

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

**Catedrático de Derecho Penal  
Universitat de les Illes Balears**

**Dos problemas pendientes de la justicia penal**

**SUMARIO: I. EL DEBATE SOBRE LA APELACIÓN PENAL.** 1. *La doble instancia como garantía.* 2. *La razón de ser de la garantía y su cumplimiento.* **II. LA ACCIÓN POPULAR, O CRÍTICA DE UNA INSTITUCIÓN DESAFORTUNADA.** 1. *El deseo de participar.* 2. *El débil fundamento jurídico-filosófico de la AP.* 3. *La implantación en 1882 y sus razones.* 4. *El modelo francés y el monopolio acusador.* 5. *El rechazo de la acción popular.* 6. *El estado actual del problema en España.* 7. *Replanteamiento del ejercicio de la AP.* 7.1. *Proceso y titularidad del bien jurídico.* 7.2. *El monopolio del "ius puniendi".* 7.3. *La AP y el Ministerio Fiscal.* 8. *Procesos que admiten la AP.* 9. *La revisión del concepto de perjudicado.* 9.1. *Límites a la ampliación del concepto.* 9.2. *AP de partidos políticos y de personas jurídicas, inviabilidad legal y constitucional.*

Problemas pendientes, cuando se habla del proceso penal, son muchos. Desde que se aprobó la Constitución la doctrina del Tribunal Constitucional ha obligado a establecer un reparto de funciones entre los órganos jurisdiccionales que antes no existía. La necesidad de dotar de rapidez a la justicia penal ha llevado, por su parte, a una constante búsqueda de sistemas ágiles en la pretensión de lograr buenas resoluciones en un tiempo mínimo. El llamado procedimiento “abreviado” es una buena muestra de ello, y la experiencia de su aplicación pone hasta ahora de manifiesto que son más sus inconvenientes que sus ventajas.

Entre tanto, los penalistas siguen con comprensible interés los trabajos de elaboración del nuevo Código Penal. En el deseable caso de que ese Proyecto llegue a ser Código, pues pese a los defectos que cada cual pueda legítimamente encontrarle, es infinitamente superior al vigente, salvo alguna opinión cerril, corre el riesgo de sufrir un desprestigio injusto si el sistema procesal y orgánico que lo ha de recibir no está dispuesto para asumir su aplicación con las garantías y exigencias que socialmente se demandan. Duración de los procesos, garantías que en cualquiera de ellos se han de respetar, y oportunidad del nacimiento del proceso o de su prosecución, son cuestiones de indudable importancia.

Por supuesto podríamos añadir un abanico de nuevos problemas procesales que el Proyecto de Código penal puede

generar por sí solo. Por ejemplo, la doble jurisdicción que admiten las situaciones concursales o la aplicación práctica de la suspensión de fallo. Pero en el pequeño comentario que sigue me he limitado a elegir dos problemas que no por quizá desapercibidos dejan de existir. Se trata de la doble instancia y de la acción popular. El primero afecta a la igualdad de garantías en toda clase de procesos penales. El segundo atañe al control de la oportunidad y legitimidad en el nacimiento o mantenimiento de los procesos penales. Si se acepta que el sometimiento de una persona a juicio penal es “en sí mismo” un dolor que causa el sistema punitivo, aunque sea absuelto el afectado, se podrá admitir sin grandes discusiones que la existencia misma del proceso penal ha de ser también revisada a la luz de los principios de intervención mínima y “extrema ratio”, cual se hace con el conjunto del derecho penal.

El problema de la doble instancia lo abordo por entender que a cualquier jurista, aun no siendo específicamente procesalista, le ha de inquietar el riesgo de que la organización judicial pueda ser alterada en cualquier momento. La experiencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional que prohibió que el Instructor fuera competente para el fallo, obligando a uña de caballo a modificar las previsiones de dotación presupuestaria y a crear los Juzgados de lo Penal, permite abrigar un razonable temor en relación con el quizá no cumplido principio o garantía de la “doble instancia”, si es que se estima que ésta existe.

Pendientes quedan, y ocasión habrá de tratarlos, muchos problemas hoy en candelero, como son, especialmente, las figuras del Juez de Vigilancia Penitenciaria y del Fiscal ante un futuro que puede responsabilizarlo del principio de oportunidad. Pero tantas cuestiones excederían en mucho el espacio que razonablemente se me permite ocupar.

## I. EL DEBATE SOBRE LA APELACIÓN PENAL

La tradicional estructura del proceso penal en España comenzó una desde entonces continua evolución a partir de la promulgación de la Constitución en 1978. La Sentencia de 12 de julio de 1988 del TC que sentó el principio “quien instruye no puede fallar” marca el hito más sobresaliente en esa evolución.

Esa sentencia obligó a una rápida reforma de los procesos penales, suprimiendo la posibilidad de que los Jueces de Instrucción pudieran dictar fallos en procedimientos por delito (Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre). Tal reforma, cristalizada en la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Penal por obra de la Ley de Planta y Demarcación Judicial, se produce, según la Fiscalía General del Estado “... antes de que se profundizara en el debate sobre cuál es el modelo de proceso penal que mejor se acomoda a nuestra Constitución y a los Convenios Internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, así como la conveniencia de seguir las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo... y hasta americanas todas las que se caracterizan por tomar como modelo el sistema acusatorio, rompiendo con la tradición continental del sistema mixto...” (Circular 1/1989 de la FGE).

Las sentencias de los Jueces de lo Penal, Tribunales unipersonales, pueden ser apeladas ante las Audiencias Provinciales o ante la Audiencia Nacional, si son de Jueces de lo Penal de ésta, es decir, ante Tribunales colegiados. Prescindiremos del procedimiento penal para faltas para centrarnos en un hecho evidente: los delitos cuyo conocimiento viene atribuido a las Audiencias Provinciales carecen de posibilidad de recurso de apelación, que, en cambio, si se ofrece frente a las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal. En apariencia esto se compensa con que la vía de la casación es posible frente a las sentencias dictadas “en única instancia” por las

Audiencias (art. 847 LEcri), y no así en relación con las que dictan los Jueces de lo Penal. Pero en teoría el ámbito de la apelación es más amplio que el camino casacional.

Llegados a este punto podemos plantear si la apelación en el orden penal es exigible frente a “cualquier sentencia”, en cuyo caso carecemos de un recurso de apelación frente a las que dictan las Audiencias Provinciales, o si, visto de otro modo, ese principio no existe, al menos así entendido, y, en todo caso, se satisface plenamente con la posibilidad de recurso de casación.

### *1. La doble instancia como garantía*

Es esta una opinión bastante extendida: las sentencias, o, mejor, los procedimientos en su conjunto, con pruebas, documentos, declaraciones, han de poder ser examinados por dos Tribunales. Esta idea, designada como “garantía de doble instancia”, ha cobrado cierto arraigo, al punto de que ha podido oírse su defensa a cualificados representantes del Consejo General del Poder Judicial y a notorios especialistas en Derecho procesal. Cortés Domínguez señala: “... no existen inconvenientes dogmáticos serios para no admitir en el proceso penal el principio del doble grado de jurisdicción; han sido únicamente razones histórico-jurídicas las que han venido propiciando en nuestra legislación la existencia del proceso penal por delitos en única instancia”, y añade “... la aplicación directa en nuestra legislación del art. 14.5 del PDCP y la interpretación que de esta norma ha hecho el TC impone evidentemente la necesidad de que el fallo penal pueda quedar siempre sometido a una instancia superior. ...esto impone que quepa, en cualquier caso, una revisión de la actividad probatoria judicial de instancia y, en consecuencia, que quepa la valoración de una prueba que, por esencia, no es inmediata al Juez del recurso y no se ha practicado en su presencia...” (“Derecho Procesal. El proceso penal” ep. 260). Las últimas palabras transcri-

tas, unidas a las conocidas dificultades para que en casación se pueda discutir la valoración de la prueba hecha por el órgano judicial de instancia, ponen de manifiesto una tácita reivindicación: o ampliación del alcance del recurso de casación, aunque ello afectaría a su significación técnico-jurídica, o bien ofrecimiento de un recurso de apelación.

En esta línea se ha planteado, siempre en congruencia con el llamado principio de doble instancia, la posibilidad, hasta ahora sólomente apuntada a modo de idea provisional, de introducir un grado de apelación ante las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas que, de producirse esa decisión, deberían revisar su composición al menos en los territorios de mayor densidad judicial. Con ello, se dice, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales quedarían también sometidas al principio de doble instancia, y la casación se reduciría a la contradicción con el precedente y a la incorrecta aplicación de normas.

Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) tenga aplicación directa en la medida en que ha sido suscrito por España es algo que está fuera de duda. Y no es el único Tratado o Pacto Internacional que se pronuncia sobre esta materia: también la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969) se pronuncia en el mismo sentido (“toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a... recurrir el fallo ante el Juez o Tribunal Superior...” (art. 8º). La literatura procesal de los países firmantes de ese Pacto ha convenido en que el recurso de casación no basta para dar satisfacción a lo allí declarado, al menos si el recurso de casación se presenta con limitaciones (como sucede en España), mas no así si en principio ésta quedara siempre abierta.

Fuera de duda queda que el principio de doble instancia no puede ser extraído, y menos con posición sobre su satisfacción por casación, del tenor del artículo 24 de la Constitución. Por lo tanto, podemos convenir en que será esencial-

mente una decisión política, no estrictamente “de razón jurídica”, la que lleve a establecer o rechazar una doble instancia a modo de apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia. Pero sí, en cambio, puede admitirse que la “revisión”, en sentido amplio, comprensivo de casación o apelación, de las sentencias penales, ha de operarse de uno u otro modo.

## *2. La razón de ser de la garantía y su cumplimiento*

La idea que anima el principio de doble instancia es fácil de admitir: el segundo Tribunal puede discrepar o confirmar el criterio del primer Tribunal. En ambas hipótesis, la seguridad jurídica o acierto de la sentencia quedan mejor garantizados.

A esta idea inicial pueden añadirse algunos elementos no desdeñables: los casos de doble instancia actuales se establecen siempre un primer Tribunal unipersonal y un segundo Tribunal colegiado. En cambio, la “instancia única”, reservada a las Audiencias, se confía solo a Tribunales colegiados. Si el principio inspirador de la doble instancia es puramente que el caso sea visto por más de un Juez podrá llegar a sostenerse que el Tribunal colegiado aparecen como órganos bien diferentes en cuanto a “requerir” segunda instancia, que parece obligada en un caso y prescindible en el otro.

Por otra parte, como enseña J.B. Maier, es muy discutible que la doble instancia pueda ser declarada “garantía” sin más, pues no lo ha sido históricamente. Antes al contrario: las apelaciones fueron propias de procedimientos inquisitoriales en las que tenían lugar con pleno secretismo y ausencia del interesado. Lo que supuso una revolución en el mundo de las garantías procesales fue otra cosa: el debate oral y público, la garantía de defensa, la exigencia de actividad probatoria, la presunción de inocencia, la incorporación del Jurado, etc.

Pero es que además la doble instancia, aun interpretada en una comprensión moderna de la misma, e incluso salvando el hecho real de que la instancia única de Tribunal colegiado cubre buena parte de las virtudes atribuidas a la doble instancia, ofrece inconvenientes, o cuando menos zonas dudosas, de difícil solución:

a) por definición la apelación pretende ser de mayor ámbito que la casación. Esta última no pretende más que controlar que el fallo es el resultado racional del juicio y de las normas de procedimiento y substantivas. La segunda instancia, en puridad, pretende “reproducir” el juicio.

b) Si se trata de eso resultará obligado repetir el debate y garantizar la inmediación de la prueba, pues de lo contrario habrá que aceptar la valoración que de ésta haya hecho el Tribunal anterior-inferior.

c) Si no se reproduce la prueba, sino que se funda el segundo fallo simplemente en las actas del juicio anterior, se hará cierto lo que señalaba Binding y recoge Castillo González (ap. Maier): permitir que un Juez o Tribunal Superior revise en apelación la sentencia con base en las actas sería hacer prevalecer al juez “peor informado” sobre el “mejor informado”. Claro que Binding, en su rechazo frontal a cualquier control de los hechos determinados por el Juez, sostenía que una segunda instancia “completa”, con reproducción de prueba y debate, era en realidad una “segunda primera instancia”, pero no una doble instancia.

d) La reproducción del juicio no siempre sería posible, aunque se quisiera llevar a cabo, pues el tiempo puede hacer inviable la repetición o fiabilidad de determinadas pruebas, especialmente, testificales (muertes, olvidos).

e) Con todos esos factores y variables resulta difícil afirmar que el segundo fallo, en una apelación “absoluta”, haya de ser más atinado y justo que el primero. Será igual o diferente, pero nada más que eso.

De los últimos párrafos podría desprenderse una oposición manifiesta a la incorporación de la apelación penal en relación con las sentencias de las Audiencias Provinciales. Y en verdad que se han señalado graves defectos y dificultades (inmediación, reproducción del debate, etc.). Pero sigue existiendo en España un estado de opinión favorable a esa apelación, y que posiblemente, ante estas críticas se reposicionará en defensa de “otra clase, más restringida, de apelación”. Ahí quizás pueda producirse la concordia:

Una apelación restringida en sus causas y objetivos no es ya una segunda instancia. Pero, en cambio, puede contribuir poderosamente a la tutela judicial, máxime si tenemos en cuenta la estrechez de la vía casacional en lo referente a los hechos declarados probados. Naturalmente podría alcanzarse el mismo o parecido resultado ampliando la casación. Pero eso desvirtuaría el sentido de ésta, y a buen seguro volvería a colapsar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En todo caso, un único proceso de determinación de los hechos, intangible, puede no merecer el rango de plena garantía judicial. Una apelación “limitada” -Maier pone como ejemplo los casos de prueba rechazada u omitida y los de aparición de pruebas que no pudieron acceder al debate -podría satisfacer esa exigencia. En cambio, una inviable apelación absoluta difícilmente lograría ese objeto. En suma, y con las debidas cautelas, es admisible y deseable una segunda instancia así entendida que podría, sin especiales inconvenientes, ubicarse en los TS de Justicia.

## II. LA ACCIÓN POPULAR O CRÍTICA DE UNA INSTITUCIÓN DESAFORTUNADA

1.- La participación popular en la Administración de Justicia ha venido constituyendo un ideal en países de la Euro-

pa continental. Y el nuestro, desde el siglo XIX observaba con admiración y envidia ciertas formas características de los sistemas judiciales anglosajones, como el Jurado o la elección de jueces o fiscales. La inquietud intelectual por la incorporación de la ciudadanía a la actividad de aplicación de la justicia, en el caso español, es indisociable de un devenir histórico en el que el oscurantismo, secretismo, hermetismo, y todo lo que pueda servir para calificar el alejamiento atemorizante del aparato represor, marcaron su exclusivo carácter. La justicia penal en la España unitaria -desde Carlos I- hasta prácticamente la Revolución de 1869, la llamada "Gloriosa", se produce bajo la forma más decidida de manifestación de poder frente a masas de individuos relegados a la condición de súbditos.

Por supuesto, el caso español no es en manera alguno excepcional. La Francia pre-revolucionaria no ofrece un panorama mucho mejor para lo que en el lenguaje post-revolucionario se llamarán "derechos de los ciudadanos". Pero incluso comparando épocas análogas -monarquías absolutas, omnímodo poder de la aristocracia y el clero, inexistencia de representación popular directa -la situación española fue, si cabe, peor. Quizá en buena parte se deba al peso de la Inquisición y su propia "ideología procesal", de lo que frecuentemente se ha hecho poco o nulo caso, pero el hecho cierto es que la postergación popular pareció a los juristas liberales del último tercio del siglo XIX más grave en España que en ningún otro lugar. La reacción que ello determinaría fue, por lo mismo, más profunda que en otras naciones.

Solo desde ese planteamiento puede entenderse la reivindicación del Jurado y de la acción popular, instituciones ciertamente distintas pero que tienen una raíz común en la idea de "participación popular". Preciso es notar, antes de seguir, que la lucha por la presencia de la ciudadanía en la aplicación de la justicia se contrae, en principio, a la justicia penal. Incluso hoy, el debate sobre el jurado no ha sobrepasa-

do el campo de lo penal. En cuanto a la acción popular, bajo otras denominaciones, está presente en el derecho urbanístico y en el tributario, en tanto que el derecho civil ofrece un monopolio de la acción individual de “parte interesada” que, por otras razones, puede ser tan cuestionable como la acción popular lo es.

Volviendo al origen del problema, el dato que debe tomarse como punto de partido de la acción popular en España es sin duda la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, hoy vigente, que la incorporó en aquella fecha, aunque ya había sido proclamada por la Constitución de 1870, que siguió a la caída de Isabel II. La famosa Exposición de motivos suscrita por Manuel Alonso Martínez termina con una declaración emotiva acerca de lo que se espera con la implantación de la acción popular: “...educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio Público para el descubrimiento y castigo de los delitos...”. En suma, con la acción popular se ofrece una vía honesta y cívica de participación en la justicia como cosa que, en último término, debe ser patrimonio de la ciudadanía, que la ha de impulsar (mediante la acción popular) y administrar (mediante el jurado). La realidad histórica se ha mostrado poco acorde con ese ideal, como era de esperar de una institución nacida voluntarísticamente, pero sin apoyo en la tradición jurídica española -cierto que era imposible que nada avanzado lo pudiera tener-, pero también sin parangón en toda la Europa continental. La Exposición de Motivos aludida tiene que ir a buscar el ejemplo inglés para encontrar alguna referencia de derecho comparado.

2.- No deja de suscitar reflexiones la a buen seguro consciente silenciación del pensamiento jurídico siguiente a la Revolución francesa en esta materia. Es comprobable que Montesquieu, Voltaire y otros, al ocuparse del problema del

proceso penal, habían reclamado la asistencia de abogado, el principio acusatorio, la publicidad de los procesos, pero nunca la acción popular. El sistema español de 1882 tomó, pues, un camino separado en esta materia, con la lejana invocación del caso inglés. Parece que también contribuyó la cronología de los hechos, o, lo que es igual, el retraso español: cuando la Francia bonapartista tiene ya promulgados sus Códigos penal y de procedimiento en España todavía quedan muchos años de vigencia de la Novísima Recopilación, pues el primer Código procesal esperaría hasta 1882, y la organización de los Tribunales hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Estas relativas tardanzas habían de arrojar como consecuencia un afán especial de modernización de la justicia, cuya consecución formaba parte del ideal cristalizado tanto en las propuestas éticas de los juristas krausistas, cuanto en esos vestigios de anglofilia percibibles en los liberales, admiradores del sistema que desde más antiguo había reconocido y protegido un estatuto de derechos a los ciudadanos.

Otras causas pueden considerarse, aunque en menor medida. Los individuos, en el orden procesal dimanante de la Novísima Recopilación, se encontraban en clara situación de desventaja respecto de ciertos poderosos colectivos como los gremios, cámaras y otras organizaciones análogas, que sí tenían reconocida una capacidad de actuación procesal. A ello debe añadirse la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal, cuya real organización no se produce hasta la Restauración, siendo fácil imaginar que los juristas "sensibles", formados en un comprensible escepticismo en relación con la eficacia y constancia del impulso público en la época isabelina, sintieron la necesidad de incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal una institución -la acción popular- que remediara la eventual duda sobre la actuación del Fiscal o su pasividad o inhibición. El ideal manifestado por Alonso Martínez, según el cual la perfección de una sociedad civilizada se demuestra con la innecesariedad del Ministerio Fiscal, es la máxima expresión de ese modo de pensar.

3.- De ese modo nuestro sistema cuenta a partir de 1882 con la posibilidad de intervención de cualquier ciudadano en los procedimientos penales, hayan sido o no perjudicados por el delito. La doctrina ha buscado precedentes interesantes y respetables en la historia de la acción popular, precedentes que tienen un doble interés: que su origen es "políticamente irreprochable", y que sucesivamente ha sido abandonada en diferentes países al comprobar que su utilización práctica era muchas veces rayana en lo inmoral y, en cualquier caso, en nada mejoraba el funcionamiento de la justicia penal.

Tendríamos que realizar una larga exposición, por demás innecesaria para el eventual lector de estas líneas, de la filosofía política de la Grecia antigua para llegar a la conclusión de que la perfección organizativa en la "polis" confería tal importancia a la ciudadanía que repudiaba todo aquello recordara al "estado" en el modo en que éste aparecería ya en la Roma imperial, es decir, una organización superior a los individuos, mucho más poderosa que ellos, intervencionista, actuante de acuerdo con unos intereses que, aun invocados en nombre del bienestar de todos, podían imponerse por cualquier medio sobre las personas. La "polis" griega, contemplada así la cuestión, no era un "estado", es más: no quería ser eso, sino una organización de hombres libres, al margen de que la condición de ciudadano no se otorgara a todos los individuos. Solo así pueden entenderse las palabras de Solón, para quien la ciudad mejor regida es aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa. Se aprecia ahí un canto a la solidaridad y una convicción profunda de que la felicidad del grupo depende de la felicidad de cada uno de sus individuos. De esa mentalidad fue hija la acción popular, ciertamente creación de la Grecia antigua, por lo cual sus defensores encuentran un espléndido argumento sobre el origen democrático de la institución. Pero quienes así opinan deberían recordar también que, incluso en los lejanos tiempos del ori-

gen, la acción popular nunca alcanzó a intereses “privados” y, además, que la absolución del acusado abría inmediatamente la exigencia de responsabilidad al acusador. Fácil resulta considerar la diferencia con nuestros tiempos, pues no se conoce caso de que el actuante en acusación popular haya sufrido condena por acusación falsa o, al menos, haya tenido que afrontar una condena civil por los daños causados al acusado con el sometimiento a proceso, por más que se pueda decir que esa responsabilidad será tan suya como del Ministerio Fiscal, si también acusó, o del Instructor que creyó en la certeza de lo dicho por el acusador.

Razones similares a las griegas explican la vigencia de la acción popular en la Roma primitiva. Pero lo más interesante es comprobar que al tiempo que se va implantando el Estado romano -época imperial- van apareciendo funcionarios imperiales que se ocupan de ejercitar la acusación, aun cuando formalmente no desaparece la acción popular. Como indica MAIER, el régimen “excepcional”, plasmado en la “cognitio extra ordinem”, que expresaba la variación de la fuente de soberanía -del individuo al Estado- fue imponiéndose como regla, y con él la presencia del acusador oficial. Por demás, la acusación popular había devenido en un instrumento de lucimiento político, carente de cualquier contenido de moral pública. Y ello alcanzará su máxima corrupción cuando se acepte la denuncia anónima, la delación, que como puede imaginarse es más un instrumento de venganza o de cualquier otra vileza antes que un mecanismo de contribución al buen orden de la comunidad. La delación tuvo, eso sí, una vida que superó ampliamente al mundo romano que la alumbró, pues fue admitida como fundamento válido par la apertura de un proceso penal en las Repúblicas italianas medievales, y, desde luego, en los procesos por herejía que durante siglos llevó a cabo la Inquisición. Es más, en la mentalidad inquisitorial, y basta acercarse a ella a través de Alfonso de CASTRO, la delación era un deber del buen cristiano.

4.- Esta breve reseña histórica del origen de la acción popular tiene otra dimensión interesante, además de que sea importante situar en sus justos términos al precedente lejano, y es que, exceptuando el mundo griego y romano primitivo, la acción popular únicamente cobra vigencia en Inglaterra y, parcialmente, en España, como sabemos. Hay pues una notable unanimidad en el resto de Europa en rechazarla. Y eso no puede ser desdeñado, ni tenido como muestra de falta de sensibilidad respecto de la relación entre la ciudadanía y los procesos penales. Antes al contrario: se puede perfectamente apreciar la evolución de dos ideas diferentes pero complementarias en su incidencia sobre lo que se entiende por garantías de la ciudadanía. De una parte, la sustitución del principio inquisitivo por el principio acusatorio. De otra parte, la concesión al Estado del monopolio de acusar a través de unos funcionarios que constituirán el Ministerio Público. Adelantando una conclusión puede decirse que el polo opuesto al sistema inquisitorio, puesto en funcionamiento con la acción popular conocida o anónima, viene precisamente dado por la implantación del principio acusatorio y la mayoritaria concesión de la potestad de acusar al Ministerio Público exclusivamente. Esto último es lo que se tiene por "conquista", y no lo contrario, y a ello se añadirá después la lucha por la defensa o asistencia de abogado desde el inicio del proceso acusatorio, de monopolio del ministerio Público, y de completo derecho a la defensa, no se han implantado simultáneamente, al igual que las diferentes manifestaciones del principio de legalidad no tienen en su origen el desarrollo y la comprensión que alcanzan en la actualidad. Así, por ejemplo, la Ordenanza Criminal francesa de 1670 recoge la potestad exclusiva de acusar de los funcionario (Procuradores) reales, pero carece de principio acusatorio pues la potestad ilimitada del juez lo contradice, y, además, se desconoce el derecho a una auténtica y completa defensa, pues el ciudadano, entonces sólo súbdito, podía estar en la ignorancia de los cargos que sobre él pesaban hasta el momento mismo del jui-

cio, lo cual generó una de las más importantes reivindicaciones de los revolucionarios de 1789.

La mención de estos precedentes franceses resulta importante si se considera que, como unánimemente señala la doctrina procesal, será precisamente el Código francés de instrucción criminal de 1808 el que habrá de influir en los sucesivos Códigos procesales europeos, incluido el español de 1882, aun cuando éste se aparte en bastantes cuestiones, especialmente, y en lo que ahora importa, en la introducción de la acción popular e, incluso, en la configuración misma de la acción de perjudicados, pues ésta, en el modelo francés, se ejerce ante el Ministerio Público, que es quien acusa, quedando presente en el proceso el perjudicado bajo la condición de "parte civil", pero nunca quebrando el monopolio de ejercicio de la pretensión punitiva.

5.- A partir de estos datos la doctrina penal y procesal siguen caminos convergentes en la crítica a la acción popular. Convergentes porque llevan por igual al rechazo, distintos por la argumentación utilizada. Lógicamente el penalista rechaza la acción popular, cuando se ha ocupado del problema, pues bueno es recordar el mayoritario desinterés que por él se percibe en la doctrina penal, en razón a su incoherencia con el sentido, fundamento y fin de la pena como recurso sancionador, retributivo o preventivo o corrector, en manos del Estado y al servicio de la Política criminal. Por eso LISZT señalaba la grave dificultad que tenía la admisión de la acción popular en cuanto abría el paso a un interés individual y en la aplicación de la pena, interés que en modo alguno hay que suponer que obedece o se corresponde con los objetivos de la Política criminal. Siendo ésta trazada por el Estado, y siendo la pena estatal y pública un instrumento en manos exclusivas del Estado resulta difícil ofrecerla para la satisfacción de un interés subjetivo o personal de quien nada tiene que ver con el delito cometido.

Por otra parte carece de sentido hoy la antes citada invocación ejemplarizadora del sistema inglés. Como enseña

GOMEZ ORBANEJA, amén de ser una excepción en Europa, cosa que no significa que haya de ser mejor, es preciso incorporar otros datos para realizar un análisis correcto: allí no existe la distinción entre delitos públicos y privados, el proceso penal no persigue la reparación civil, que se ha de conseguir por quien tenga derecho a ella, y, sobre todo, progresivamente sucesivas leyes han ido introduciendo en Inglaterra la obligada presencia del perseguidor (prosecutor) público, de manera que paulatinamente la preeminencia de la acción popular se va transformando en mero residuo. Y, continua GOMEZ ORBANEJA, citando a CESAR BRU, la inevitable crisis de la acción popular se plasma en el incuestionable efecto de la misma: "... desarrolló en Roma la raza de los delatores y en Inglaterra la industria del chantaje...". Por eso, como señala GARRAUD, la única manera de evitar que la utilización de la acusación se transforme en un oficio guiado por ignorados propósitos es que sea una "función" al servicio del Estado.

La implantación en España de la acción popular no ha gozado, como quizá algunos puedan suponer, del beneplácito de todos aquellos que han afrontado la eventual reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Proyectos de leyes de bases para esa reforma pertenecientes a muy diferentes momentos políticos (1919, 1932 y 1942) han coincidido en recomendar su supresión o, cuando menos, su limitación a grupos muy determinados de delitos. Por todas, y por el valor que le confiere el haber sido presidida por JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA, conviene recordar que la comisión Jurídica Asesora, que había adaptado el Código penal de 1870 a la Constitución de la República, redactó un Anteproyecto de Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya Base 1ª se decidía que la acción sólo había de corresponder a los directamente perjudicados por el delito, salvo disposición especial. Evidentemente esta recomendación no fué llevada a la práctica.

6.- Y llegamos así a la situación actual. La Constitución proclama el derecho a la acción popular, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido modificada en muchas cosas pero no en eso, y el Código penal, que podría modificar los conceptos de interés "privado" e interés "público" -por la vía de limitar la persecución del delito a la querrela del ofendido, como sucede, por ejemplo, en el estupro- no ha sido revisado bajo ese planteamiento, que, por otra parte, niega la condición de "perjudicado" al ciudadano en relación con la comisión de delitos contra determinados bienes jurídicos inicialmente colectivos.

La inmovilidad de la regulación de la acción popular ha dado lugar a conocidos despropósitos, absolutamente incomprensibles a la luz del derecho comparado, que tanto se invoca en otras ocasiones. Se ha podido presenciar como la casi totalidad de los procesos seguidos por aborto, y es un ejemplo, han nacido en virtud de acción popular ejercida por ciertas asociaciones u organizaciones de carácter religioso, pero de signo ultraconservador, al punto de que en esos enjuiciamientos la sola voluntad de esos grupos se ha impuesto a la de los padres biológicos e, incluso, a la del Ministerio Fiscal. Igualmente se ha podido contemplar el ejercicio de la acción popular en determinados supuestos delitos financieros o económicos por personas que en nada tenían relación con lo acontecido, ni como gestores de la empresa ni como empleados ni como contraparte en algún negocio, sino simplemente, fácil es imaginarlo, guiadas por un sentimiento de odio o venganza contra alguna persona o grupo. Y al servicio de tan subjetivo afán, que de otros modos podría calificarse, se pone la máquina o aparato judicial del Estado.

El panorama se completa cuando se engarza con la actual estructuración de determinados procedimientos penales. Hace años GOMEZ ORBANEJA denunciaba el peligro grave que a su acertado juicio suponía el que pudiera abrirse el juicio oral por el solo impulso de la acción popular, sin la con-

formidad o contra la opinión del Fiscal, y señalaba que debía de procurarse, cabe suponer que legislativamente, que nunca eso pudiera suceder. Y es evidente que ha de ser así, pues la decisión de enjuiciar no puede serle impuesta al Estado, y eso es así desde Rousseau y Montesquieu. Pero, como antes indicaba, los temores fundados de GOMEZ ORBANEJA hoy se han visto ampliamente desbordados por la realidad, merced a las normas sobre procedimiento abreviado, que en la particular interpretación de muchos jueces, a mi juicio desacertada, permite llevar al banquillo directamente a una persona con la sola fuerza de la acción popular, cosa que, por más que se quiera ensalzar demagógicamente, supone la desautorización de los órganos jurisdiccionales y acusadores del Estado. Y la gravedad de la cuestión aumenta por la conocida y notoria impunidad con las que estos hechos se producen, pues no se registran casos de ulterior procesamiento por acusación falsa o calumnia o, al menos, imposición de auténticas reparaciones civiles.

Por supuesto no voy a caer en la ingenuidad del jurista académico ignorando la politización que en la acción popular o en su uso se puede fácilmente constatar. Su ejercicio se presenta como un justo y legítimo modo de obviar, la en otro caso segura, apatía del Ministerio Fiscal; pero en realidad no es más que un instrumento de acoso político por más que se revista de alarde de civismo. Prosiguiendo en esta dirección del análisis cabría preguntarse si los redactores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 pudieron imaginar que la acción popular iba a ser puesta al servicio de la confrontación política o de cualquier aventurero que tuviera como distracción la provocación de actuaciones judiciales. Indudablemente ALONSO MARTINEZ acabaría también clamando el orteguiano “no es eso, no es eso”. A quién corresponde responsabilizar de que en España cualquier tensión política se resuelva ante los Tribunales, prescindiendo ahora de que haya un cauce procesal para hacerlo, es cuestión de gran interés, pero exponerla nos alejaría demasiado del objeto de estas páginas. Basta

con retener que, junto a casos aislados de ejercicio de la acción popular como manifestación de solidaridad con un perjudicado, o de sentimiento legítimo de una comunidad, la mayor parte de los casos conocidos no son otra cosa que impropios debates políticos, acosos de francotiradores o armas de entorpecimiento en manos de organizaciones o asociaciones supuestamente pías o luchadoras contra la corrupción.

Así las cosas, el jurista puede y debe preguntarse si eso es bueno para la vida colectiva, social y política, de los españoles, y si eso es bueno para el funcionamiento de la justicia penal, y si llega a la conclusión negativa, plantearse si no cabe modo alguno de superar esta situación. Creo que sí es posible lograrlo, y seguidamente expondré el razonamiento que lo permite y las conclusiones que se derivan.

7.- En primer lugar es obligado retomar el problema analizándolo como cualquiera otra cuestión penal; análisis que tiene como marco y método el dogmático y político criminal aplicado a la teoría del delito y la teoría de la pena. A esta clase de reflexiones deben incorporarse necesariamente las instituciones que formalmente pertenecen al derecho procesal, en el convencimiento de que sería grave dislate construir una estructura conceptual independiente y separada para el derecho penal material y el derecho penal formal o procesal, que es lo que sucedería si el sentido del bien jurídico y de la pena tuvieran una función metodológica diferente según se contemplara el delito o el proceso. Pero antes de proseguir es justo advertir que la discordancia habitualmente observada no puede imputarse aisladamente a penalistas o procesalistas, sino a unos y otros, que conjuntamente son responsables de que en el ámbito judicial la teoría del delito y la teoría del proceso hayan caminado por caminos independientes. Y a eso hay que añadir la ausencia de una valoración jurídico-constitucional de esos ámbitos del problema y de las decisiones que una legítima política criminal puede tomar en el desarrollo, en lo que ahora importa, del artículo 125 de la Constitución.

El artículo 125 de la Constitución, que acaba de mencionarse, dispone, como es sabido: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procedimientos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

De este precepto, prescindiendo del jurado, se deduce que:

- la acción popular sólo cabe en procedimientos penales.
- no cabe en todos los procedimientos penales, sino únicamente en aquellos que la ley determine.

La primera advertencia permitirá indagar sobre el sostén constitucional de la acción popular en determinados procedimientos administrativos, y que no debe confundirse en modo alguno con el derecho a denunciar infracciones administrativas. La segunda obliga a plantear qué procedimientos penales y en razón a qué consideraciones deben acoger la acción popular.

7.1.- Por supuesto, el mayor interés del problema se sitúa en la delimitación de los procedimientos penales que han de admitir la acción popular. En la actualidad sabemos que ésta no cabe en relación con aquellos delitos cuya persecución se reserva a la querrela o denuncia del ofendido (privados o semiprivados), que se reducen a los delitos contra la libertad sexual, el honor, y el abandono de familia y niños. En teoría, pues, todos los demás delitos admiten ser perseguidos en función de la acción popular, incluso en el caso de que el perjudicado no desee hacerlo, si bien en algunos supuestos la actitud del hipotético perjudicado, puede cerrar el paso a la acción popular, pero por razones bien diferentes.

Ante esta situación cabe plantear la primera gran cuestión: qué significado tiene el bien jurídico y su titulari-

dad en el derecho penal y cómo se manifiesta en el derecho procesal.

La contestación completa a esta pregunta requeriría por sí sola un enjundioso tratado, pues basta con recordar el volumen de doctrina dedicada al concepto y significación del bien jurídico. Como evidentemente eso no puede aquí ni siquiera resumirse habrá de bastar con tomar una idea “media” y “contemporánea” de lo que se tiene por bien jurídico: valor material o ideal, o situación o relación que por razones previas al derecho penal se juzga necesario someter a la protección del derecho punitivo, para que éste los tutele frente a los ataques más graves. Los ataques menos graves pueden confiarse a otras parcelas del derecho o simplemente al repudio social. Así, por ejemplo, el incumplimiento del contrato genera reacciones civiles, pero si medió engaño accederá al derecho penal como delito de estafa, y es curioso observar que mientras que lógicamente no puede plantear una demanda quien no es parte en el contrato, sí que puede teóricamente ejercer la acción popular por estafa quien no tiene nada que ver con el negocio criminoso, al margen de que ello sea infrecuente por no decir inverosímil. Los bienes jurídicos tienen “titularidad”, con independencia de que algunos de ellos puedan tener como titularidad a toda la ciudadanía, y, por lo mismo, a todos y cada uno de los ciudadanos. Tal ocurre, por ejemplo, con la preservación del orden constitucional o con la salud pública –dejando al margen el problema de las drogas y estupefacientes–.

La condición de titular del bien jurídico conlleva la de perjudicado por el ataque que contra el mismo se realice, si bien ámbitos de perjudicados pueden aumentarse hasta aquellas personas que teniendo un interés directo en el bien tutelado no son titulares inmediatos “físicos”, del mismo, cosa que sucede con ciertos bienes jurídicos de carácter esencialmente personal. En estos casos la titularidad inmediata y “preferente” del bien jurídico corresponden a la persona individual, la

que pierde la vida, sufre la agresión sexual o el agravio. Perjudicados por la muerte de una persona también sus parientes inmediatos, pero nótese que si bien éstos pueden ejercer la acción de perjudicados en el proceso penal, no podrían hacerlo contra la voluntad de esa persona si en lugar de muerto hubiera resultado solo herido, salvo que careciera de capacidad de actuar procesalmente (niños, incapaces). Pero suplir la capacidad procesal, cosa que pueden hacer también los padres del incapaz que sufre una agresión sexual o el Ministerio Fiscal, no significa que le corresponda a ellos la titularidad del bien jurídico ofendido.

De esta pequeña reflexión puede extraerse una también pequeña conclusión provisional: la regla inicial es que la capacidad de acción procesal-penal corresponde al titular del bien jurídico ofendido. Sus propios parientes no son titulares de ese bien, y su comparecencia en el proceso es por lo tanto excepcional. Más excepcional aún habrá de ser entonces en la incoación de un proceso por los extraños al hecho, que son todos los demás, dejando al margen la vieja idea de que el Estado es titular “mediato” de todos los bienes jurídicos, pues esa tesis, usada en la fundamentación del derecho de punir hace muchos años carece hoy de interés. Es Estado debe promover las mejores condiciones para la convivencia usando si es preciso castigos, pero para eso no ha de invocar ideas de titularidad, sino de servicio, manifestado a través del aparato jurisdiccional (sistema judicial), del Ministerio Fiscal, y de la Policía Judicial.

7.2.- El monopolio del castigo, eso sí, corresponde al Estado. Esto es así desde el contractualismo, y en cualquiera concepción del Estado que se defienda. Que el Estado haya de estar al servicio de los ciudadanos no significa en modo alguno, es más, sería inadmisibile, que imponga la pena “en nombre e interés del perjudicado”. El Estado “represor” no es un Estado “vengador”, como creen todos los que sustentan concepciones talionares de la pena, e incluso muchos de los parti-

darios de la pena de muerte. Por consiguiente, el que acciona el proceso penal, sea el perjudicado, el Ministerio Fiscal o un tercero, está disponiendo de esa acción, pero no de la pena. Sostener otra cosa llevaría a admitir que además del perdón del ofendido en los delitos solo perseguibles a instancia de parte, habría que crear el “perdón del accionante” para los demás delitos, cosa inimaginable, salvo los límites que impone el principio acusatorio, pues sin acusación no podría seguir el proceso. Además, el perdón del ofendido en delitos privados puede sobrevivir tras la sentencia, mientras que el principio acusatorio termina su función en ésta precisamente.

Por consiguiente los acusadores no disponen del derecho de castigar aunque “pidan el castigo”, y no lo tienen ni cuando el que acusa es el perjudicado, ni siquiera en los delitos privados, pues en estos la exclusión de la pena por perdón del ofendido obedece a razones de política criminal que no es el caso exponer aquí, pues nos alejaríamos demasiado. Tampoco modifica esta apreciación el que en la práctica el abandono del proceso por los acusadores particulares conlleve frecuentemente el sobreseimiento o del archivo del mismo. Este hecho, conocido, ha sido objeto de duras y justas críticas en cuanto supone una utilización del aparato judicial del Estado, que debe ser respetado y que es costoso, como instrumento de negociaciones entre particulares, aunque quizás convedría revisar el principio de actuación de oficio del Ministerio Fiscal. Pero en lo que ahora importa hay que tomar el dato jurídico teórico: el acusador no dispone de la pena, y unirlo al dato teórico-práctico: el perjudicado puede cerrar el proceso legalmente en ciertos delitos privados, y, en la realidad práctica, en otros muchos. En contados casos el Ministerio Fiscal puede oponerse al perdón del ofendido. Rara vez el Ministerio Fiscal se empeñará en la prosecución de un proceso que ya no interesa a los perjudicados. Y entonces surge la última reflexión, que late en la pregunta ¿puede o debe continuar un proceso, o incluso nacer, sin o contra la voluntad de los perjudicados y del Ministerio Fiscal? Y para contestar es imprescindible

recordar que no todos acceden al proceso desde el mismo interés, dentro de los que tienen relación directa o indirecta con el bien jurídico u obligación pública de actuar, y que, por lo tanto, los que no están en ninguna de esas posiciones –terceros no ofendidos por el delito– lógicamente deben subordinarse a ellos, y, por lo mismo, podrán sumarse al proceso, pero no imponérselo a quienes tienen un interés o un derecho preeminente.

Antes de continuar quiero subrayar una idea que late en estos últimos párrafos, que parten de ella y a ella irán: la acción popular está reconocida en el artículo 125 de la Constitución. Pero es en todo caso la legislación ordinaria (penal y procesal) la que debe establecer en qué clase de procesos cabe y bajo que condiciones y límites puede ejercitarse. Y aquí conviene recordar de nuevo el parecer de GOMEZ ORBANEJA, para quien lo más grave de la acción popular era precisamente que podía dar lugar a la apertura del juicio oral sin precederle acusación particular y acusación pública. Por lo tanto, un eventual reforma de nuestra legislación procesal debiera, en primer lugar, advertir que la acción popular es inviable si el perjudicado, en pleno uso y goce de sus capacidades, no desea proseguir o iniciar el proceso. Otra cosa será la necesaria revisión del concepto de perjudicado, de lo que después me ocuparé.

7.3.- ¿Y qué se puede decir de la acción popular ejercitada sin o contra el criterio del Ministerio Fiscal? Por supuesto tengo por inadmisibles el argumento demagógico o simplemente antigubernamental según el cual la acción popular salva a los españoles del incumplimiento sistemático de sus obligaciones por parte del Ministerio Fiscal. Tal razonamiento, estelar en la paupérrima dotación intelectual de ciertos análisis periodísticos, carece de toda validez científico-jurídica, y por la misma razón no se puede discutir sobre los límites al ejercicio de la acción popular en base a lo que a cada cuál le puede parecer la personalidad de los que la han ejercitado en casos

más o menos conocidos. Pero si de valoraciones u opiniones se trata, siendo todo respetable, tengo por más exacto que mientras que la institución de la acción popular ha tenido como grave fuente de peligros desde hace muchos años, dentro y fuera de España, la atribución al Ministerio Fiscal del deber de ejercer el principio acusatorio no tiene esa dudosa fama en la historia del pensamiento jurídico.

El principio acusatorio es, no se olvide, una garantía que alcanza el rango de conquista histórica, cuya plasmación como sabemos se produce con el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, que no sólo establece, sino que además lo atribuye en exclusiva al Ministerio Público. Esas son cosas diferentes: el principio acusatorio limita al Juez en su capacidad de indagar y de imponer penas, pues no puede instruir en otros delitos que aquellos que se postulan por la acusación —sin perjuicio de incoar las diligencias obligadas cuando se descubra, antes o durante la instrucción, un nuevo delito—, pero el monopolio acusador del Ministerio Público, en el sistema francés, significa que sólo éste puede formular acusaciones. Los ciudadanos denuncian ante el Ministerio Público, accediendo al proceso como parte civil si son perjudicados. Es verdad que la aparición del Ministerio Público es anterior al establecimiento del principio acusatorio. Nuestro país conocía a los Fiscales del Crimen mucho antes de 1882, y Francia introduce la obligada presencia de los Procuradores del Rey en la citada Ordenanza Criminal de 1670, pero ni unos ni otros afectaron a la subsistencia del principio inquisitorio, que proporcionaba al Juez libertad absoluta de actuación. Lo que en todo caso es cierto “históricamente” es que la aparición del principio acusatorio como “conquista” va ligada a la atribución de su ejercicio al Ministerio Público. Es más, el Código francés de Instrucción Criminal recogió en este tema un principio “doble” plasmado en las urgentes normas procesales que alumbró el período revolucionario, con lo cual no ha de quedar duda acerca de su origen.

La indicación de origen viene dada por la necesidad de clarificar quién es en nuestro sistema el garante del principio acusatorio ¿el Ministerio Fiscal o cualquier persona a través de la acción popular? Evidentemente esa tarea, y basta la lectura del artículo 124 de la Constitución, sólo corresponde al Ministerio Fiscal. Por lo tanto, sin perjuicio de que quién ejerce la acción popular pueda proseguir los mismos objetivos que obligatoriamente debe atender el Ministerio Fiscal, es lo cierto que el deber y preferencia constitucional han de ser exigidos y reconocidos a éste. Si esto es así estamos en condiciones de contestar a la cuestión inicial sobre si debe proseguir o existir proceso penal contra la voluntad del Ministerio Fiscal, quién formalmente representa la voluntad del conjunto de individuos organizados como Estado. Y la respuesta, a mi modo de ver, si se quiere ser coherente con lo expuesto sobre la prelación de acceso al proceso, debiera ser negativa. Es verdad que la acción popular tiene base constitucional, y también es verdad que la legalidad ordinaria puede determinar en qué delitos cabe y en cuáles no es admisible. Y en aquellos en los que sí se admita puede igualmente plantearse si esa admisión es “incodicional”. El artículo 19-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también advierte que la acción popular puede ejercerse en los “casos y formas” establecidos por la ley, lo que abre la posibilidad de fijar condiciones o límites, entre los que expresamente no se ha contemplado la oposición del Ministerio Fiscal, a la que teóricamente podría sumarse la del propio perjudicado. Ciertamente que en casos así es imaginable que el Tribunal acuerde el sobreseimiento u otro modo de concluir el proceso, pero conviene insistir en el peligro que entrañan ciertos procesos rápidos o la interpretación que de sus normas reguladoras hacen algunos jueces.

Si se contempla el problema desde otro ángulo, cosa que en lo que alcanzo a ver no se suele hacer, es posible recordar que el principio acusatorio, del que es responsable el Fiscal, supone lógicamente que sin acusación no hay proceso. Si el que debe velar por la legalidad (art. 124 de la Constitu-

ción), y así lo garantiza frente a los ciudadanos, se opone al proceso por estimar, por ejemplo, que el hecho no es constitutivo de delito, y pese a eso el proceso prosigue por la sola voluntad de un individuo que en modo alguno es depositario de la garantía, resultará entonces que el derecho constitucional a la acción popular se ejerce a costa de la violación potencial de la garantía de legalidad que pertenece al ciudadano acusado, si con la acción popular se somete a otro a la llamada “pena de banquillo” o al demérito de un proceso, efectos que ciertamente la ulterior absolución no puede remediar, como no puede tampoco resolver las consecuencias personales y de toda índole que el enjuiciamiento pueda conllevar. En los delitos absolutamente privados el Ministerio Fiscal actúa junto al ofendido, garantizando la pureza del proceso también para el acusado; mas la retirada del ofendido implica la del Fiscal, y su posición respecto al eventual delito hace que nos parezca lógico y comprensible que así sea, por más que tenga la obligación de promover la acción de la justicia. “Mutatis mutandis” podemos plantear si no sería lógico que en los delitos públicos la retirada Fiscal -la del perjudicado, formalmente, nada determina, aunque la realidad pueda ser otra- haya de obligar a la del acusador popular. A mi modo de ver así debería ser y no por ello se ofendería el precepto constitucional, pues se satisface con la concesión del derecho a la acción “que no equivale a soberanía sobre el proceso”. El tema creo que merece una discusión amplia, pero a mi juicio no puede en modo alguno sostenerse que se trata de una cuestión clara y suficientemente resuelta.

8.- La delimitación de los procesos en los que es posible el ejercicio de la acción popular es también tenida como cuestión resuelta, pero a mi modo de ver no es así. Lo único real es que en el derecho vigente la acción popular no es posible en determinados delitos, como varias veces hemos repetido. Los delitos privados aparecen como materia vedada a la acción popular; el resto de las infracciones en teoría la permiten. Pero la cuestión previa consiste en delimitar cuándo un

delito debe ser privado y cuándo público. El criterio tradicional reconoce bienes jurídicos de carácter íntimo o particular, cuyo titular es dueño de desear o no que las hipotéticas agresiones se ventilen ante los Tribunales. En el delito público, con independencia de que el titular inmediato del bien desee o no el proceso, el Ministerio Fiscal procederá a recabar la incoación del proceso, pues el ataque a ese bien perturba en todo caso a la comunidad. Con estas dos ideas se llega a lo que ya es una afirmación discutible: que solamente pueden ser “privados” los delitos que el “derecho vigente” dispone que lo sean (contra la libertad sexual, contra el honor, y el abandono de familia), como si ese elenco no pudiera aumentarse. Decir, y es un ejemplo, que una defraudación a través de cheque descubierto ha de perseguirse aunque no lo desee el que recibió el cheque creyendo que se le pagaba es algo carente de sentido, por no decir que es una hipótesis ridícula. Y eso mismo puede decirse en otros muchos casos. Por eso no es de extrañar que en otros sistemas -por ejemplo, el derecho francés- la gran mayoría de las infracciones patrimoniales no violentas y económicas sólo se persiguen a instancia del perjudicado. ¿Puede hacerse lo mismo en el derecho español? Evidentemente es una mera cuestión de decisión legislativa. Sustraer delitos como el aborto, los delitos societarios, los delitos financieros, los delitos patrimoniales, los delitos fiduciarios, por citar ejemplos, a la persecución pública -sea del Ministerio público o de un acusador popular-, es algo perfectamente realizable sin que por ello se ofenda a lo establecido en el artículo 125 de la Constitución, que en modo alguno declara la viabilidad de la acción popular en cualquier tipo de proceso penal.

De las anteriores consideraciones se deduce fácilmente que es imprescindible revisar el criterio diferenciador entre lo privado y lo público. Naturalmente que con ello, por resultar afectado el principio de persecución de oficio, puede llegarse a una revisión de la actuación del Ministerio Fiscal. Pero cualquiera que se acerque a la realidad podrá comprobar que la supuesta persecución por el MF de “todos” los delitos públi-

cos no es más que una declaración de principios prácticamente irrealizable, ante todo por el desinterés de los directamente afectados. E incluso puede plantearse si es justo y útil que el MF actúe en contra de la voluntad de los afectados, al margen de que no lo haga casi nunca. Y la respuesta creo ha de ser negativa. Cuestión diferente, por supuesto, es que el MF deberá ser siempre parte en el proceso iniciado, al margen de que no lo haya instado ni podido instar. Decidir qué delitos razonablemente han de excluirse de la acción popular es tarea que creo sencilla, y, en todo caso inaplazable.

#### *9.- La revisión del concepto perjudicado.*

Tan importante como reconsiderar que infracciones deben reservarse al impulso privado o de los directamente afectados es el revisar las ideas que se tienen sobre la condición de "perjudicado", condición que es imprescindible para el ejercicio de la acusación particular. Como es sabido, con relativa frecuencia se fuerza a acudir al ejercicio de la acción popular cuando se intenta comparecer en procedimientos por delitos contra bienes jurídicos de carácter social o comunitario. Un ejemplo facilitará la comprensión: el de los delitos contra el medio ambiente. El medio ambiente es, en principio, "de todos" (art. 45 de la Constitución). Si es así, las agresiones que contra él se produzcan han de tenerse como ataques contra un bien jurídico que pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos que gozan, disfrutan o soportan el ambiente, los cuales, en tales circunstancias, son indudablemente "perjudicados" por el hecho, y, en su virtud, deberían poder acceder al proceso en esa condición, y no a través de la acción popular, pues ésta por definición supone un desprecio o un desconocimiento del sentido del bien jurídico tutelado, y lo mismo sucede con los restantes designados como "derechos sociales constitucionales" que protege el derecho penal. Y, conviene repetirlo, para lograr un tratamiento adecuado en lo procesal para estos delitos no es necesario modificar en nada la legisla-

ción, sino interpretarla adecuadamente. No sucede lo mismo, en cambio, con la cuestión antes expuesta, dado que la revisión de lo que deben ser delitos privados exige modificaciones del derecho positivo penal, por más que éstas sean plenamente compatibles con los dictados constitucionales. La confluencia de ambas ideas arrojaría una consecuencia que creo deseable: reducción de la acción popular y ampliación de la acción de perjudicados.

9.1.- Naturalmente, la ampliación, o correcta interpretación, del concepto de perjudicado no puede incurrir en la ingenuidad de olvidar que también aquí acecha el problema del aventruerismo, forma coloquial de una especie de abuso de derecho. En el ámbito urbanístico y en el tributario la experiencia enseña que existe un espécimen humano dedicado a la extorsión o chantaje blandiendo como única y suficiente arma la acción popular urbanística o la denuncia anónima ante los organismos competentes de la Hacienda pública. Así se cumple el peor ejemplo de lo que acabó sucediendo en Roma o, más cerca, en Inglaterra.

Y ya se trata de una funesta consecuencia de la acción popular, sino del ejercicio de una acción que, en teoría, arranca de la titularidad del bien afectado. Los delitos urbanísticos, que pronto serán derecho positivo, encierran este problema, que a su vez heredan de la acción popular proveniente de la legislación sobre el suelo, y otro tanto puede decirse de los delitos relativos al medio ambiente, entornos naturales. En todos ellos es evidente que un cúmulo de ciudadanos sufren el ataque y otros no pueden sufrirlo más que en el terreno de los principios. Por ejemplo: la destrucción de un entorno por grave infracción de la normativa urbanística afecta realmente a todos aquellos que gozaban hasta ese momento y de manera constante de ese entorno, pero no a los que habitan a cientos de kilómetros, por más que éstos puedan sufrir solidariamente el ataque como propio (para esa generalidad del sentimiento está el Ministerio Fiscal); por lo tanto, sería excesiva la inter-

pretación que les otorgara la condición de perjudicados, amén de que abriría el portillo a los posibles abusos (chantajes) a los que tan dada es, mediante los precisos elementos, la condición humana. En resumen: en todo caso los Jueces deberán –otra cosa es que lo hagan– examinar no sólo la presencia de un bien jurídico perteneciente a toda la comunidad “lato senso”, sino además la realidad de la ofensa directa del ciudadano que solicita ejercitar la acción de perjudicados, que, salvo en delitos como los relativos al orden constitucional, no puede ser reconocida en lo procesal de modo indiscriminado a la totalidad de los ciudadanos.

### 9.2.- *Las personas jurídicas y la acción popular.*

Sorprende al observador la facilidad con que determinados jueces conceden el ejercicio de la acción popular a personas jurídicas de toda clase o laya. Desde las que se proclaman perseguidoras de malhechores y corruptos en nombre de una mística social que no engaña ni a los niños, hasta, simplemente, los partidos políticos. Conviene recordar, aún a riesgo de pesadez, que la acción popular nace históricamente, y se concibe constitucionalmente como un derecho “del ciudadano”. Tan es así que la Ley Orgánica del Poder Judicial llega a declarar (art. 19.1) que “los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular en los casos y formas establecidos por la Ley”. Con ello se excluye a los extranjeros, con lo que eventualmente puede planterarse algún problema dimanante de la incorporación plena de España a las Comunidades Europeas; pero indudablemente el concepto de “ciudadano español” no abarca a los partidos políticos o las asociaciones antes mencionadas, ni a ninguna persona jurídica en general.

Ciertamente es un tema atractivo el relativo al análisis de las razones jurídicas, políticas y sociológicas por las que en la España contemporánea se registra una cancerosa afición a

someter al arbitrio judicial las querellas políticas, o, por lo menos, utilizar los Tribunales como arma de acoso político. Tratar este tema sin recibir acusaciones de amor u odio por uno u otro partido político es muy difícil. Pero como quiera que ese es un pecado que han cometido "todos" los partidos sin excepción, desde los independentistas a la extrema derecha, puedo afirmar sin miedo a las críticas que eso es jurídicamente ilegal, y allá el Juez que lo admita, y políticamente catastrófico para el Parlamento y para el reparto de funciones constitucionales. La picaresca también ha hecho aparición en este campo, pues se valora la supuesta ideología de los jueces del territorio antes de apostar por el camino judicial. Y por esa línea es ya muy fácil llegar al preocupante descrédito de dos nobles artes: la Política y la Justicia.

Pero en lo que ahora importa lo imprescindible es reconocer que la acción popular sólo puede ejercerla el ciudadano individualizado, persona física. Y cualquier interpretación diferente es ajena al derecho positivo, así como a la historia de la institución. A buen seguro es una reflexión que no han hecho los Tribunales que admiten la personación de partidos u otras personas jurídicas.