la acción penal por vía del artículo 125 CE, el cual le otorga una legitimación extraordinaria o genérica, puesto que no debe demostrar una relación especial con el hecho de apariencia delictiva¹¹. Por lo tanto, la legitimación del acusador popular no descansa, al menos directamente, en un derecho fundamental, ya que el artículo 125 CE queda excluido de la sección primera del capítulo II del título I, donde se recogen los derechos fundamentales. Así a

8. DE LA OLIVA *et al* (2008) p.195 – 196; MONTERO (2013) p.80.

9. Sobre los problemas del jurado popular en España, véase, por todos, VALLESPÍN (2014) p. 541 – 553; VALLESPÍN (2007) 108 p.

10. MONTERO (2013) p.84.

11. *Asociación Naturalista Elanio Azul con Juzgado de Instrucción N°1 de Salamanca* (1994).

simple vista, parece ser que el derecho de acción del acusador popular respecto del particular tiene distinta dimensión constitucional.

Tomando en consideración, de una parte, que la acción popular, al fin y al cabo, desencadena el ejercicio de la acción penal; y, de otra, que excluirla de una tutela reforzada, podría desembocar en la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, nuestro TC ha mantenido distintas posturas interpretativas para reconducir el contenido del artículo 125 dentro de la esfera de protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (24.1 CE)¹².

Una primera línea jurisprudencial, acertadamente, considera que si el particular, al ejercitar la acción penal defiende un interés legítimo y personal, actúa amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva, por ser el derecho de acción penal una manifestación específica de éste. En consecuencia, para incluir la acción popular dentro de la protección de derecho fundamental debe determinarse, en cada caso, si el acusador popular promueve con ella la defensa de un interés legítimo y personal. Si se tiene en consideración que la acción popular se destina a la protección de intereses comunes por afectar al conjunto de la sociedad, y, a su vez, que el TC ha reconocido que toda persona integrante de la comunidad social defiende un interés personal y legítimo si actúa por el interés común de la misma; el ejercicio de la acción popular es reconducible dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva¹³. De este modo, toda acción popular debería ser portadora de un interés común o social que incluyera, a su vez, un interés legítimo y personal del sujeto que la ejerce justamente por estar integrado dentro de la comunidad en la que se ha vulnerado el bien jurídico penalmente protegido. Por ello, quedaría incluida dentro del art. 24.1 CE, teniendo la protección de derecho fundamental mediante demanda

12. Para un análisis completo del correcto significado del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho de acción, véase, por todos: VALLESPÍN (2002) p. 117 – 122 y 129 – 133; VALLESPÍN (2009) p. 31 – 34.

13. José Rivas Galán, Darío Lorenzo Bautista y Marina Martín Velasco con Audiencia Nacional (1983): «dentro de los supuestos en atención a los cuales se establecen por el Derecho de las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la Sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la Sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común».

de amparo constitucional (53.2 CE).

Con menor fortuna, posteriores resoluciones del TC¹⁴ excluyen, por el contrario, la protección fundamental de la acción popular, pues la consideran únicamente un derecho procesal que posibilita –por lo tanto, no incluye- el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva. No se considera una manifestación que integre el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, en palabras del propio intérprete constitucional, «*es un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la tutela judicial efectiva que, ahora ya como derecho fundamental, garantiza el 24.1 de la CE*»¹⁵.

Con este panorama, no es nada extraño que el TC español se haya visto obligado a crear una posición ecléctica con el fin de no negarle a la acción popular la protección por medio de la demanda de amparo. En esta línea interpretativa el TC ha optado por reconducir el artículo 125 CE dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, ha considerado que este derecho se realiza a través del derecho a constituirse parte en el proceso y a promover la actividad de los tribunales, es decir, se materializa a través de la acción penal. Como la acción popular es una modalidad de su ejercicio, el artículo 125 se entendería consagrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque al abarcar una legitimidad extraordinaria -no debe acreditar su afectación por el hecho delictivo-, el máximo intérprete constitucional termina por modular su acceso, exigiéndose que al defender el interés común se manifieste también un interés legítimo y personal¹⁶.

En conclusión, la evolución hermenéutica desarrollada por nuestro máxime

14. *Fernando Miguel Ruíz con Juzgado de Instrucción de Moguer* (1985); «*Unión del Pueblo Navarro*» con *Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid* (1997); *Asociación de Trabajadores Inmigrantes en España con Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla* (1998).

15. *Fernando Miguel Ruíz con Juzgado de Instrucción de Moguer* (1985).

16. *Asociación de Mujeres Policía Nacional de Guipúzcoa con Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (1992); *Asociación Naturalista Elanio Azul con Juzgado de Instrucción N°1 de Salamanca* (1994); *Javier Bruna Reverte, José Victor Riera Blume, Elena Riera Blume, Amalia Casado Pérez y María Luz Casado Pérez con Tribunal Supremo* (1997); *Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España con Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla* (1998); *Asociación de Abogados Demócratas por Europa con Audiencia Provincial de Madrid* (1999).

intérprete constitucional sosteniendo una primera concepción amplia del artículo 125 CE dentro del derecho a la tutela judicial efectiva; después una visión excluyente de cabida y protección dentro del mismo, sin tener en consideración la clase de interés tutelado; para luego culminar en una posición ecléctica, a la vez que difusa y ambigua, parece cuanto menos cuestionable. La actual tendencia jurisprudencial plantea serias dudas, en cuanto supone el olvido del axioma, consagrado por el mismo Tribunal Constitucional, de que toda defensa de un interés social es portadora, a su vez, de un interés legítimo y personal. Paradójicamente, con este nuevo giro interpretativo, sería posible encontrarse ante una acción popular que careciera de protección fundamental por no representar un interés legítimo y personal que la hiciese reconducible a la esfera del artículo 24.1, pero que se mantuviera en el proceso porque supuestamente porta un interés social. Es en este último aspecto donde se puede cuestionar qué clase de interés persigue una acusación, que calificándose de social, no es ni legítimo ni personal. En cualquier caso, una acusación popular a la que no se le reconozca su derecho de acción penal como derecho fundamental, integrado en el artículo 24CE, por no ostentar un interés público, en realidad no es una verdadera acción popular, sino un tercero que, sin ser ofendido por el hecho delictivo, pretende defender intereses propios en un proceso que no le corresponde.

Por otra parte, resulta obligado señalar que el art. 125 CE establece que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular [...] en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine», sin encuadrarla en un proceso o dentro de un orden jurisdiccional concreto. Es más, no especifica su ejercicio, requisitos o alcance, limitándose tan sólo a reconocerla constitucionalmente. De ahí que se derive que la acción popular, más allá de su consagración constitucional, que impide al legislativo suprimir tal institución, es un derecho de configuración legal, siendo necesaria una *interpositio legislatoris* para determinar su régimen jurídico. En consecuencia, el art. 125 CE tan sólo se limita a consagrarla constitucionalmente como una institución abstracta que tiene cabida en nuestro ordenamiento positivo, pero no la configura como un derecho absoluto e incondicionado. Ello es así, porque al dejar a la ley su posterior desarrollo, serán razones de política legislativa las que fundamenten la imposición de determinados requisitos y restricciones para su ejercicio, incluso su total exclusión, en órdenes jurisdiccionales y procesos concretos.

En consonancia con el reconocimiento genérico de la acción popular en la Constitución Española, el artículo 19.1 de la LOPJ, como norma rectora de

todos los órdenes jurisdiccionales, establece que «*los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley*», dando entrada a la acción popular en todo proceso siempre que así lo determine una norma legal. En concreto, en el orden jurisdiccional penal su ejercicio queda excluido del proceso penal militar y del proceso de menores. Por su parte, nuestra *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882* reconoce la acción popular para los procedimientos de delitos y de faltas. Si bien son escasos los preceptos que recogen concreciones específicas sobre su regulación, en el artículo 101 LECrim se establece que «*la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley*».

La calificación de la acción penal como *pública* ha sido objeto de varias interpretaciones. Es posible considerar que se atribuye su ejercicio al Ministerio Fiscal, como órgano público u oficial. Aunque puede ser aceptada esta visión, ciertamente supone una comprensión reducida del alcance que pretendía conferirle el legislador, al no ostentar el MF en exclusiva su ejercicio. El término *público* también puede emplearse como sinónimo de *popular*, para referirse a que la acción penal recae en todos los ciudadanos, con independencia de la relación que guarden con el delito. A mi parecer, el significado del término *público* que pretendió dar el legislador no excluye ninguna de las dos visiones anteriores, añadiendo que el calificativo de *público* responde también a la finalidad de la acción penal, es pública por razón de los intereses que se deducen en el ámbito del proceso penal.

A pesar del empleo indiscriminado y bastante caótico que hace la LECrim de los términos *querellante*, *querellante particular* o *partes acusadoras* para referirse a las distintas tipologías de acusadores, el acusador popular puede definirse como aquel particular, no ofendido por el delito, que ejercita la acción penal con la intención de restituir la paz social quebrantada por la comisión de un hecho delictivo. De este modo, el actor popular hace uso de un derecho constitucional, reconocido a todos los ciudadanos, aunque con ciertas matizaciones, para defender un interés general que afecta a todo el conjunto de la sociedad. Su actuación no responde a motivaciones propias o privadas, sino que al constituirse en parte acusadora desempeña una función pública, como es la persecución de la criminalidad para el restablecimiento de la legalidad. Atendiendo a su definición se desprende toda una serie de características y límites que se tratarán a continuación.

II.2. Ámbito de aplicación subjetivo de la acción popular

Por la escasez de preceptos que establecen el modo de intervención de la acción popular, la única solución posible consiste en aplicar el mismo régimen fijado para el acusador particular, aunque con ciertas especificidades. Resulta cuanto menos curioso el hecho de incluir dentro del mismo cauce al ofendido, quien actúa movido por intereses particulares, y al ciudadano no agraviado, que actúa en defensa de un interés público exclusivamente por razones de justicia¹⁷.

La legitimación para ejercitar la acción popular recae en «*todos los ciudadanos españoles*» siempre que cumplan los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, cuya regulación es descuidada por nuestra LECrim, debiéndose aplicar, en consecuencia, de forma supletoria, los artículos 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 29 y ss. del Código Civil.

En primer lugar, debe delimitarse el alcance de la expresión *ciudadano español* en relación con las personas jurídicas y las personas físicas extranjeras, para luego examinar, una vez concretados los sujetos incluidos con carácter general en el artículo 101 LECrim, las causas que excluyen la legitimación a pesar de ser considerado ciudadano español.

Ningún problema se plantea respecto al ejercicio por las personas físicas españolas. En cambio, sí se discute la legitimación activa de los ciudadanos no nacionales. El art. 125 CE únicamente menciona a «*los ciudadanos*», mientras que los arts. 101 y 270.I de la LECrim como el art. 19.1 de la LOPJ incluyen el calificativo de «*españoles*» y «*de nacionalidad española*», respectivamente, reservando la legitimación para el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos que ostenten esta nacionalidad concreta. A pesar de suponer un serio límite subjetivo, el TC no lo ha declarado contrario al artículo 125 de la CE¹⁸ porque, como ya se dijo, está en manos del legislador el desarrollo posterior al reconocimiento constitucional, siendo la nacionalidad una exigencia que él mismo ha decidido establecer como límite al derecho de acción popular siempre que esté debidamente fundamentado. Tal vez el motivo de esta opción legislativa resida en la naturaleza de derecho cívico y activo de la acción popular¹⁹. En cualquier caso, cabe estimar que estamos ante un criterio difícil de sostener, pues el interés social que puede asumir una persona no está reñido con la na-

17. PÉREZ (1988) p.114 – 115.

18. LATORRE (2000) p. 51 – 52.

19. PÉREZ (1988) p. 366 – 367.

cionalidad que ostente. Tan es así, que sería comprensible que un particular no nacional, pero residente en España, se interesase por la comunidad de la que forma parte y demostrara su implicación con la defensa de un interés colectivo. Todo ello nos conduce a pensar que la exclusión de las personas extranjeras es más bien es una reminiscencia histórica, fruto de una anacrónica adaptación legislativa, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal española data de 1882 y por aquel entonces, debido a la escasez de movimientos migratorios, existía una estricta vinculación entre los términos ciudadanía y nacionalidad. Esta exclusión no puede predicarse, sin embargo, de los ciudadanos comunitarios no nacionales. Ello obedece a que el artículo 18 del TFUE consagra el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Por consiguiente, todos los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea deben gozar de los mismos derechos y facultades que los nacionales del Estado miembro en el que se hallen. Por lo tanto, los ciudadanos comunitarios no pueden ser considerados ciudadanos extranjeros, debiendo incluirse dentro del término «*ciudadano español*», a todo particular nacional de un Estado miembro, de acuerdo con el principio de primacía característico del Derecho de la Unión Europea ante el Derecho interno de nuestro Estado.

Cuestión distinta es la que se plantea respecto a la legitimación de las personas jurídicas españolas para ejercitar la acusación popular²⁰. Si bien es aceptada unánimemente por la doctrina la legitimación de las personas jurídicas para constituirse en acusadores particulares cuando son ellas las ofendidas por el hecho delictivo (el CP tipifica delitos donde los sujetos pasivos son por excelencia personas jurídicas, como por ejemplo los delitos societarios recogidos en los artículos 290 y 291); no se encuentra el mismo consenso ante la posibilidad de constituirse en acusadores populares.

En un primer momento, el TS no admitía la constitución de las personas jurídicas como acusadores populares, pues mantuvo una interpretación restrictiva y literal del término «*ciudadano*», cuyo alcance sólo incluía a las personas físicas españolas: «*se restringe el ejercicio de la acción popular stricto sensu a las personas individuales, pues ciudadano significa persona individual, no social o jurídica, lo que no cierra que las personas jurídicas titulares de intereses ofendidos, es decir lesionados o puestos en peligro, puedan ejercitar la acción*

20. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley N°3/2009 de Sociedades de Capital, 2009: «*serán españolas [...] las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido*».

penal»²¹.

Un sector de la doctrina²², considera desacertada la exclusión de las personas jurídicas del término «*ciudadano*», pues el derecho fundamental de asociación (22 CE) establece tan sólo como límites el uso de medios delictivos para conseguir sus fines o bien que éstos sean delictivos. Sostener una interpretación tan restrictiva implicaría añadir un límite no deseado por el legislador constituyente al derecho de asociación, resultando inconstitucional. Sin olvidar, además, la importancia que tienen las personas jurídicas para sostener la acción popular, ya que suelen tener una estructura organizativa que cuenta con medios materiales, profesionales y económicos que posibilitan su personación en el proceso, muy por encima de lo que cabe observar en relación con un «*ciudadano medio*».

Posteriormente, el TC ha considerado que no hay motivos suficientes para no reconocer el derecho de acción popular a las personas jurídicas españolas, siempre que la promuevan para perseguir hechos delictivos que afecten a los intereses de la comunidad y, a su vez, guarden relación con las actividades especificadas en su objeto social, estableciéndose la acción popular como un medio idóneo para conseguir la realización de sus fines asociativos²³. En la misma línea, el Tribunal Supremo español incorporó un giro jurisprudencial al reconocer, en consonancia con las resoluciones del TC, la legitimación de las personas jurídicas para ejercitar la acción popular con las matizaciones establecidas por el propio TC²⁴. A día de hoy, es materia consolidada la posición interpretativa mantenida por nuestra jurisprudencia, permitiendo que las personas jurídicas se constituyan en acusadores populares, siempre que cumplan con los requisitos mencionados anteriormente.

21. *Enrique Medina Balmaseda con Administración* (1982).

22. MONTERO (2013) p. 69.

23. *Banco de Valencia, Sociedad Anónima con Tribunal Supremo* (1983); *Fernando Miguel Ruíz Tamariz-Martel con Juzgado de Instrucción de Moguer* (1985); *Asociación de Mujeres Policía Nacional de Guipúzcoa con Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (1992); *Asociación Naturalista Elanio Azul con Juzgado de Instrucción N°1 de Salamanca* (1994); *Ayuntamiento de Torrelavega y Manuel P.G. con Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* (1995).

24. *Ayuntamiento de Torrelavega y Manuel P.G. con Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* (1995); *Manuel H.B. y Acusadores particulares con Audiencia Nacional (Sección 2ª)* (1997).

Así las cosas, resulta obligado señalar que no hay que pasar por alto, como de hecho sucede, la posibilidad de que se creen asociaciones con la intención de ejercitar la acción popular, integrando en su objeto social la labor de perseguir ciertos tipos delictivos (v.g. delitos de terrorismo, discriminación por razones raciales o sexuales, delitos contra el medio ambiente). En el plano teórico, no existe ningún impedimento al respecto, siempre que sirvan a la defensa del interés general y estén alejadas de todo interés privado²⁵. En la práctica, en cambio, se corre el riesgo de permitir la creación de asociaciones *anticorrupción* ad hoc para actuar, bajo el amparo de la acción popular, como héroes portadores de justicia ante todas aquellas situaciones que, al generar un gran reproche o repercusión social, las califiquen de ilícitas y, en consecuencia, merecedoras de *su castigo penal*²⁶.

En los últimos años también se discute si los entes locales y demás organismos públicos pueden ejercitar la acción popular con el fin de proteger los intereses de la sociedad. A simple vista la respuesta parece sencilla. Con la existencia de un acusador público como es el Ministerio Fiscal, cuya función es promover la actuación de la justicia (124 CE), ya se garantiza el cumplimiento de la función social, resultando innecesario, por reiterativo, la constitución de otros entes públicos en acusadores populares para defender el mismo interés. Una cosa es permitir el desempeño de esa misma función pública a cualquier ciudadano, en el bien entendido de persona física o jurídica de naturaleza privada, y otra bien distinta es dar entrada a órganos administrativos para ocupar una posición reservada a sujetos privados con el fin de defender un interés social –teñido de algún tinte político o electoralista-. Además de redundante, puede ser incluso hasta arriesgado, porque establece *de facto* la existencia de una vía que haga posible la intervención del poder ejecutivo encaminada a burlar el deber de imparcialidad al que está sujeto el MF. Todo ello, sin contar, además, con la indefensión que sufriría el imputado por estar ante dos acusaciones oficiales que tendrían un mayor abastecimiento de recursos, a cargo del presupuesto público, en comparación con un simple particular. No obstante,

25. José O.F. con Audiencia Provincial de Valencia (1993).

26. En caso de que la persona jurídica persiguiera el enjuiciamiento de una actuación criminal por incidir en la esfera de su objeto social, pero careciese de todo interés público, deberá constituirse en acusador particular y no popular porque las actividades propias de su objeto social son equiparables a la esfera de intereses personales de una persona física.

parte de la jurisprudencia del TS no lo ha considerado así y permite la intervención de instituciones públicas en el proceso como acusadores populares en defensa del interés público, siempre que lo prevea una ley²⁷.

A pesar de todo lo expuesto, la amplia legitimación conferida para ejercitar la acusación popular ha sido acotada mediante una delimitación negativa, es decir, el legislador ha optado por establecer un *numerus clausus* de supuestos en los que se excluye la legitimación para el ejercicio de la acción popular, recogidos en los arts. 102 y 103 de la LECrim.

En concreto, estas causas de exclusión pueden clasificarse en torno a dos grupos. El primero de ellos comprende de una serie de casos en los que no se permite al sujeto ejercitarla por condiciones íntegras a él mismo -causas absolutas previstas en el art. 102 -. De este modo, no están legitimados para su ejercicio: a) «*El que no goce de la plenitud de los derechos civiles*», es el caso de los menores, incapacitados y pródigos declarados por sentencia judicial firme. En realidad, no es una falta de capacidad sino de legitimación, ya que, si así fuera, tal causa de exclusión se podría solventar aplicando el régimen de la representación legal, hecho que la ley no permite porque debe ser el propio representante quien ejercite su acción popular y no complementar el ejercicio de la acción popular de su representado, como sucedería con la acusación particular²⁸; b) «*El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia o querrela calumniosas*», contemplado en el art. 456 del CP, por derivarse una cierta desconfianza acerca de la veracidad de los hechos que alegue para constituirse en acusador. Resulta criticable que la excepción no se extienda al menos al listado de delitos considerados contra la Administración de Justicia, como pueden ser falso testimonio, simulación de delito u obstrucción a la Justicia, pues en ellos también se desprende una conducta inadecuada de un buen ciudadano²⁹; y c) «*el Juez o Magistrado*³⁰. El se-

27. Juan H.C, José P.B., David P.P. y Roberto B.A. con Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (1995).

28. MONTERO (2013) p. 69 – 70. En contra, LATORRE (2000) p. 130 – 133.

29. LATORRE (2000) p. 134, apunta la inconstitucionalidad de esta excepción por vedar el ejercicio de la acción en función de circunstancias subjetivas -conducta inapropiada- y no por criterios objetivos -como la credibilidad y fundamentación de los hechos que exprese en su acusación-.

30. No obstante, los sujetos incluidos en la enumeración anterior, pueden constituirse en acusadores particulares cuando sean ellos los ofendidos por delitos contra su

gundo grupo recoge todo un conjunto de situaciones donde queda excluida la acción popular por la relación de parentesco entre la parte acusadora y la acusada -causas relativas contempladas en el art. 103-, por anteponer el legislador el mantenimiento de la paz y armonía familiar ante la facultad de persecución delictiva. Así, no podrán ser acusadores populares: a) «*Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia*» (217 a 219 CP); y b) «*Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros*»³¹.

II.3. Ámbito de aplicación objetivo de la acción popular

Una vez determinados los sujetos que pueden ejercitar la acción popular, conviene examinar su ámbito de aplicación objetivo, pues sólo así será posible determinar cuáles son los delitos o faltas que puede perseguir el ciudadano acusador.

En primer lugar, a pesar de ser evidente, el hecho a perseguir debe tratarse de un ilícito penal y estar tipificado en nuestro CP, bien como delito o como falta. Sin embargo, es un requisito necesario pero no suficiente para poder ejercitar la acción popular. Ello obedece a que, de acuerdo con su naturaleza y los intereses que persigue, debe tratarse además de un hecho de apariencia delictiva subsumible en un delito perseguible de oficio (*delitos públicos*). El acusador popular no puede ejercitar la acción penal para la persecución de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte, mediante querrela privada, pues al prevalecer en ellos los intereses privados, el legislador ha reservado en exclusiva al ofendido el ejercicio de la acción penal (104 LECrim).

Más polémica se presenta la cuestión de si puede ejercitarse la acusación

persona o bienes, contra la persona o bienes de sus allegados, o de aquellos sujetos que estén bajo su guarda legal (102.II y III).

31. En estos dos supuestos, los sujetos también pueden constituirse en acusadores particulares pero el legislador al emplear una terminología más restrictiva que la recogida en el artículo 102 (únicamente hace referencia a los delitos contra su persona sin mencionar los que afectan a su esfera patrimonial) debe entenderse que tan sólo pueden ejercitar la acción penal como acusadores particulares contra su cónyuge o parientes cercanos por hechos constitutivos de faltas comprendidas entre los artículos 617 y 622 del CP y por los delitos que afecten a la esfera personal del ofendido sin incluir aquellos que atenten contra la propiedad, como así se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1990.

popular para la persecución de los delitos denominados *semipúblicos*. Éstos pueden ser perseguidos de oficio si previamente el ofendido ha interpuesto denuncia, siendo ésta un requisito de procedibilidad para la actuación del MF. En ellos, el agraviado no ostenta en exclusiva la facultad de persecución -en los privados es el único que puede constituirse en parte acusadora-, sino que únicamente tiene el poder de decisión sobre el inicio del proceso, pero una vez interpuesta la denuncia o la querrela, es decir, haya manifestado una voluntad de persecución, el MF tiene el deber de ejercitar la acción penal como si se tratara de un delito perseguible de oficio. Es en este estadio donde se plantea si es posible la actuación del acusador popular cuando el agraviado ha interpuesto la denuncia y el MF tiene el deber de perseguir el hecho. Es posible sostener que, por aplicación del principio *pro actione*, una vez salvado el requisito de perseguibilidad, no hay argumentos legales suficientes para vedar la entrada en el proceso al ciudadano acusador, pudiéndose constituir en parte acusadora tras la intervención del MF. Es más, en algunos delitos semipúblicos, como ciertos delitos societarios o relativos al mercado y a los consumidores, no se necesitaría previamente la denuncia o querrela del ofendido para instar su persecución, siempre y cuando tales hechos por su incidencia afectasen a los intereses generales de la comunidad o a una pluralidad de personas³². En cualquier caso, la posibilidad de intervención del acusador popular en los *delitos semipúblicos* se reduce a una discusión de ámbito doctrinal, pues la jurisprudencia tanto del TC como del TS, con apenas fundamentación, sólo permite su actuación para los delitos perseguibles de oficio³³.

Respecto a la acción civil *ex delicto*, es conocido que de todo acto constitutivo de infracción penal puede derivarse a su vez un ilícito civil (100 LECrim), que será dilucidado como regla general, de acuerdo con nuestro sistema acumulado automático, en el mismo proceso penal por el perjudicado o por el MF, salvo renuncia o reserva expresa del primero (108 y 112.I LECrim). Si de nuevo atendemos a la naturaleza de la acción popular, se advierte que no es

32. LATORRE (2000) p. 124 – 129.

33. *Carmen Escudero Martínez con Audiencia Provincial de Murcia* (1994): «fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados, en el que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad de delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento la acción penal popular».

extensible su legitimación para la defensa de la reparación de las consecuencias civiles derivadas del delito, ya que éstas sólo abarcan aspectos concernientes a los sujetos perjudicados directamente por el hecho criminal. El acusador popular no puede promover la acción civil *ex delicto* porque, si así fuera, estaría defendiendo intereses ajenos a la comunidad social -reparación, indemnización o restitución-, más allá de la función pública que tiene encomendada³⁴. Destacar, sin embargo, que por las características intrínsecas de nuestro sistema, aunque es cierto que no puede ejercitar la acción civil, su actuación no se desvincula de ella, pues toda actividad que promueva destinada a la comprobación de los hechos por él afirmados y posteriormente probados, inferirá indirectamente en el procedimiento específico que versa sobre responsabilidad civil.

II.4.- Requisitos formales para su ejercicio

Llegados a este punto, es preciso adentrarnos, en los requisitos formales, establecidos por la LECrim y modulados por nuestra jurisprudencia, necesarios para poder ejercitar la acción popular.

El art. 270.I de la LECrim establece que los ciudadanos españoles «*pueden querellarse ejercitando la acción popular*», de acuerdo con el régimen previsto en los artículos 277 a 281 LECrim. La querrela se convierte en el instrumento procesal necesario para que el acusador popular pueda ejercitar la acción penal, expresando la voluntad de constituirse en parte acusadora e iniciar el proceso encaminado a la investigación y posterior acusación de unos hechos determinados. El órgano jurisdiccional sólo puede inadmitirla cuando crea que los hechos que la fundan no son constitutivos de delito, se considere incompetente, no se respeten los presupuestos propios de la acción penal (causas de exclusión, delitos perseguibles de oficio) o bien cuando advierta que el ejercicio de la acción penal entraña fraude o temeridad para satisfacer algún interés privado. En realidad, en este último supuesto, el sujeto no está legitimado para ejercitar la acción penal ni como acusador popular –no responde a la defensa de interés público- ni como acusador particular – persigue intereses privados pero sin ser ofendido-. En caso contrario, el órgano jurisdiccional debe admitir

34. *Francisco Marañón García y Hermandad Víctimas del Terrorismo con Audiencia Nacional* (1991); *José A.F. y Michel D.M. con Audiencia Nacional* (1992); *José María R.C. con Audiencia Provincial de Madrid* (1994); *Manuel H.B. y Acusadores particulares con Audiencia Nacional (Sección 2ª)* (1997).

la querella y tener al particular no ofendido como parte acusadora³⁵. El acusador popular puede desistir del ejercicio de la querella en cualquier momento del proceso (107 LECrim). En todo caso, el abandono que haga el acusador popular de su actuación no es propiamente una renuncia a la acción penal, porque, al existir tres posibles frentes de su ejercicio, se mantendrá por las demás partes acusadoras. Simplemente es una renuncia a su derecho procesal de ser parte acusadora en el proceso, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pudiera haber incurrido (274.II LECrim).

Como regla general, el particular no ofendido debe ejercitar la acción popular y constituirse en parte acusadora mediante la interposición de querella, bien incoando con ella el proceso, bien accediendo a uno ya iniciado (ya sea por denuncia, por querella de otra parte acusadora, de oficio o por atestado policial), siempre que se querelle antes de la presentación de los escritos de calificaciones. No obstante, algunas resoluciones del TS partiendo de la diferenciación entre el derecho a iniciar el proceso -deberá hacerse mediante querella- y el derecho a ser tenido como parte en un proceso ya iniciado, han permitido la personación del acusador popular en un proceso ya iniciado sin necesidad de interponer querella, pero con importantes limitaciones de actuación que, a mi parecer, comprometen la funcionalidad de la propia institución³⁶. Si bien, aparentemente se permite que se constituya en parte acusadora, en el fondo tan sólo tiene de ella su denominación, pues únicamente puede adherirse a una de las acusaciones sostenidas por las demás partes. Sin la interposición de querella, el particular no ofendido no puede ejercitar una acción autónoma e

35. *Carmen Escudero Martínez con Audiencia Provincial de Murcia* (1991).

36. El fundamento de esta excepción se encuentra en el artículo 110 de la LECrim: «los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito», posibilitando así a los ofendidos su intervención en el proceso sin necesidad de querella. A pesar de que el artículo hace referencia exclusivamente al acusador particular *stricto sensu*, el TS ha extendido parcialmente su aplicación al acusador popular al permitirle su personación sin necesidad de querella cuando se limite a adherirse a otra acusación. En este sentido la sentencia *Emiliano A.R., Francisco L.H. y Vicente G.P. con Audiencia Provincial de Palma de Mallorca* (1995) expresa que «una vez incoada la causa penal los requisitos exigibles de la querella y presentación de fianza ceden al poderse considerar la personación como simple intervención procesal adhesiva o de *coadyuvante*».

independiente. Debe aceptar la calificación de los hechos, la pena exigida y la actividad probatoria propuesta por la acusación de la parte a la que se adhiere, careciendo de todo poder de decisión. Como acepta ser un mero coadyuvante del MF o del acusador particular, su actuación debe ceñirse a defender y reforzar la posición o línea acusatoria que marque la otra parte³⁷.

La posibilidad de dar entrada en el proceso al acusador popular sin necesidad de querrellarse, pero con apenas autonomía de actuación, considero que pone en cuestión, por una parte, si se trata de un verdadero ejercicio de la acción penal y, por otra, si nos encontramos en realidad ante una acción popular (al necesitar de otra acusación no puede constituirse como mecanismo de control del MF -sin mencionar el poco sentido que tiene constituirse en parte para ayudar a un órgano oficial y especializado que persigue también el interés público-). Además, en caso de adherirse a la actuación del acusador particular se difuminaría la línea divisoria entre el interés público y privado, favoreciendo con su actuación un fin que no le corresponde. Como escapa de la lógica la posibilidad de que un sujeto se tome la molestia de intervenir como acusador popular para defender el interés social, pero sin desear sostener una acusación propia y específica que se adapte a esa causa, debiera estarse «ojo avizor» para averiguar el interés último que le motiva.

El acusador popular también debe cumplir con la formalidad de prestar fianza. De hecho, el art. 280 LECrim impone la obligación de prestarla a todo particular querellante sin poder incluirse en las exenciones previstas en el art. 281 LECrim (para el ofendido así como para sus herederos o representantes legales)³⁸. A juicio del TC, la fianza no supone una medida discriminatoria

37. *Francisco A.S con Audiencia Provincial de Vizcaya* (1992); *Federación de Asociaciones Provinciales de Empresarios de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas con Audiencia Provincial* (1993); *Emiliano A.R., Francisco L.H. y Vicente G.P. con Audiencia Provincial de Palma de Mallorca* (1995); *José María C.F., José Andrés G.E. y Miren O.G con Audiencia Nacional (Sección 1ª)* (1997); *MiniAsterio Fiscal y Acusación popular del Partido Popular con José María S.C, Carlos N.G y Luís O.C* (1997).

38. Tanto el deber de prestar fianza como la exención del acusador particular se remontan a la presunción histórica de veracidad que se concedía al ofendido por tener un grado de afectación directo con el bien jurídico vulnerado, mientras que el acusador popular, al actuar en defensa de un interés colectivo, debía prestar fianza como medida para evitar una actuación temeraria o falsa y como medio para responder de los gastos que se derivasen del proceso en caso de renuncia o condena en costas.

para el acusador popular respecto de las demás partes, ya que, de nuevo, son razones de política legislativa las que justifican su no exención por tener una afectación indirecta con el delito. Ni tan siquiera considera que con ello se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por obstaculizar el acceso a la jurisdicción, siempre y cuando la cuantía exigida sea adecuada, proporcional y haga posible su ejercicio³⁹.

La cuantía de la fianza debe establecerla el juez competente, teniendo en consideración las posibles responsabilidades que puedan derivarse de la actuación del acusador popular, el interés que ostente y los medios económicos de los que disponga así como la relevancia del hecho delictivo⁴⁰. Aunque se erige como requisito indispensable para la eficacia de la querrela, el TS no exige su prestación cuando no cumpla una función disuasoria por existir antes de la acusación popular un proceso abierto. De este modo, no debe prestarse cuando en un proceso ya iniciado se adhiere a una acusación existente, porque en este caso ni siquiera debe querrellarse al actuar como mero coadyuvante sin ejercitar acción penal⁴¹.

Una vez presentada la querrela, suponiendo que se hayan cumplido todos los presupuestos necesarios, el acusador popular debe ser admitido como parte acusadora en el proceso, teniendo el mismo ámbito de actuación que el resto de acusadores, aunque éste puede estar condicionado. En este sentido, puede proponer la práctica de diligencias y participar en todas ellas, siempre que el juez las crea pertinentes para la causa y no haya decretado el secreto de las actuaciones –afectará a todas las partes con excepción del MF-. Ahora bien, en el procedimiento abreviado, el legislador ha introducido una importante limitación respecto a la actuación del acusador popular. Así, en el art.

39. En este sentido se ha pronunciado el TC en *José Rivas Galán, Darío Lorenzo Bautista y Marina Martín Velasco con Audiencia Nacional* (1991); *María Josefa García Seco con Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife* (1984); *Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España con Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla* (1998); *Asociación de Abogados Demócratas por Europa con Audiencia Provincial de Madrid* (1999), en consonancia con el límite garantista previsto en el artículo 20.3 de la LOPJ: «No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita».

40. *Fernando Miguel Ruíz Tamariz-Marte con Juzgado de Instrucción de Moguer* (1985).

41. *Francisco A.S con Audiencia Provincial de Vizcaya* (1992).

782.1 LECrim⁴² se precisa que «*si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa*», ya sea definitivo (637 LECrim) o provisional (641 LECrim), el juez estará obligado a acordarlo y no procederá a la apertura del juicio oral⁴³. El legislador español ha considerado que, ante la concurrencia de la voluntad pública y privada solicitando el archivo de la causa, deja de existir todo interés posible en la persecución delictiva, imposibilitando al acusador popular abrir el juicio oral con su acusación si tanto el MF como el acusador particular solicitan el sobreseimiento⁴⁴. Del mismo modo sucede cuando una vez abierto el juicio oral, tanto el MF como el acusador particular deciden retirar la acusación. El juez debe dictar una sentencia absolutoria, aunque el acusador popular mantenga su acusación, pues por aplicación del art. 782.1 se entiende que si no se le habilita ni tan siquiera para pedir la apertura del juicio oral en contra de la voluntad de las demás partes, todavía menos puede mantenerlo⁴⁵⁴⁶.

42. El artículo 782.1 no es extensible al procedimiento ordinario para delitos graves -758 *sensu contrario*-, a pesar de la existencia de opiniones doctrinales que defienden su aplicabilidad, justificándose en la ausencia de concreción en el procedimiento ordinario, debiéndola suplir con el articulado del procedimiento abreviado.

43. En la sentencia *Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes y Federación de Partidos Políticos-Iniciativa per Catalunya Verds con Audiencia Nacional (Sección 1ª)* (2007) (*Caso Botín*), el TS justifica tal limitación porque «*la apertura del juicio oral tiene un efecto manifiestamente restrictivo de los derechos del acusado, así como consecuencias extra-procesales que, en una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, justifican ampliamente la limitación del derecho de la acusación popular*».

44. Paradójicamente la limitación de apertura de juicio oral recae únicamente en los delitos tramitados por el procedimiento abreviado, casualmente el más empleado, mientras que aquéllos que conllevan penas privativas de libertad superiores a 9 años no se les aplica este límite por tramitarse por el procedimiento ordinario.

45. LÓPEZ BARJA (2010) p. 933 – 934.

46. Esta construcción jurisprudencial es recogida por vez primera en la sentencia *Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes y Federación de Partidos Políticos-Iniciativa per Catalunya Verds con Audiencia Nacional (Sección 1ª)* (2007). En estos momentos, su posible aplicación en el Caso Noos colma de expectación a la opinión pública, puesto que impediría la apertura de juicio oral y el posterior enjuiciamiento de la infanta Cristina, entre otros, por ser el sindicato Manos Limpias, constituido como acusador popular, el único que pretende sostener la acusación, mientras que tanto el

Sin embargo, como medida correctora, la jurisprudencia ha diferenciado aquellos supuestos en los que no interviene el acusador particular, bien por la naturaleza supraindividual o colectiva del hecho delictivo, bien por su carácter difuso o por simple falta de personación⁴⁷. En tales casos, si el MF pide el sobreseimiento de la causa pero el acusador popular su enjuiciamiento, el juez debe proceder a su apertura, siempre que no considere el hecho como no constitutivo de delito o no crea la existencia de indicios racionales de criminalidad (783.1)⁴⁸. En caso contrario, se anularía el carácter autónomo e independiente de la acusación popular y su función de control del MF, ya que, ante la imposibilidad de existir acusador particular, el MF ostentaría *de facto* un verdadero monopolio de la acción penal. Una posible crítica, según mi entender, al art. 782.1 LECrim, no se centraría tanto en el hecho de erigirse como un límite al ejercicio de la acción popular, pues tanto su alcance como facultades se confieren a la actuación legislativa, sino por lo que el propio límite conlleva. Ello es así, porque su establecimiento produce la desnaturalización de la acción popular en el procedimiento abreviado, en tanto que el derecho de acción penal que el acusador popular ejercita pierde su contenido esencial, siendo susceptible de una posible declaración de inconstitucionalidad⁴⁹.

MF como la Agencia Tributaria, personada como acusador particular, probablemente, solicitarán el sobreseimiento de la causa.

47. ORTEGO (2008) p. 17 – 21.

48. *Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y Asociación Dignidad y Justicia con Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* (2010); *Sindicato de Funcionarios Manos Limpias con Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* (2008): «*en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral*».

49. No estamos, a mi modesto entender, en presencia de un auténtico derecho de acción penal cuando al sujeto que lo ejercita no se le permite mantener acusación por sí solo aun cuando concurren indicios racionales y suficientes de criminalidad. Además, hay que observar el escaso sentido que tiene querellarse, pedir toda una serie de diligencias encaminadas a demostrar una tesis inculpativa y formular escrito de acusación si, después de todo esfuerzo y molestia, no se le posibilita mantener acusación. Sin olvidar que, en consecuencia, la persecución delictiva actúa como moneda de cambio ante posibles cambalaches contraídos entre el acusador particular y el imputado con

Por lo que hace referencia al presupuesto procesal de la postulación, el acusador popular debe cumplir con el mismo régimen que el establecido para el acusador particular. Como la querrela «*se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado*» (277.I LECrim), se deduce que a lo largo del proceso deberá comparecer con abogado y procurador, a excepción del procedimiento de faltas, donde no es necesaria la postulación por no especificarse en el art. 969.1 LECrim, relativo a la querrela⁵⁰. Los problemas aparecen, sin embargo, en torno al art. 113 LECrim, cuando concreta que «*siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un sólo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal*». El TC se ha posicionado al respecto y ha declarado la plena constitucionalidad del precepto, pero condicionando su aplicación⁵¹. Si bien es cierto que colisionan dos derechos fundamentales contrapuestos, el derecho de defensa que le asiste a la parte acusadora y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; no es menos cierto que el primero, esto es, el derecho de defensa, debe ceder ante el segundo, pues el art. 113 LECrim. se erige como mecanismo a usar por conveniencia del juez cuando, por existir varios acusadores, prevea que de sus actuaciones se derivaría toda una repetición de trámites y actos procesales innecesarios que, sin duda, producirían una dilación excesiva en el proceso en perjuicio del acusado.

El artículo 113 LECrim es de aplicación facultativa por el órgano jurisdiccional («*si fuere posible*»), pero, en todo caso, deberá apreciar la existencia de convergencia de intereses entre las partes acusadoras de las que requiera su unión. Habrá convergencia de intereses cuando, a juicio del TC, las partes acusadoras coincidan en la producción del hecho delictivo y en el sujeto al que se le imputa. Además, tal convergencia debe hacer innecesaria toda una

tal de retirársele la acusación, una vez satisfecho el interés privado extraprocésalmente, o bien ante supuestas inactividades del MF por pedir el sobreseimiento y el juez estar obligado a ello.

50. *Francisco Gumiel Valdeolivas con Juzgado de Instrucción N°17 de Madrid* (1988).

51. *D. A., D. B., D. C., D. D., D. E., y D. F. X. Y. y D. G. M. N. con Audiencia Provincial de Zaragoza* (1981); *Francisco Marañón García y Hermandad Víctimas del Terrorismo con Audiencia Nacional* (1991); «*Unión del Pueblo Navarro*» con *Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid* (1997).

repetición de diligencias, en caso contrario, no debería proceder la unión. Si la convergencia de intereses es el presupuesto que habilita al juez para ordenar la intervención bajo una sola representación a varias partes acusadoras, ya sean de la misma tipología o de distinta⁵², se entiende *sensu contrario* que, en el momento en que dejen de compartir esa postura, el juez deberá permitirles una actuación autónoma en el proceso. Al hilo de lo expuesto, cabe poner de manifiesto los escasos puntos de coincidencia que exige el TC para considerar necesaria una unificación de acusaciones⁵³.

Ningún problema se plantea al respecto sobre el beneficio de la justicia gratuita. Tras la promulgación de la Ley 1/1996 de Asistencia Gratuita, en consonancia con los artículos 119 CE y 20.3 de la LOPJ, dicho beneficio se concede al concurrir una serie de requisitos con independencia del acusador que lo solicite. A saber: tratarse de un procedimiento donde la intervención de abogado y procurador «*sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso*» y el acusador acredite insuficiencia de recursos para litigar (artículos 2 y 6.3 LAJG)⁵⁴.

Por último, en relación con las costas procesales, el sentir mayoritario de la jurisprudencia se decanta por excluir a la acusación popular de poder repercutir las costas a la parte condenada. Esta opción interpretativa obedece a considerar que el artículo 240.3 LECrim, al referirse al «*querellante privado*», alude únicamente al acusador particular y al actor civil. No obstante, el propio TS ha optado, en algunos casos, por condenar en costas no por razón de

52. LATORRE (2000) p. 114 – 117.

53. OROMI (2003) p. 93, señala que en la mayoría de procesos con pluralidad de acusadores existirá una coincidencia tanto en el hecho delictivo como en el sujeto al que se le atribuye su comisión, concediendo un amplio margen al juez para aplicar el artículo 113. Por ello, considera que para que exista una convergencia entre las partes que produzca un riesgo de dilación del proceso, el legislador debería exigir no tanto una similitud fáctica sino jurídica, centrada en la calificación penal del hecho criminal y en la actividad probatoria. En caso contrario, como actualmente sucede, la aplicación del artículo 113 conlleva toda una serie de consecuencias negativas para la acusación popular. A título de ejemplo, si se unifica con un acusador particular, una misma parte perseguirá intereses distintos –privados y públicos–, añadiendo, además, la posibilidad del acusador particular de encaminar su actuación a la obtención de la reparación del ilícito civil.

54. VALLESPÍN (1997) p. 1075 – 1100.

la tipología del acusador, sino según el criterio de relevancia de la actuación dentro del proceso⁵⁵.

II.5.- Distinción e interacción de la acusación popular con las demás acusaciones

Como consecuencia de la división del ejercicio de la acción penal en tres posibles frentes acusadores, se hace necesario destacar las diferencias y relación que mantiene el acusador popular respecto a los otros posibles acusadores. Ante todo, cabe señalar que pese a las diferencias de trato que recibe el acusador popular respecto de los restantes acusadores –algunas bastante relevantes como la imposibilidad de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado-, tales distinciones no contradicen el principio de igualdad. Ello es así, en primer lugar, porque el derecho de acción popular es – y debe ser- susceptible de configuración legal; y, en segundo lugar, porque dicho principio sólo opera entre acusador y acusado, pero no entre los distintos sujetos que integran una misma posición⁵⁶. Si el acusador popular coincide con los demás sujetos acusadores estaremos ante un litisconsorcio activo cuasi-necesario⁵⁷, puesto que pueden concurrir varios sujetos en la posición acusadora ejercitando una única acción penal, siempre que decidan intervenir en el proceso. La resolución que ponga fin al proceso afectará tanto a los sujetos que se hayan constituido en acusadores como a aquéllos que, por criterios de oportunidad, hubieran decidido no ejercitar la acción penal.

El acusador popular se diferencia del MF en que mientras éste último tiene

55. En este sentido, la sentencia *María Josefa L.P, José V.M., Patrocinio D.G. y Santiago R.F. con Audiencia Provincial de Málaga* (1995) establece que «el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica objetiva nunca puede, cuando existe una acusación pública oficial ejercitada por el MF, dar origen a tal forma de resarcimiento y repercutirla aditivamente sobre el acusado condenado». En cambio, la sentencia *Ministerio Fiscal y Asociación de Víctimas del Terrorismo con Mesa Nacional Herri-Batasuna* (1997), mientras excluye a los acusadores particulares de la condena en costas, respecto al acusador popular expresa que «la condena en costas no incluye la totalidad de las costas causadas por la acusación popular, sino que se reduce a una tercera parte de las mismas. Se valora así la postura activa que dicha acusación ha mantenido a lo largo del proceso».

56. CORDÓN (2002) p. 145 – 149.

57. GIMÉNEZ (1998) p. 145 – 154.

el deber de ejercitar la acción penal siempre que lo crea conveniente y considere el hecho constitutivo de delito o falta (105 LECrim), de acuerdo con el principio de legalidad, el ejercicio de la acusación popular debe entenderse como un derecho. Tanto el acusador popular como el MF tienen como función promover la acción penal en defensa del interés común para beneficio de la sociedad, aunque, a diferencia del acusador popular, la actuación del MF, como órgano público estatal, está sujeta a la imparcialidad para conseguir el cumplimiento estricto de la Ley. Dejando al margen esta diferencia, se observa que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a cualquier ciudadano la posibilidad de desempeñar una función pública, si bien ésta sigue estando oficialmente atribuida al MF. De este modo, la acusación popular, además de reforzar la actuación de las demás por posibilitar la aportación de diferentes visiones y recursos, sirve de control y garantía del MF, ya que al ejercitar una acción autónoma puede iniciar por sí sola el proceso o bien mantenerlo en ausencia de los demás acusadores, supliendo así posibles inactividades o contrarrestar una acusación dócil, buscada o consentida por el Ministerio Fiscal⁵⁸.

En relación al acusador particular, la diferencia esencial entre ambos reside en que el acusador particular ostenta la posición de ofendido, es decir, es el sujeto pasivo del hecho delictivo, quien ha sufrido el agravio de la actuación criminal y tiene un interés particular y directo en su resolución. La distinción entre ambos es de gran importancia por el diferente régimen y posibilidad de actuación que la LECrim les confiere⁵⁹. A título de ejemplo, destacar el pleno poder de persecución que tiene el acusador particular por ser siempre él el afectado, mientras que el acusador popular sólo puede perseguir los delitos considerados públicos por razón de los intereses que en ellos se deducen. Además, el acusador popular queda excluido de la acción penal si concurren las causas de los arts. 102 y 103 LECrim, mientras que éstas no operan para el particular ofendido, quien puede ejercitar la acción penal, fruto de ostentar el más alto nivel de afectación por el hecho delictivo. Finalmente, el acusador particular

58. Con excepción del procedimiento abreviado (782.1), mencionado en el apartado II.4.

59. *José Rivas Galán, Darío Lorenzo Bautista y Marina Martín Velasco con Audiencia Nacional* (1983); *María Josefa García Seco con Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife* (1984); *Fernando Miguel Ruíz Tamariz-Marte con Juzgado de Instrucción de Moguer* (1985); *Unión de Consumidores de España con Juzgado Central de Instrucción N°3* (1994).

puede intervenir en el proceso interponiendo querrela, a través de la personación en el proceso por el ofrecimiento de acciones (109 y 782.II LECrim) o por denuncia, mientras que el popular, si quiere ejercitar la acción penal de forma autónoma, deberá querrellarse.

III.- Perspectivas de futuro en relación al ejercicio de la acción popular en el sistema procesal penal español. Especial referencia al Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal

En estos momentos, la actual *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882* está inmersa en un proceso de reforma recogido en un *Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cuyo futuro es de difícil predicción por hallarse todavía en una fase de elaboración preliminar. En él, se introducen modificaciones sustanciales del proceso penal. Entre otras, destaca el otorgamiento de la fase de investigación al Ministerio Fiscal y la creación de la figura del Juez de Garantías como pieza de control externa a dicha etapa preliminar. No obstante, se aboga por el mantenimiento del sistema de triple titularidad de la acción penal, reconociendo como partes acusadoras al propio Ministerio Fiscal, al acusador particular y al acusador popular. Centrándonos en éste último, se observa que el prelegislador, consciente de la parca regulación que la LECrim ofrece sobre esta figura, ha sistematizado en los artículos 81 a 87 del Anteproyecto la práctica generalizada llevada a cabo por la jurisprudencia junto con nuevos cambios tendentes a reducir su intervención y controlar su abuso.

En este sentido, a diferencia de la personación automática del ofendido como acusador particular una vez acredite ante el MF su calidad de víctima del hecho delictivo presentándole un escrito simple (74 y 77), el ciudadano acusador está sometido a unos requisitos más estrictos para poder tener entrada en el proceso. De una parte, se concede al Juez de Garantías la función de supervisar tanto la legitimidad como la regularidad del ejercicio de la acción popular. Por este motivo, el acusador popular es el único sujeto al que se le mantiene el deber de interponer querrela ante el Juez de Garantías, con independencia de que el proceso esté o no iniciado, siempre y cuando se persone antes del trámite de presentación del escrito de acusación. Para que sea estimada la querrela, junto con su presentación, debe además acreditar que promueve su actuación en defensa de un *interés legítimo y suficiente*, conceptos jurídicos plenamente indeterminados que serán apreciados por el propio juez de acuerdo con los dos requisitos que el artículo 84 exige para la concurrencia de dicho interés:

la existencia de una relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que motiva su intervención y la importancia o relevancia de su actuación en el proceso para la defensa del interés público relacionado con los hechos punibles.

En mi modesta opinión, resulta inadecuada la exigencia de demostrar un especial vínculo que justifique la actuación del ciudadano como acusador en relación con el interés público vulnerado y con la incidencia del supuesto delito. Con ello, se produce una confusión entre la ajenidad que debe mantener el acusador popular y la relación que debe existir entre el hecho delictivo y el ofendido, y en especial, con el grado, aunque de menor vinculación, que debe predicarse de las asociaciones o plataformas que defienden intereses colectivos o difusos, como portadoras del interés de sus miembros representados y afectados por el delito. Resulta necesario diferenciar éstas últimas del acusador popular, pues si bien es cierto que las asociaciones de defensa de intereses difusos, como consecuencia de su actuación en favor de sus miembros, también defienden un interés de trascendencia social, no es menos cierto que en ningún momento operan como sujetos ajenos a la comisión delictiva, debiéndose reconducir dicha figura hacia la acusación particular, a pesar de que el Anteproyecto sostiene la tendencia opuesta al darles cabida únicamente a través de la acción popular (66.2).

Además, con esta futura regulación, la apreciación de la vinculación exigible entre el ciudadano acusador con el interés público que debe justificar su actuación, a fin de cuentas, dependerá de la visión mantenida por el juez. Al recaer en el propio órgano la ardua tarea de delimitar hasta dónde debe llegar la intensidad del nexo que une al sujeto con la comisión del hecho delictivo en orden a considerarlo acusador popular o particular, es previsible que se genere el riesgo de dar entrada a ciertos sujetos que mantuvieran una determinada relación con el objeto del proceso, como serían dichas asociaciones portadoras de interés difusos o colectivos, perdiendo la acción popular su carácter ajeno y desinteresado, en la medida en que no persigue, o al menos no debería perseguir, ningún interés contrario a la restauración del orden público vulnerado; hecho que no parece comprender el prelegislador al exigir una especial sujeción (sea social, profesional o personal) con el interés público infringido. Sin embargo, también es posible que el juez considere, como vínculo suficiente para permitir su actuación en el proceso, el hecho de ser miembro de la colectividad en la que ha sido transgredido un bien jurídico protegido de gran trascendencia para ella, resultando entonces innecesaria la exigencia expresa

de esa relación por sostener una posición interpretativa demasiado laxa.

La prestación de fianza pasa a ser en el Anteproyecto, una exigencia facultativa del órgano jurisdiccional, atenuándose, en comparación con la regulación actual, la rigidez de los requisitos en orden a intervenir en el proceso. Además, se incorporan en este punto, acertadamente, los criterios mantenidos por la jurisprudencia en relación con el establecimiento de una fianza proporcionada, precisándose que deberán ser tenidos en cuenta los medios económicos del acusador, la naturaleza del delito y los perjuicios y costas que puedan derivarse.

Se mantiene la obligación que tiene el órgano jurisdiccional, en este caso el Juez de la Audiencia Preliminar, de dictar auto de sobreseimiento cuando tanto el Ministerio Fiscal como el acusador particular no sostengan acusación para aquellos delitos no portadores de intereses supraindividuales. Se incorpora también, como novedad, el reconocimiento expreso para ejercitar la acción popular a las personas tanto físicas como jurídicas de cualquier Estado miembro de la Unión Europea. Asimismo, se mantienen las causas de exclusión para su ejercicio previstas en la legislación actual, calificadas como *subjetivas*, y se extiende su prohibición a las Administraciones públicas, partidos políticos y sindicatos, pudiendo el Juez de Garantías inadmitir la personación del acusador popular cuando intervenga encubriendo a uno de los operadores jurídicos anteriores.

Loable parece ser la posibilidad de la que goza el juez para inadmitir aquella acusación popular que entrañe fraude de ley por parte de los sujetos excluidos para su ejercicio, incluyendo tanto a los partidos políticos como a los sindicatos. Sin embargo, no lo es tanto, por establecer, en orden a dichos sujetos, la presunción *iuris et de iure* de intervenir en el proceso en defensa de intereses privados, alejados de los de la comunidad social, cuando como operadores jurídico-sociales que son, también pueden ser portadores de ese interés público vulnerado por el hecho delictivo. Es más, en ocasiones el mantenimiento de un interés público no excluye la existencia de otra clase de intereses, siempre y cuando no sean incompatibles con el primero. Ahora bien, admitida la posibilidad de que intervengan en el proceso, deberían adoptarse ciertas cautelas y quedar excluidos en determinadas circunstancias. Por ejemplo, el juez no debería permitir su constitución en acusador popular cuando el imputado estuviera vinculado con el partido político o sindicato querellante – se evitaría así que se dilatase en demasía el proceso o se utilizara éste como vía de obtención de información-. También cuando fuese posible apreciar que la acusación hubiera

sido promovida por motivos electoralistas, de descrédito o de desgaste político, si la parte imputada fuera otro partido o sindicato.

Además, no conviene olvidar que establecer tal prohibición plantea una fácil solución para eludirla: el empleo de un tercero (por ejemplo, un dirigente, un simple afiliado o una asociación afín) que promueva aparentemente la acción popular en defensa del interés público infringido, pero que, en realidad, opere bajo las órdenes y en busca del interés de algún partido político o sindicato. Ante lo simple que resultaría zafarse del control judicial, junto con el impedimento que se erige ante tales sujetos para defender intereses públicos, parece posible concluir que esta medida no es del todo acertada.

El *Anteproyecto* restringe también el ámbito objetivo de intervención –*prohibiciones objetivas*– al excluir su ejercicio del procedimiento de faltas, de los delitos únicamente perseguibles a instancia de parte y de aquéllos que requieran la previa denuncia del ofendido –semipúblicos–, especificándose que incluso una vez presentada la denuncia como requisito previo de procedibilidad, no podrá querellarse.

Por lo que respecta a la acción civil ex *delicto*, el artículo 83.3 del *Anteproyecto* establece de forma categórica que «*el contenido de la acción popular queda limitado al ejercicio de la acusación penal sin que pueda abarcar, en ningún caso, el ejercicio de la acción civil derivada de los hechos delictivos*».

Por otra parte, en caso de concurrencia de varias partes acusadoras en un mismo proceso se consagra, como regla general, el ejercicio de la acción penal de forma autónoma y separada. No obstante, se faculta al órgano jurisdiccional para prescribir la agrupación bajo una sola acusación a varias acusaciones populares. De este modo, sólo se permite la unificación de partes acusadoras de la misma tipología con intereses convergentes, siempre que lo ordene mediante auto motivado, con el objetivo de evitar trámites y diligencias innecesarias que entorpezcan el *buen orden del proceso*.

Por último, señalar, en lo concerniente a las costas procesales, que el artículo 120 del *Anteproyecto*, por extraño que parezca, no hace mención expresa del acusador popular. Este lapsus prelegislativo, en caso de no modificarse, debiera solventarse ampliando la concepción empleada de *acusador particular*, con el objetivo de que se incluya al acusador popular. El mismo problema se plantea respecto a la posibilidad del acusador popular de poder resarcir sus gastos procesales en la condena en costas del condenado.

IV.- Conclusiones

A raíz de todo lo expuesto, negar que la institución de la acción popular goza de plena cabida en nuestro sistema procesal careciendo de zonas ambiguas o, al menos, necesitadas de mejora, sería tan absurdo como no reconocer toda la tradición histórica que envuelve esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Además de ser un rasgo característico que confiere a nuestro sistema procesal una singularidad añadida respecto de los restantes sistemas procesales penales de nuestro entorno, son razones de cohesión y beneficio social las que conducen a decantarse por su mantenimiento, pues permite al individuo, por formar parte de esa sociedad, defender los intereses que a ella le conciernen. A su vez, como consecuencia de su admisión (el efecto positivo se produce con la simple existencia de la posibilidad, con independencia del uso que se haga de ella), se refuerza la identificación de la persona como integrante de esa comunidad, aumentando su grado de implicación y favoreciendo la creación de nuevos vínculos sociales, al verse cada uno de los integrantes de esa sociedad implicado en la defensa de un interés supraindividual que afecta al conjunto. En todo caso, no hay que pasar por alto la necesidad de regular adecuadamente dicha institución, cuya escasez de previsión legal ha sido suplida de la mejor forma posible por nuestra jurisprudencia, pero, sin poder evitar la existencia de una pluralidad de resoluciones, con criterios opuestos, que impiden obtener un tratamiento homogéneo de la acción popular en todos los casos en que se emplea, generándose así una gran inseguridad jurídica en orden a su aplicación.

Es tarea imperiosa de nuestro legislador el actualizar los preceptos existentes, especialmente los referentes a los sujetos legitimados con el objetivo de desvincular la acción popular de la nacionalidad y habilitar su ejercicio a los extranjeros no europeos como, por ejemplo, decantándose por el criterio del domicilio. Todo ello, sin olvidar la necesidad de prever la aceptación o exclusión del ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas públicas, posibilidad abandonada actualmente a la total voluntad de la ley. Además, debe concretarse la clase de delitos a los que está sujeto su ejercicio, pues dicha cuestión no puede dejarse a la libre apreciación de los tribunales.

La tendencia limitativa de la acción popular ya se intuía con la aprobación de la Ley 38/2002, que comportó la modificación del art. 782.1 LECrim. Ahora bien, los cambios recogidos en el *Anteproyecto de nueva regulación procesal penal*, más allá de su posible utilidad en relación con solucionar algunas de las dificultades prácticas planteadas actualmente en su ejercicio, ponen en

entredicho, bajo el designio de impedir la «*instrumentalización de la justicia*», la propia subsistencia de la acusación popular. Y ello, sin duda, no parece especialmente acertado ni respetuoso con nuestro modelo constitucional de juicio justo o con todas las garantías.

Al dotar al Ministerio Fiscal de funciones trascendentales para el proceso, que actualmente no posee, y erigirlo en el órgano director encargado de la investigación, junto con la restricción del ámbito objetivo de intervención de la acción popular y prever un régimen procesal más rígido que el actual, se siembra la duda sobre si es posible que el sistema de pesos y contrapesos se haya descompensado, y, en consecuencia, la institución no pueda seguir considerándose un mecanismo de control suficientemente capacitado para actuar ante posibles inacciones o acusaciones *cordiales* mantenidas por el órgano público, bien ante delitos donde no sea posible concretar un ofendido por abarcar un interés supraindividual, o bien, en aquellos ámbitos controvertidos donde el interés del poder ejecutivo puede deslindarse del interés público deseado.

En consecuencia, a pesar de que el peligro de un uso abusivo o pervertido es inherente a la existencia de la acción popular, en la medida en que los sujetos que la materializan potencialmente pueden portar otros intereses, no por ello debe suprimirse. Es más, el control del ejercicio de la acción popular no debería basarse en la adopción de medidas limitativas *ex ante* de su ejercicio sino que, como sucede con el acusador particular, la depuración para el correcto uso de la acción penal debiera conferirse a los mecanismos de supervisión intrínsecos al mismo sistema procesal. Es decir, el control de su actuación debería someterse a los diversos filtros procesales, ya previstos en nuestra LECrim, como por ejemplo el control inicial del juez para admitir a trámite y estimar la querrela, debiendo apreciar circunstancias tanto formales como de fondo (apariencia real del posible delito que contiene y la credibilidad de los hechos en los que se fundamenta), contemplado en el artículo 313; la existencia de indicios racionales de criminalidad suficientes para dictar, en el procedimiento ordinario, auto de procesamiento del sospechoso, a partir de la actividad investigadora realizada en la etapa de instrucción (384); la necesidad de dictar auto de conclusión del sumario junto con la confirmación del órgano jurisdiccional sentenciador para posibilitar la posterior apertura del juicio oral y sostener acusación; y la opción de sobreeser el proceso por el propio juez si considera que el hecho objeto de la causa es atípico (645.I), o, además para el procedimiento abreviado, habiendo sucedido no existen suficientes indicios de criminalidad (783.1). En última instancia, si la actuación del acusador popular

fuese manifiestamente arbitraria o careciera de todo interés público, podría condenarse en costas añadiéndosele un agravante por actuación temeraria, sin perjuicio de poder incurrir en delito de falsa acusación.

Referencias

- CALAZA, María. *Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber Amicorum II en honor de María del Carmen Calvo Sánchez*. Barcelona: Editorial Atelier, 2014. 723 p.
- CORDÓN, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal* (2ª Ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. 235 p.
- DE LA OLIVA, Andrés *et al.* *Derecho procesal penal* (8ª Ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007. 912 p.
- GIMÉNEZ, Itziar. *Pluralidad de partes en el proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. 230 p.
- Gómez, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria, tomo II*. Barcelona: Bosch, 1947. 606 p.
- LATORRE, Virgilio, *Acción popular / Acción colectiva*. Madrid: Civitas, 2000. 294 p.
- LÓPEZ BARJA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal* (4ª Ed.). Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2010. 1985 p.
- MONTERO, Juan. *Derecho jurisdiccional I* (21ª Ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013. 355 p.
- MORENO, Víctor y CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal* (6ª Ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. 638 p.
- OROMÍ, Susana. *El ejercicio de la acción popular: pautas para una futura regulación legal*. Barcelona: Marcial Pons, 2003. 190 p.
- ORTEGO, Francisco. *La acción popular en el punto de mira*. En *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*. La Ley. Nº 126, 2008. España: La Ley-Actualidad, 2008. p. 17 – 21.
- PÉREZ, Julio. *La acusación popular*. Granada: Comares, 1998. 809 p.
- VALLESPÍN, David. *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil tras su reforma por ley 1/96*. En *Justicia*. J. M. Bosch Editor. Nº4, 1997. Barcelona: Editorial J. M. Bosch, 1997. p.1075 – 1100.
- VALLESPÍN, David. *El Modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el de-*

- recho a un proceso con todas las garantías*. Barcelona: Atelier, 2002. 170 p.
- VALLESPÍN, David. *El tractament dels delictes connexos davant del tribunal del jurat a Catalunya*. Barcelona: CIMS, 2007. 108 p.
- VALLESPÍN, David. *Los Nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. Barcelona: CIMS, 2009. 116 p.
- VÁZQUEZ, José. *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*. En *Revista Jurídica de Catalunya*. Col·legi d'Advocats de Barcelona i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Vol. 83 Nº2, 1984. Barcelona: Ediciones del Col·legi d'Advocats de Barcelona y l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1984. p. 373 – 415.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Asociación de Abogados Demócratas por Europa con Audiencia Provincial de Madrid (1999)*: Tribunal Constitucional español, 26 de abril de 1999 (recurso de amparo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento Nº130, 1 de junio de 1999, p. 74 – 78.
- Asociación de Mujeres Policia Nacional de Guipúzcoa con Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (1992)*: Tribunal Constitucional español, 21 de diciembre de 1992 (recurso de amparo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento Nº17, 20 de enero de 1993, p. 52 – 56.
- Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España con Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla (1998)*: Tribunal Constitucional español, 2 de marzo de 1998 (recurso de amparo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento Nº77, 31 de marzo de 1998, p. 64 – 67.
- Asociación Naturalista Elanio Azul con Juzgado de Instrucción Nº1 de Salamanca (1994)*: Tribunal Constitucional español, 31 de enero de 1994 (recurso de amparo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento Nº52, 2 de marzo de 1994, p. 62 – 64.
- Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y Asociación Dignidad y Justicia con Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (2010)*: Tribunal Supremo español, 20 de enero de 2010 (recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley). Disponible en:
< <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I43fc86801d0111df9308010000000000&base-guids=RJ\2010\1268&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007900000147926fe33698bd7298&src=withinResuts&nivelClas=ar>

- ea#>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].
- Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes y Federación de Partidos Políticos-Iniciativa per Catalunya Verds con Audiencia Nacional (Sección 1ª)* (2007): Tribunal Supremo español, 17 de diciembre de 2007 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en: < [*Banco de Valencia, Sociedad Anónima con Tribunal Supremo* \(1983\): Tribunal Constitucional español, 20 de junio de 1983 \(recurso de amparo\), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento N°168, 15 de julio de 1983, p. 7 – 9.

Carmen Escudero Martínez con Audiencia Provincial de Murcia \(1994\): Tribunal Constitucional español, 15 de febrero de 1994 \(recurso de amparo\). Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1994-6186.pdf>>, \[Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014\].

D. A., D. B., D. C., D. D., D. E., y D. F. X. Y. y D. G. M. N. con Audiencia Provincial de Zaragoza \(1981\): Tribunal Constitucional español, 24 de julio de 1981 \(recurso de amparo\). Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1981-18423.pdf>>, \[Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014\].

Emiliano A.R., Francisco L.H. y Vicente G.P. con Audiencia Provincial de Palma de Mallorca \(1995\): Tribunal Supremo español, 3 de junio de 1995 \(recurso de casación por quebrantamiento de forma\). Disponible en: < <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/>](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I3747d0c0bfed11dcb88e010000000000&baseguids=RJ\2007\8844&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007900000147926f090ae50438d8&src=withinResuts&nivelClas=area#>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].</p><p><i>Ayuntamiento de Torrelavega y Manuel P.G. con Tribunal Superior de Justicia de Cantabria</i> (1995): Tribunal Supremo español, 4 de marzo de 1995 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en: < <a href=)

document?tid=&docguid=Ie03e4310f5c911db9ce5010000000000&baseguids=RJ\1995\4535&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad60079000001479268a15ed0d7e4d6&src=withinResuts&nivelClas=area#>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Enrique Medina Balmaseda con Administración (1982): Tribunal Supremo español, 2 de marzo de 1982 (Contencioso Administrativo, Repertorio Aranzadi núm. 1657/1982). LINDE, Enrique. *Sentencias y autos del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los registros en que se citan, estudian o aplican preceptos constitucionales (1982)*. *Revista de Derecho Político*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Nº20, invierno 1983 – 1984. p. 257 – 269.

Federación de Asociaciones Provinciales de Empresarios de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas con Audiencia Provincial (1993): Tribunal Supremo español, 22 de mayo de 1993 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<[*Fernando Miguel Ruíz Tamariz-Marte con Juzgado de Instrucción de Moguer \(1985\)*: Tribunal Constitucional español, 29 de octubre de 1985 \(recurso de amparo\). Disponible en:](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=Ia338fcc0ff0211db89c6010000000000&baseguids=RJ\1993\8483&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007900000147926a7df02f276802&src=withinResuts&nivelClas=area#>>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].</p></div><div data-bbox=)

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1985-24639.pdf>>, [Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].

Francisco A.S con Audiencia Provincial de Vizcaya (1992): Tribunal Supremo español, 12 de marzo de 1992 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<[*Francisco Gumiel Valdeolivas con Juzgado de Instrucción Nº17 de Madrid*](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=Id76ec080f3ed11dbb812010000000000&baseguids=RJ\1992\2084&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014792697ff2e5e6194c&src=withinResuts&nivelClas=area#>>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].</p></div><div data-bbox=)

- (1988): Tribunal Constitucional español, 14 de noviembre de 1988 (recurso de amparo). Disponible en:
<<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1988-28375.pdf>>, [Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].
- Francisco Marañón García y Hermandad Víctimas del Terrorismo con Audiencia Nacional* (1991): Tribunal Constitucional español, 14 de octubre de 1991 (recurso de amparo). Disponible en:
<<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1991-27585.pdf>>, [Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].
- Javier Bruna Reverte, José Victor Riera Blume, Elena Riera Blume, Amalia Casado Pérez y María Luz Casado Pérez con Tribunal Supremo* (1997): Tribunal Constitucional español, 10 de marzo de 1997 (recurso de Amparo contra Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento N°87, 11 de abril de 1997, p. 3 – 9.
- José A.F. y Michel D.M. con Audiencia Nacional* (1992): Tribunal Supremo español, 12 de marzo de 1992 (recurso de casación por quebrantamiento de forma). Disponible en:
<[, \[Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014\].](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=If8073e50f3eb11dbb81201000000000&baseguids=RJ\1992\2442&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007900000147926551f8e89a6f69&src=withinResuts&nivelClas=area#>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].</p><p><i>José María C.F., José Andrés G.E. y Miren O.G con Audiencia Nacional (Sección 1ª)</i> (1997): Tribunal Supremo español, 4 de junio de 1997 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:
<<a href=)
- José María R.C. con Audiencia Provincial de Madrid* (1994): Tribunal Supremo español, 21 de marzo de 1994 (recurso de casación por por quebrantamiento de forma). Disponible en:
<<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/>

document?tid=&docguid=I9cc09930fe9d11db89c6010000000000&baseguids=RJ\1994\2373&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a00000147926648242b6d8ef8&src=withinResuts&nivelClas=area#>,
[Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

José O.F. con Audiencia Provincial de Valencia (1993): Tribunal Supremo español, 5 de junio de 1993 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I0212bc60ff1511db89c6010000000000&baseguids=RJ\1993\4824&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad600790000014792626fa8d70df244&src=withinResuts&nivelClas=area#>,
[Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

José Rivas Galán, Darío Lorenzo Bautista y Marina Martín Velasco con Audiencia Nacional (1983): Tribunal Constitucional español, 11 de julio de 1983 (recurso de amparo). Disponible en:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1983-21656.pdf>,
[Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].

Juan H.C, José P.B., David P.P. y Roberto B.A. con Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (1995): Tribunal Supremo español, 10 de julio de 1995 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I1d5f97c0f5a311db9ce5010000000000&baseguids=RJ\1995\5400&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad600790000014792637f7ac08bae7d&src=withinResuts&nivelClas=area#>,
[Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Manuel H.B. y Acusadores particulares con Audiencia Nacional (Sección 2ª) (1997): Tribunal Supremo español, 26 de septiembre de 1997 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I687f7850f5bd11db9ce5010000000000&baseguids=RJ\1997\6366&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014792612bd2b35f0e31&src=withinResuts&nivelClas=area#>,
[Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

María Josefa García Seco con Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (1984): Tribunal Constitucional español, 29 de noviembre de 1984 (recurso de amparo). Disponible en:

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1984-27954.pdf>>, [Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].

María Josefa L.P., José V.M., Patrocinio D.G. y Santiago R.F. con Audiencia Provincial de Málaga (1995): Tribunal Supremo español, 21 de febrero de 1995 (recurso de casación por quebrantamiento de forma). Disponible en:

<<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I91aff820f4dd11db9ce5010000000000&baseguids=RJ\1995\1417&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a000001479271815d30c43149&src=withinResuts&nivelClas=area>>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Ministerio Fiscal y Acusación popular del Partido Popular con José María S.C, Carlos N.G y Luís O.C (1997): Tribunal Supremo español, 28 de octubre de 1997. Disponible en:

<<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=Iaa4efab0f5b511db9ce50100000000000&baseguids=RJ\1997\7843&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a00000147926d6004cc76550e&src=withinResuts&nivelClas=area>>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Ministerio Fiscal y Asociación de Víctimas del Terrorismo con Mesa Nacional Herri-Batasuna (1997): Tribunal Supremo español, 29 de noviembre de 1997. Disponible en:

<<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I13665920f5b211db9ce50100000000000&baseguids=RJ\1997\8535&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a000001479273047b2b6d8fe8&src=withinResuts&nivelClas=area>>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Sindicato de Funcionarios Manos Limpias con Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (2008): Tribunal Supremo español, 8 de abril de 2008 (recurso de casación por infracción de ley). Disponible en:

<<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I855b47401cab11dd872c0100000000000&bas>

e-guids=RJ\2008\1325&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&sruid=i0ad6007a000001479270b2ba08e581e3&src=withinResuts&nivelClas=area>, [Fecha de Consulta: 1 de Agosto de 2014].

Unión de Consumidores de España con Juzgado Central de Instrucción N°3 (1994): Tribunal Constitucional español, 12 de diciembre de 1994 (recurso de amparo). Disponible en: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1995-1221.pdf>>, [Fecha de Consulta: 30 de Julio de 2014].

«*Unión del Pueblo Navarro*» con *Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid (1997)*: Tribunal Constitucional español, 29 de septiembre de 1997 (recurso de amparo), *Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España*, suplemento N°260, 30 de octubre de 1997, p. 30 – 39.

Discurso jurídico en debate: reparto y posibles cambios de sentido en el concepto de «ciudadanía»

Debate about the Legal Discourse: Contingence and Possible Changes in the Meanings of the Concept of «Citizenship»

HELGA MARÍA LELL¹

Universidad Nacional de La Pampa, Argentina

RECEPCIÓN: 10/03/2014 • ACEPTACIÓN: 07/07/2014

RESUMEN La propuesta de este artículo es traer a colación algunas reflexiones en torno a si es recomendable, en términos de aumento o de retracción de los procesos de democratización, la inclusión de los extranjeros que cumplan ciertas condiciones, en los padrones de electores «nacionales», esto es, entre los considerados ciudadanos políticamente activos. En particular, se pretende repensar cómo la presencia de los extranjeros en un determinado territorio estatal (comúnmente vinculado con la idea del espacio propio de lo «nacional») acciona mecanismos sociales de inclusión y de exclusión que son acompañados y respaldados por el discurso jurídico.

PALABRAS CLAVE Ciudadanía activa, discurso jurídico, migraciones, democratización.

1. Especialista en Estudios Sociales y Culturales (Facultad de Ciencias Humanas, UNLPam) y Culturales y Doctoranda en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Becaria interna del CONICET. Docente en las cátedras de Filosofía del Derecho y Derecho Político e investigadora del Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas (Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam). Correo: hlell@ius.austral.edu.ar.

ABSTRACT The aim of this article is to analyze some ideas on whether the inclusion of foreigners who portray certain characteristics into the Election Register of the «Nationals», that is politically active inhabitants, is recommended. The former, in the context of expansion or retraction of the democratization processes. In particular, we intend to think about how the presence of the foreigners in a territory of a certain State (usually linked to the idea of the national space) puts social mechanisms of inclusion or exclusion to work that are joined and supported by the legal discourse.

KEYWORDS Active citizenship, legal discourse, migrations, democratization.

Introducción

La propuesta de este artículo es traer a colación algunas reflexiones en torno a si es recomendable, en términos de aumento o de retracción de los procesos de democratización, la inclusión de los extranjeros que cumplan ciertas condiciones, en los padrones de electores, esto es, entre los considerados ciudadanos políticamente activos.

En particular, se pretende repensar cómo la presencia de los extranjeros en un determinado territorio estatal (comúnmente vinculado con la idea del espacio propio de lo «nacional») acciona mecanismos sociales de inclusión y de exclusión que son acompañados y respaldados por el discurso jurídico.

La consideración de los desafíos al orden democrático de construcción de la ciudadanía es relevante en cuanto conduce a tomar conciencia respecto de las construcciones sobre el reparto de potencias e impotencias que un orden realiza y del trato igualitario o desigualitario a los diferentes miembros de la comunidad política².

2. En cuanto a los mecanismos de inclusión/exclusión de extranjeros localizados en forma permanente en un territorio, estos son múltiples. En este trabajo nos abocamos tan solo al caso sobre el debate en relación con el brindar o no la posibilidad de votar, esto es, de otorgar ciudadanía activa. No obstante, también existen otros mecanismos que se traducen en políticas que conforman el núcleo de derechos y obligaciones a través de la ciudadanía pasiva y que responden a interrogantes, como por ejemplo, ¿tienen los extranjeros los mismos derechos (políticos, sociales, económicos, procesales, civiles, laborales, etc.) que los nacionales? ¿tienen las mismas posibilidades reales de ejercer esos derechos? ¿poseen las mismas cargas y obligaciones? ¿el plano fáctico

Marco de discusión

Para comenzar este apartado, es interesante incluir la siguiente cita de Carlos María Cárcova, que plantea con claridad la problemática sobre la cual se pretende reflexionar:

Ello [el fenómeno migratorio] genera, naturalmente, una multiplicidad de efectos y plantea nuevos desafíos para la democracia, los derechos humanos, la tolerancia y otros valores propios de las sociedades occidentales, a los que interpela con severidad. Esos valores no están ya vinculados al desarrollo de una sociedad crecientemente homogeneizada, como la que habían hipotetizado Marx o Weber, sino a otra, plural, diversa, multirracial y multicultural. ¿Cómo resignificarlos sin traicionarlos?, ¿cómo reconocer y tolerar lo diverso, preservando a un tiempo lo propio?, ¿cómo neutralizar los fundamentalismos de uno y otro tipo?³

Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por su complejidad en términos culturales. Ello, no solo en relación a los Estados entre sí sino, también y por sobre todo, por la coexistencia de diversos pueblos y sus respectivas instituciones hacia el interior de cada uno de estos Estados de América Latina. El desafío democrático, en estos casos, es el de lograr la coexistencia armónica de cada uno de estos componentes estatales e identitarios y la plena realización de ellos por considerarlos valiosos y constitutivos de las unidades soberanas. Cabe destacar que la democracia se presenta como un modelo organizacional inclusivo y tolerante que pone en igualdad de condiciones a los diversos aun- que frecuentemente encubre la desigualdad que persiste y determina la relación entre las personas en la sociedad⁴.

¿Por qué la democracia? La calificación de un régimen como democrático tiene connotaciones morales ya que existe un consenso general respecto de la característica de deseable para las organizaciones políticas en tanto presupone y tiende hacia la consagración de la reducción de desigualdades y, consecuen-

coincide con el normativo? ¿existen políticas públicas de inclusión o de exclusión de los extranjeros? ¿cuál es la figura preponderante del extranjero o de los distintos tipos de extranjeros existentes en las representaciones sociales? Estas son tan solo algunas de las tantas preguntas.

3. CÁRCOVA (1998) p. 81.

4. VILLAVICENCIO (2000).

temente, a la igualación de los ciudadanos en la elaboración del derecho y las políticas que luego les serán aplicables. En síntesis, la democracia presupone un Estado/ordenamiento jurídico que atribuye carta de ciudadanía a ciertos sujetos sobre una base universalista e incluyente⁵.

Es ciudadano todo aquel que por ser miembro de un Estado tiene la obligación de obedecer el ordenamiento jurídico. Como contrapartida, el ciudadano tiene derecho a concurrir a la formación de las normas. No obstante ello, esta base de presupuestos que aparece en términos ideales requiere para su consagración fáctica que todos los sujetos a los que se pretende igualar tengan un *locus* de enunciación desde el cual bregar por sus propios derechos y adaptación de las normas generales a sus particularidades, esto es, que posean reales posibilidades de peticionar por sus intereses, de ser oídos y de cumplir sus objetivos. Por ello, pareciera más adecuado, en contraposición con las afirmaciones anteriores, entender la democracia no como un espacio homogéneo de mera agregación de intereses mayoritarios sino más bien como un espacio político de litigio y de manifestación de la diferencia⁶.

En relación con lo antedicho, vale aclarar que la ciudadanía, concebida como estatus unitario, iguala jurídicamente a los sujetos por la asignación equitativa de derechos (civiles, políticos y sociales), deberes, responsabilidades, libertades y potestades⁷. Desde el punto de vista político, la unidad entre el heterogéneo grupo de sujetos normativos se funda en el respeto de los ciudadanos hacia una ley común⁸.

Ahora bien, si el concepto de ciudadanía iguala jurídicamente a quienes se aplica en cuanto a sus derechos y obligaciones, la diversidad, democráticamente aceptada, amenaza, en algunos casos, con la ruptura de este presupuesto en tanto obliga a pensar en distintos derechos entre iguales ciudadanos. Mientras la ciudadanía implica uniformidad, la inclusión en lo Mismo⁹, la diversidad

5. O'DONELL (2007).

6. PENCHASZADEH (2012).

7. VILLAVICENCIO (2003).

8. VILLAVICENCIO (2008).

9. La idea de «lo Mismo y lo Otro» está tomada en relación a la propuesta de FOUCAULT (2007) en su análisis de la relación entre las palabras y las cosas y cómo el lenguaje genera un orden en el mundo. Así, el ordenamiento jurídico es un orden de reparto, según RANCIÈRE (2009), que asigna o no asigna derechos en forma explícita o implícita. De esta manera, construye categorías entre los que revisten cierto estatus

exige diferenciar. En este contexto, la democracia plantea la unidad y coexistencia sin imposiciones culturales, raciales, étnicas o de género.

La lógica moderna de los ordenamientos jurídicos estatales los presenta como unidades homogéneas representativas de los valores sociales (que son iguales para todos y cada uno de los ciudadanos). El desafío inclusivo es, en muchos casos, solventado mediante preceptos retóricos que evitan la caída en una contradicción performativa¹⁰ ya que en un Estado democrático la exclusión arbitraria fundada en motivos culturales, raciales, étnicos, de sexo, de clase, religiosos, entre otros, sería inadmisibles¹¹.

Hasta aquí se ha mencionado que la diversidad es una característica propia (aunque no exclusiva) de Latinoamérica y que su regulación y coexistencia armónica es un desafío para la democracia y, en particular, para el derecho que organiza estos Estados multiculturales y jurídicamente plurales¹².

La búsqueda de igualdades, si bien constituye un objetivo ya instalado en las nuevas tendencias latinoamericanas, aun reviste resabios coloniales. Precisamente, esta es otra característica de estas sociedades del sur. Se ha perpetuado la colonialidad del poder de la que se vale el sistema capitalista y ello es notorio en la selectividad de diferencias a partir de las cuales categorizar y distinguir entre sujetos. Si bien son precisamente estas diferencias las que se pretenden paliar, el uso de las mismas categorías y dicotomías coloniales constituye una prolongación inconsciente de la colonialidad occidental¹³.

El Estado moderno es regido por una lógica colonial y, a la luz de ello, parte de la idea de homogeneidad sustancial en su población y de unidad jurídico-

y entre quienes no. En síntesis, el sistema normativo constituye el tablero de definición sobre el cual separar lo Mismo de lo Otro.

10. ALEXY (2008) utiliza la noción de contradicción performativa para demostrar la conexión entre derecho y moral. Un ejemplo sería una Constitución que dispusiera que la República X es soberana, federal e injusta. Este artículo sería absurdo pues acarrearía una contradicción performativa entre lo que está implícitamente entendido cuando se actúa en el marco de una constitución (lo que es justo) y lo que está explícitamente declarado (un régimen injusto).

11. MIGNOLO (2008).

12. Esta expresión apunta al fenómeno conocido como «pluralismo jurídico» que implica la coexistencia y vigencia en un mismo territorio de diferentes sistemas jurídicos. Para una síntesis de esta temática puede consultarse WOLKMER (2006).

13. QUIJANO (2007).

formal¹⁴. Un claro ejemplo teórico de ello lo proporciona Hans Kelsen cuando caracteriza al ordenamiento jurídico como piramidal y lo identifica con el Estado. La *Teoría Pura del Derecho* y la disolución del dualismo Estado/Derecho que ella plantea han sido más que exitosas en cuanto a su concreción práctica. Esta afirmación radica en el hecho de que, a pesar de las superaciones teóricas que ha sufrido la teoría kelseniana y la explicitación de casos que son susceptibles de poner en crisis el paradigma de la Teoría Pura, la lógica de los ordenamientos jurídicos positivos sigue nutriéndose de ella en su base. Ello, con cierto disimulo que pretende solventar, al menos retóricamente, los puntos críticos insurgentes.

Luego de este extenso planteo, cabe destacar que los desafíos que presenta la coexistencia de diferentes grupos culturales, étnicos, religiosos, entre otros, a la concepción democrática de la organización política, estatal y social, no solo proviene de la existencia de pueblos originarios, sino que, también, y sobre todo a partir de la globalización, el fenómeno migratorio aporta en términos de desafíos regulatorios.

Precisamente, en consonancia con lo que se ha indicado previamente, el objetivo de este trabajo es analizar la relación entre la inmigración internacional y la ciudadanía como constructo jurídico a partir de la atribución (o no) de derechos de participación política.

Si, de acuerdo a la visión kelseniana, el Estado se extiende sobre aquellos sujetos que se encuentran coexistiendo en el ámbito de validez y eficacia de un ordenamiento jurídico, entonces, no existirían razones suficientes para excluir de las regulaciones jurídicas a un conjunto de inmigrantes¹⁵. No obstante, los Estados son reticentes a la aceptación de estos inmigrantes como propios, al menos, en muchos casos según las representaciones existentes sobre la inmigración y los países de origen. De esta manera, se produce un desfasaje entre los sujetos destinatarios de las normas jurídicas (sujetos normativos) y los sujetos productores (autoridad normativa)¹⁶.

Ahora bien, dado que el régimen democrático supone la igualación de los ciudadanos, el conferir derechos políticos a los residentes, es decir, a los extranjeros que no se han nacionalizado, provoca una paradoja puesto que, en

14. GALLI (2006).

15. Inmigrantes que, como contrapartida, son emigrantes/emigrados de otro Estado, en SAYAD (2008).

16. La terminología corresponde a VON WRIGHT (1970).

realidad, aparecería una desigualdad. La «tesis de la desigualdad» puede ser formulada en los siguientes términos: mientras algunos deben ser nacionales para ejercer sus derechos políticos en relación con el Estado que se encuentran habitando, otros pueden ejercerlos sin ser nacionales.

Lo que es trascendente aquí es el trasfondo de la discusión: ¿se le deben conferir derechos y obligaciones a todos los habitantes de un territorio? Si la respuesta es afirmativa, entonces, todos son ciudadanos en los mismos términos. Si todos son iguales ¿por qué hablar de nacionales, extranjeros, residentes¹⁷, etc.? ¿De dónde provienen y por qué se mantienen las categorías que identifican y aúnan, por un lado, y dividen y marginan, por el otro?

El discurso jurídico

Como enseña François Ost, el derecho debe ser pensado desde el fondo común de la narratividad social que informa la identidad de una sociedad y sus productos culturales¹⁸.

El discurso jurídico posee una dimensión simbólica que genera una visión de la ciudadanía y la consagra mediante mecanismos de inclusión y exclusión. Entonces, como instrumento del poder que es, realiza una selección de características y problemáticas a la par que, en razón de ello, atribuye potencias e impotencias¹⁹. Aquí entonces es pertinente la pregunta de Verena Stolcke²⁰ que puede ser reformulada de la siguiente forma: ¿por qué tomar algunos rasgos para distinguir y no otros? ¿Por qué utilizar como criterios el sexo, la raza, la cultura, el lugar de procedencia y no, por ejemplo, la estatura para justificar una desigualdad social? Los criterios de selección son fijados en base al sistema colonial/moderno y paulatinamente son naturalizados por lo que su arbitrariedad se diluye en el inconsciente colectivo. Así, muchos de los comportamientos de los individuos deben ser comprendidos a partir de la normatividad positiva que no solo prescribe conductas sino que también otorga estatus desde los cua-

17. Se ha tomado la terminología propia de la legislación argentina, vigente en el Estado donde reside la autora de este artículo. No obstante, estos términos pueden ser reemplazados por equivalentes provenientes de cualquier otra legislación.

18. FRANÇOIS OST (2005).

19. CIURO CALDANI (2007).

20. STOLCKE (1999).

les se produce la integración comunitaria y el diálogo entre grupos²¹.

Una característica interesante del discurso jurídico es aquella que marca su legitimidad. Al respecto, señala Cárcova²² que esta no deriva de la aceptación de un orden jurídico puesto que este es sumamente complejo y basto y, consecuentemente, incognoscible en su totalidad. Entonces, la legitimación deriva de un consenso supuesto a partir de la institucionalización de procedimientos de decisión vinculantes.

Si bien el concepto de ciudadanía es diferente del de nacionalidad, existe un complejo conflicto entre ambos derivado de una pugna por el poder generada por las pretensiones de imposición de una forma de gobierno por parte de ciertas tradiciones culturales.

Toda cultura define un conjunto de valores e ideales que resultan estándares a consagrar en la práctica y que guían las instituciones jurídicas. Con base en ello, estos valores tienen vocación universal, es decir, existe una ferviente creencia de la posibilidad y corrección de aplicación de ellos a quienes aún los desconocen.

En este marco, se genera la idea de lo Mismo y lo Otro. La tradición colonial moderna ha instalado un modelo de ciudadano ideal y ha procurado su expansión. Sin embargo, las figuras resistentes y diferentes constituyen una amenaza: son lo Otro del ciudadano.

Fundamentos de la extensión de los derechos políticos

En un interesante artículo, Noelia González explica que la presencia de un alto índice de población migrante en las distintas sociedades ha llevado consigo la generalización de los derechos civiles y sociales que otrora estaban reservados solo a quienes eran considerados nacionales²³. No obstante ello, no ha ocurrido lo mismo con los derechos políticos.

Este hecho podría poner en tela de juicio el carácter democrático de dichos Estados, pues se produce una asimetría insostenible entre quienes tienen poder de intervenir en el momento legislativo (a través de sus representantes) y quienes son destinatarios de las normas. Cuanto más aumente la tasa de población inmigrante y se restrinja su derecho de participación política, más se contribu-

21. MÉDICI (2012).

22. CÁRCOVA (1998).

23. GONZÁLEZ (s/d).

ye al debilitamiento de las bases de la democracia²⁴.

Para Aláez Corral la exigencia definitoria del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado y a su ordenamiento jurídico puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos constituye un condicionamiento estructural²⁵.

Las citas efectuadas apuntan directamente a la necesidad de basar la ciudadanía en un modelo que se aparte del tradicional Estado-Nación o de la nacionalidad como fundamento de la ciudadanía.

Antes de proseguir, debe realizarse la distinción conceptual entre ciudadanía y nacionalidad²⁶. Así, esta última es el vínculo que define cuál es el pueblo de un Estado sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la ley personal en el derecho internacional privado. En contrapartida, la ciudadanía es la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido²⁷. Agregan Kymlicka y Norman que la ciudadanía no es simplemente un estatus legal que se define por derechos y afinidades sino que también es una identidad, es la expresión de la pertenencia a una comunidad política²⁸.

La discusión antedicha respecto de la necesidad de desnacionalizar la ciudadanía ha abierto un amplio debate entre los doctrinarios. Por su parte, González apunta que la desnacionalización de la ciudadanía favorecería la integración social de los nuevos miembros a la comunidad política en tanto

24. GONZÁLEZ (s/d) p.1.

25. ALÁEZ (2005; 2008; s/d).

26. Sumado a esta diferencia conceptual, cabe destacar que la ciudadanía no es en sí un derecho humano pero la posesión de una nacionalidad sí lo es. Al respecto, es relevante la Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en 1961 (la nómina de Estados firmantes y que la han ratificado puede ser consultada en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1248.pdf?view=1>). No obstante lo antedicho, es menester destacar que la nacionalidad, a los efectos de este trabajo, solo es relevante en su distinción de la ciudadanía activa. Lo que se discute aquí es que en la mayoría de los Estados Occidentales se confiere ciudadanía activa a quienes son sus nacionales y se le niega a quienes no lo son. Por ello, en la discusión acerca de si es conveniente la extensión del derecho a sufragar esta noción de nacionalidad ocupa un lugar en el debate aunque no se discuten los términos en los que se otorga o niega la nacionalidad.

27. ALÁEZ (2008; s/d).

28. KYMLICKA y NORMAN (1997).