

ACCIÓN POPULAR: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN, LOS EXTRANJEROS Y ENTIDADES JURÍDICO-PÚBLICAS

PEOPLE'S ACTION: SPECIAL REFERENCE TO FOREIGNERS AND LEGAL-
PUBLIC ENTITIES

Juan José Gonzalo Domenech

Universidad Miguel Hernández, Elche. España/Spain
jjgdjunior@gmail.com

Recibido/Received: 01/05/2017

Modificado/Modified: 30/06/2017

Aceptado/Accepted: 10/10/2017

RESUMEN

El presente artículo trata de explicar las cuestiones legales más polémicas que suscita la figura de la "acción popular", como son la posibilidad del ejercicio por las Administraciones Públicas y la exclusión del ejercicio a los extranjeros. Es necesario destacar la mala praxis judicial llevada a cabo por los tribunales a la hora de interpretar la acción popular según el tipo de persona que la ejerce.

PALABRAS CLAVE

Acción popular; extranjeros; legitimación; entidades públicas.

SUMARIO

1. Definición. 2. Naturaleza jurídica. 3. Legitimación. 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Personas jurídico-privadas. 3.3. Personas jurídico-públicas. 3.4. Extranjeros. 4. Conclusiones. Bibliografía.

ABSTRACT

This article tries to explain the most controversial legal issues raised by the Spanish People's action, such as the possibility of exercise by Legal-public entities and the exclusion of its exercise of foreigners. It is necessary to highlight the judicial malpractice carried out by the courts when it comes to interpreting the popular action depending on the type of person who exercises it.

KEYWORDS

People's action; Foreigners; Legitimation; Legal-public entities.

CONTENTS

1. Definition. 2. Legal nature. 3. Legitimation. 3.1. General issues. 3.2. Legal-private persons. 3.3. Legal-public entities. 3.4. Foreigners. 4. Conclusions. References.

1. DEFINICIÓN

La “acción popular” se considera un mecanismo por el cual los “ciudadanos” ejercitan la acción penal sin ser directamente el ofendido por el delito público, al contrario de la acción particular, que permite ejercer la acción penal si se es ofendido directamente; en defensa de la legalidad, o también como derecho a sostener la acusación en el proceso penal pese a que el actor no sea el afectado del posible delito (Manzanares, 2016:1).

Normalmente, esta figura es utilizada para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideran altamente reprochables (Aya, 2010:188), o de más amplia repercusión social, o la puesta en peligro de los bienes sociales tutelados por el Estado.

El *Código Procesal Penal* de 2012 lo definía como acción penal interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito y puede ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Debemos partir del art. 125 CE, donde se consagra este derecho diciendo: 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 procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (Constitución Española, 1978).

Los arts. 101 y 270 LECrim manifiestan este derecho, permitiendo a todos los ciudadanos españoles, ofendidos por el delito o no, ejercer la acción popular (Real Decreto, 1882), pero el ejercicio de la acción solo podrá hacerse cuando el delito sea público (STC 40/1994, de 15 de febrero), cuya afirmación es compartida con Castillejo (2010:49).

Tanto la acción popular como la particular derivan del derecho tutela judicial efectiva del 24.1 CE como indican las SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 137/1987. Pero el fundamento que otorga el TC es diferente en su STC 34/1994, donde dice que mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del artículo 125 de la Constitución Española, y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del artículo 24.1º de la Constitución Española, en cuanto que perjudicado por la infracción penal.

Uno de los requisitos para el ejercicio de la acción es la existencia de un interés subjetivo; un interés legítimo y personal más concreto que el necesario para constituirse acusación popular (STC 148/1994) y, por lo tanto, derivado del art. 24.1 y objeto de recurso de amparo en el caso de que se le negara derecho de acceso al proceso. Como dice Banacloche respecto a las SSTC 147/1987 y 41/1997:

... si el actor popular sostiene un interés subjetivo que se incardine dentro del art. 24, se le reconocerá el derecho de amparo sin ninguna limitación en su vertiente. Pero, en el caso de que ese interés sea solo general, solo podrá ejercer el recurso fundamentándose en el art 24.1 en su vertiente material, en lo referido a resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incuridas en error patente (2012).

Situación particular la creada en la Sala 2ª del TS en cuanto a la calificación de derecho fundamental o de configuración legal reconocido constitucionalmente, empezando por la

STS 702/2003, donde señala los caracteres de la acción popular, en la que lo califica de derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional.

Posteriormente, en la STS 1045/2007 conocida por ser la precursora de la *Doctrina Botín*, el TS viene a matizar –si no a desautorizar– la anterior sentencia realizando aclaraciones sobre la consideración de “derecho fundamental” en el sentido de que se debe entender como tal a los derechos recogidos en los arts. 14-29 y 30.2 CE, negando así el carácter fundamental del 125 CE.

Es cierto que en la STS 702/2003 (...) se afirmó que el derecho de acción popular es un derecho fundamental. La Sala, admitiendo que la cuestión probablemente no tenga una solución inequívoca en la jurisprudencia constitucional, estima necesario aclarar que la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE.

El voto particular de Julián Sánchez Melgar en la misma sentencia defiende la acción popular como derecho fundamental. Se basa en: 1) la derivación de acusador particular y popular por el art. 24.1 CE que se extraen de las SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 137/1987; y 2) la existencia de un interés común que sirva para sostener un interés legítimo y personal –como se dijo anteriormente– para que la acción popular se pueda defender en su dimensión procesal por el art. 24.1 CE (SSTC 147/1987; 41/1997; 50/1998 y 311/2006).

Recientemente, la STS 149/2013 ha admitido el ejercicio de la acción popular como un derecho de configuración legal, confirmando la postura de la STS 1045/2007, poniendo fin a las contradicciones del TS.

Por la parte que entienden la existencia de un verdadero derecho fundamental incardinado en el art. 24.1 CE, encontramos a Grande-Marlaska (2010) y Asencio Mellado (2015), entre otros (Arnaldo, González y Sieira, 2011).

Pero la postura doctrinal mayoritaria lo entiende como un derecho constitucional de configuración legal (Ferreiro, 2012; Richard, 2011; Muñoz; 2010). Giménez García en concreto llega a calificarlo de “derecho fundamental de configuración legal” (2009:319).

Como postura intermedia, Gimeno no llega a calificarlo de derecho fundamental, como un *ius ut procedatur* que afecta al principio de la tutela judicial efectiva, por lo que la práctica judicial no puede poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten (1993:89).

Observamos que no se encuentra en el catálogo de Derechos Fundamentales, pero el reconocimiento legal que obtiene la acción popular se encuentra en el art. 19 LOPJ (Ley Orgánica, 5/1985), por lo que sí existen argumentos para defender la consideración de derecho fundamental el ejercicio de la acción popular mediante el 24.1 CE. Si se quiere modificar la acción popular, en determinados aspectos como la restricción al ejercicio de la acción por la nacionalidad, debe hacerse mediante ley Orgánica, mecanismo reservado al desarrollo de los derechos fundamentales; aun así, el desarrollo del precepto es remitido a la LECrim.

En conclusión, debido a los argumentos presentados por la doctrina tanto jurisprudencial como académica, es complicada la consideración tanto como derecho constitucional de configuración legal como fundamental debido a la posición ecléctica que ha adoptado la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional (Jiménez, 2014:10).

Debemos decir también, antes de avanzar al siguiente apartado, que la acción popular es un derecho cívico que pertenece a los españoles –SSTC 241/1992 y de, STS Sala 2ª de 4 de marzo de 1995, entre otras, y recogido en la STS 702/2003–. Tal carácter será objeto de crítica en el apartado relacionado a la legitimación por los efectos que genera.

3. LEGITIMACIÓN

3.1. Cuestiones generales

Como “bien” estipulan los arts. 101 y 270 LECrim, la acción penal está reservada a los ciudadanos españoles ofendidos o no por el delito. Pero el contenido de esta definición ha sido alterado sustancialmente.

La principal limitación se encuentra en los arts. 102 y 103 de la LECrim (las personas que no gocen de la plenitud de los derechos por incapacitación legal –art. 200 CC–; los condenados dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia o querrela falsa...).

El legitimado para ejercitar la acción popular, no podrá ejercer la acción civil ya que si tuviere algún daño no debería comparecer como acusación popular, sino particular o, en su caso, como actor civil. A este respecto el TC ha declarado que: las posiciones de la acusación particular y la de la acusación popular no son idénticas, pues, de una parte, mientras el acusador particular, en cuanto perjudicado por el hecho delictivo, puede acumular el ejercicio de las acciones penales y civiles, la acusación popular debe limitarse necesariamente al ejercicio de la acción penal; de otra parte, la acción civil derivada del acto ilícito pertenece a la disponibilidad del perjudicado y éste puede renunciar a ella o excluirla del proceso penal ejercitándola separadamente (STC 193/1991, de 14 octubre).

El art. 113 LECrim permite al juez unificar las acusaciones populares bajo una misma postulación y asistencia jurídica si se cumplen determinados requisitos:

- 1) el interés de los querellantes, en el ejercicio de la acción popular es idéntico: que se actúe el *ius puniendi*,
- 2) los materiales objeto de enjuiciamiento son los mismos,
- 3) la persona del querrellado es la misma,
- 4) la calificación jurídica que ambas acusaciones populares postulan en la misma.

La doctrina que avala esta decisión se expone en exponente las SSTC 30/81, 193/91 y, sobre todo la 154/1997, en la que también se planteaba la pluralidad de acusaciones populares y la exigencia de una actuación bajo una misma dirección y representación. El momento de la acumulación debe hacerse una vez iniciado el proceso, y no durante la fase de instrucción o intermedia.

3.2. Personas jurídico-privadas

Se ha permitido el ejercicio de la acción popular a las personas jurídico-privadas a partir de la STC 241/1992 –estableciendo doctrina mediante las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 154/1997, de 29 septiembre y 50/1998 de 25 de abril– donde se realiza una interpretación extensiva del “término ciudadanos” con el argumento de si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a “todas las personas” tanto a las físicas como a las jurídicas” (STC 53/1983).

3.3. Entidades jurídico-públicas

Respecto a las personas jurídico-públicas, la STC 129/2001, de 4 de junio venía a denegar explícitamente posibilidad de que las personas jurídico-públicas ejerciten la acción popular, con una interpretación literal del art. 125 CE y una interpretación restrictiva del término “ciudadanos”.

Este precepto constitucional (el art. 125 CE) se refiere explícitamente a «los ciudadanos», que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (...) no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política (En el mismo sentido, las SSTC 64/1988, de 12 de abril; 91/1995, de 19 de junio; 197/1988, de 24 de octubre; 129/1995, de 11 de septiembre).

Fue esta sentencia la que abrió la “caja de Pandora” en lo que se refiere a extender el término “ciudadano”, cuando la STC 175/2001, de 26 de junio, se le permite otorgar el amparo en relación al derecho a la tutela judicial efectiva a un ente público siempre y cuando a) se encuentre en una situación análoga a la de una persona privada; b) cuando hayan casos en los que las personas públicas dispongan de acciones procesales para la defensa del interés común, y c) cuando sufran indefensión en el proceso. Todo ello se traduce en la extensión de los derechos fundamentales a tales entes entendiéndose que los derechos fundamentales son los derechos que prestan solidez jurídico-política al Ordenamiento constitucional español, tal como dice el voto particular de Jiménez de Parga en la STC 175/2001.

Tal giro doctrinal se consagró en la STC 311/2006 cuando la Generalidad Valenciana solicitó el amparo por negarle la personación en un proceso penal de violencia de género cuando la legislación de la CCAA permitía el ejercicio de la acción popular.

Otro caso similar lo encontramos en la STC 8/2008 de 21 de enero en la que el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a la Administración autonómica de Cantabria, a la que se había negado la personación como acusación popular, basándose en el mismo criterio expresado en la STC 311/2006.

Pero ese cambio de doctrina no se centra en la interpretación del término en cuestión, sino del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE a las entidades públicas. Basándose en la existencia de una norma autonómica procesal que legitima a las CCAA a iniciar el proceso mediante la acción popular.

La STC 67/2011, de 16 de mayo confirma la doctrina otorgando el amparo a la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer extendiendo de manera muy enrevesada y, sin admitirlo expresamente, el término “ciudadano” a la Administración. El TC se rinde al no poder aguantar la expansión terminológica de la que él mismo es víctima.

En definitiva, si el término –ciudadanos– del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse... en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular.

En el caso que trata la anterior sentencia, la Ley Orgánica de Violencia de Género en su art. 29 ni siquiera atribuye expresamente a la Delegación del Gobierno la legitimación para comparecer como acusación popular, obviando su excusa “comodín” y realizando una adecuación de la situación por contexto social y los objetivos de la citada ley expresados en su exposición de motivos, en los que cobra sentido la institución del Delegado especial del Gobierno.

La doctrina derivada de las SSTC 311/206 y 8/2008 vienen a decir que 1) permiten a las CCAA el ejercicio de la acción popular si existe una norma autonómica que lo autorizaba, y 2) otorga el ejercicio de la acción popular a las AAPP si hay una norma sectorial que lo faculte, pero la STC 67/2011 no exige una declaración taxativa.

Debemos analizar la competencia en materia procesal otorgadas por el art. 149.1.6º CE a las autonomías. En su último inciso, permite la entrada de las CCAA en materia procesal debido a las particularidades y necesidades especiales del Derecho sustantivo autonómico. Es entendible que esos términos se refieren a la plasmación de esas competencias en los Estatutos de Autonomía. Debemos destacar de forma muy importante que la competencia en materia procesal se encuentra recogido en el art. 47 del EACV.

Hemos de decir también, que la competencia en el derecho penal se reserva de forma exclusiva al Estado, por lo que impide a las CCAA legislar en materia penal sustantiva y procesal penal; siendo tales declaraciones interpretables entre sí.

La STC 159/1991 declara inconstitucional una norma autonómica que versaba sobre el reparto de competencias que afectaba a los tribunales penales. El TC analizó este caso desde la perspectiva del art. 149.1.6ª CE. Y la STC 243/2004 declaró inconstitucional mecanismos dirigidos al ejercicio de la acción penal respecto a menores infractores.

Es por ello, que deben declararse inconstitucionales todas las normas autonómicas que legislen en materia procesal sin que se recoja la competencia en su Estatuto de Autonomía, sea cual sea la materia objeto.

Richard rebate los argumentos que utiliza el TC para otorgar este derecho a las Administraciones públicas (2011):

1) Como primer argumento que utiliza el TC es el derecho *pro actione*, que consiste en no denegar la pretensión del sujeto por errores formales mediante una interpretación flexible de los requisitos, primando la cuestión de fondo que la forma. Nadie duda de su derecho de acceso y defensa de sus intereses; pero no para la defensa en nombre de todos de los intereses de algunos en concreto o de todos (Richard, 2011).

El primer límite que empieza a surgir para limitar esta explicación, STS 149/2013, desestima la posibilidad de ejercitar la acción popular por el Ayuntamiento y su Alcalde, que fueron apartados del procedimiento al comienzo de la vista oral, por falta de legitimación debido la interpretación sistemática de los arts. 124 y 125 CE, y que un derecho de participación ciudadana no puede pertenecer a un ente público territorial por las situaciones que puede dar lugar en la práctica.

Puede pues concluirse –con un destacado sector de la Doctrina– que de la lectura conjunta de los arts. 124 y 125 CE se desprende, sin mayor dificultad, que un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y que la acción pública penal solo corresponde al Ministerio Fiscal. Y, más aún, que la interpretación de la titularidad de un derecho constitucional tiene que depender de la propia naturaleza de ese derecho. De modo que, considerar que un ente público es titular de un derecho de participación ciudadana, es poco sostenible y puede llevar a conclusiones absurdas, tales como encontrarse participando, con la máscara de simple ciudadano, en el ejercicio de funciones que no le corresponden, como es -entre otras imaginables (como votar en unas elecciones o participar en un jurado popular)- la persecución penal de los delitos atribuida al Ministerio Fiscal, en representación de toda la sociedad.

De ahí que Alméjida desprenda dos motivos de la STS respecto a la imposibilidad del ejercicio de la acción popular por las personas jurídico-públicas: i) por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición,

cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal; y 2) por la afectación negativa sobre los derechos del acusado; ya que se tendría que enfrentar a varias entidades públicas (2016:5).

2) La imposibilidad de fiscalizar una norma postconstitucional en el ejercicio de la jurisdicción de amparo. El problema deriva de la propia STC 311/2006 recurrido en amparo; ya que no se juzga la constitucionalidad de una norma, sino la infracción de un Derecho Fundamental. Si se hubiese realizado la cuestión prejudicial pertinente, se juzgaría también la constitucionalidad del precepto. Este argumento es inválido *per se*. En el caso de que existiera una ley que vulnerara los derechos fundamentales, el asunto será elevado al pleno (art. 52 LOTC). Esos preceptos autonómicos deben ser declarados inconstitucionales por: a) vulnerar los derechos fundamentales al darse para sí un derecho restringido a la ciudadanía – que todos entendemos sin ninguna perversión del término–, y b) las Comunidades Autónomas no puede legislar en materia de legislación penal (tanto procesal como material) por ser una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE), como hemos analizado.

Estos argumentos son seguidos por la doctrina (Almécija, 2016; Richard, 2011; Domínguez, 2010; Muñoz, 2010; Juan, 2008; Pulido, 2008) y en el voto particular de Conde Martín de Hijas a la STC 8/2008.

En tal sentido mi criterio es el de que la Ley que ahora se trata (en su art. 18) no es conforme a la Constitución, porque invade un área de competencia exclusiva del Estado, ex art. 149.1.6.º CE, en tanto que reguladora de un contenido inequívocamente procesal, que además considero en sí mismo contrario al art. 125 CE. El derecho que en este precepto constitucional, y en coherencia con el mismo en el art. 101 LECrim., se atribuye a "los ciudadanos", no puede atribuirse por una Ley autonómica a quienes no son ciudadanos, sino órganos del poder público.

Como conclusión, por todos los argumentos anteriores debemos rechazar la legitimación subjetiva que poseen las Administraciones públicas para ejercer la acción popular.

3.4. Extranjeros

La acción popular es excluida a los extranjeros por los arts. 270 y el 19 LOPJ, en un alarde de argumentos contrarios a una sociedad globalizada. El vacío definitorio del art. 125 CE ha permitido restringir mediante Ley Orgánica y Ley ordinaria la acción a los españoles. No es excusa que la ley tenga sus orígenes en el S. XIX; ya que siempre existe la posibilidad de efectuar reformas legislativas.

Antes de aludir a los argumentos jurídicos, nos centraremos en el argumento nuclear por el cual aún se sigue apoyando la exclusión de los extranjeros: el derecho cívico. Se dijo anteriormente que la acción popular es un derecho que pertenece a los españoles; ya sean personas físicas o jurídicas.

[E]ntiende la Sala que tanto los arts. 101 y 270 LECrim., como el art. 125 de la Constitución legitiman para ejercer la acción popular a los 'ciudadanos'... (STC 241/1992). Debemos hacernos una pregunta: ¿son los extranjeros "ciudadanos"?

Nos remitimos a la RAE para buscar la definición de *ciudadano*, a lo que encontramos diversas acepciones (RAE, 2014):

1. *adj. Natural o vecino de una ciudad.*
2. *adj. Perteneciente o relativo a la ciudad o a los ciudadanos.*

3. m. y f. *Persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos políticos y sometido a sus leyes.*

Utilizando la última acepción presentada –ya que contiene términos muy adaptados a nuestro lenguaje– podemos deducir que es, también, una persona con un interés social en el colectivo donde se encuentra: se relaciona con los diferentes ciudadanos, actividades económicas, paga los impuestos correspondientes...

En definitiva, un “ciudadano extranjero” es un sujeto titular de derechos y obligaciones, como puede ser la obligación de pago de los tributos por el criterio de residencia como el IBI, que le hace tener un arraigo –otro más– en el Estado donde reside.

Siguiendo con los argumentos del Derecho tributario, si el extranjero disfruta de los bienes y servicios públicos que ofrece el Estado, es normal que deba contribuir al sostenimiento del sistema mediante la exigibilidad de tributos (art. 31.1 CE y art. 2.1 LGT).

Por lo tanto; si el que reside en una sociedad determinada tiene intereses sociales, es sujeto de derechos y obligaciones, colabora como miembro activo de la sociedad y está interesado en defender un interés colectivo, se le deben reconocer todos los derechos inherentes (entre ellos, a exigir justicia) que cualquier otro ciudadano puede exigir ya sea nacional o no del Estado, sin importar el interés que tenga con la nacionalidad que posea (Jiménez, 2014:62).

Es, incluso, contraria tal característica a la propia literalidad que emana de los arts. 19.1 LOPJ y 270 LECrim cuando utiliza el criterio de la nacionalidad para ejercitar la acción popular. Si seguimos considerando la acción popular como un derecho conferido a los ciudadanos en el sentido de “persona como miembro activo de un Estado”, los españoles residentes en el extranjero no podrían ejercitarla; puesto que no son ciudadanos del Estado español, sino de aquél tercero.

Si se sigue defendiendo que la acción popular es un derecho cívico, éste debe ser otorgado por la mera pertenencia al colectivo social —en este sentido, por la pertenencia a la sociedad española, entendiéndose como un conjunto de personas que participan de manera activa en el Estado español; siendo un término totalmente diferente al de “sociedad de españoles”—, indistintamente de la nacionalidad del sujeto. El criterio de nacionalidad es un criterio arcaico en un mundo globalizado donde la migración y la confluencia de diferentes culturas están a la orden del día, por lo que se debe avanzar a un modelo en el que prime el criterio de residencia.

Cabe recordar que la Unión Europea prohíbe en los arts. 2 y 6 TUE (Tratado, 2009) —éste último en relación con el art. 18 del Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con los arts. 6 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos— y el 18 TFUE (Tratado, 2009).

Podemos llegar a pensar que, siguiendo este argumentario, habría que discutir otra vez la compatibilidad del Derecho europeo con el art. 13.2 CE en relación con el 23 CE, que prohíbe el acceso a la función pública a los extranjeros. Pero ha sido una cuestión resuelta por el TJUE en reiteradas sentencias donde entiende que el ejercicio de determinados derechos está reservado a los nacionales del Estado un “conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses nacionales” (véanse SSTJUE 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74; 17 de febrero de 1980, *Comisión c. Bélgica*, 149/79; 22 de noviembre de 1995, *Ioannis Vougioukas c. IKA*, C-443/93; 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, C-473/93; 29 de octubre de 1998, *Comisión c. España*, C-114/97 (empleados de seguridad privada); 30 de septiembre de 2003, *Colegio Oficiales de la Marina Española c. Administración del Estado*, C-405/01).

Debemos tener en cuenta el estatuto de ciudadanía europea, el cual promulga la no discriminación y la igualdad de derechos para todas aquellas personas que ostenten tal estatuto. ¿Se podría pensar que un ciudadano europeo puede no tener la consideración de extranjero? La doctrina opina que sí (Manzanares, 2016; Echano, 2010; Giménez, 2009; Orduna, 2009; Mangas, 2008; Pérez, 1993). En concreto, Orduna se apoya en el art. 1 Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, define al extranjero como “toda persona distinta a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas” (2009:2). Pero la definición dictada por el Convenio se aplica únicamente en materia de libre circulación entre los territorios adheridos, no en los derechos que se otorgan a los extranjeros. Mangas, por su parte, equipara al *nacional comunitario* con el nacional, pero también referido en la libre circulación (2008:405).

Tenemos que recordar que la condición de nacional es un derecho perteneciente a la Soberanía, y que corresponde al Derecho interno (Draghici, 2010:262-263), como manda el Derecho internacional (art. 1 de la Convención de la Haya de 12 de abril de 1930 sobre determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes en materia de nacionalidad –Firmado, pero no ratificado por España–, art. 3.1 del Convenio Europeo sobre nacionalidad de 1997 y SCIJ *Nottebohm*) y por el principio de no injerencia en asuntos internos dictada por la Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía.

A todo lo anterior, debemos añadir la modulación realizada por las normas comunitarias, por las cuales, a través de las SSTJUE *Micheletti* y *Rottmann*, obligan a los legisladores de los Estados miembros a respetar las normas comunitarias en materia de nacionalidad (Miaja, 1987. Citado en Magallón, 2010:6) que, en opinión de Magallón, consiste una “intrusión indirecta del derecho comunitario en una competencia exclusiva de la soberanía” (2010:12).

Aunque debemos recordar que el estatuto de ciudadanía europea no otorga, en ningún momento, la nacionalidad del Estado miembro, podemos aceptar la ciudadanía europea como una relación que vincula a un sujeto físico a partir de su nacionalidad originaria.

En palabras más concretas de Ramírez-Escudero: *La ciudadanía europea es una criatura extraña. No define un vínculo jurídico-político en términos puros, sino una relación que vincula a un sujeto físico a partir de su nacionalidad originaria. Solo es ciudadano europeo quien tiene previamente un vínculo de nacionalidad con un Estado miembro, siendo esta unión, la tradicional entre el individuo y el poder del Estado, la que realmente resulta relevante* (2008:1).

El estatuto de la ciudadanía europea (arts. 20-25 TFUE) puede reconocer los derechos de un Estado mediante la igualdad de trato jurídica como primer objetivo del estatuto (Mangas, 2008:405) y la creación de unos derechos europeos comunes (Liñán, 2016:21; Salinas, 2014:102-103) cada vez más autónomos y ligados a la nacionalidad de un Estado miembro como segundo objetivo, pero no reconoce la nacionalidad. No otorga todas las competencias personales por parte del Estado hacia los poseedores del estatuto.

Pero no todo es inconcreción, sino que lo podemos considerar un estatuto intermedio. Son extranjeros con un estatuto jurídico-político propio reconocido en el TFUE y en el 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, excluyéndoles de la aplicación de esta ley (Árias, 2005:4).

Por lo que cabe distinguir dos tipos de extranjeros (Montero, 2014:1):

1) los europeos y “asimilados”, donde se incluye a algunos de sus familiares ascendentes y descendentes de primer grado, parejas de hecho y cónyuges, que se encuentran

bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE.

2) los extranjeros pertenecientes a terceros países de fuera de la UE, que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, comúnmente conocida como la Ley de extranjería.

La Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en Europa ya preveía esta concepción de distinción entre distintos tipos de extranjeros:

Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

El ejercicio de la acción popular no se otorga por la condición de “ciudadano europeo”, sino por la pertenencia y defensa de los intereses de la sociedad a la que pertenece; en concreto, de la sociedad en la que reside. Es posible que se dé el caso de que un comunitario residente en otro Estado miembro ejerza la acción popular, por el mero hecho de poseer la ciudadanía europea y sin un criterio que lo ligue a la participación en la sociedad española. La situación sería igual a la de un español en un tercer estado ejercitando la acción en España.

Volviendo a nuestro Derecho nacional, el reconocimiento de la acción popular para los extranjeros puede tener encaje en el actual ordenamiento jurídico si se defiende la postura de la acción como derecho fundamental derivado del art. 24.1; encuadrándolo en la doctrina expansiva de los derechos fundamentales del art. 13 CE y del art. 3.1 de la LO 4/2010 por las SSTC 99/1985 de 30 de septiembre y 107/1992 de 1 de julio. Si el art. 3.1 de la anterior ley dispone que los extranjeros tendrán los mismos derechos y libertades del título I de la CE, y si se defiende el art. 125 CE como una manifestación más del art. 24.1, se le debe extender este derecho también (Rego, 2005:437; Oromí, 2012: 63-65).

No podemos entrar a valorar argumentos económico-procesales para la no admisión del ejercicio de la acción por parte de los extranjeros como, por ejemplo, el colapso de la justicia o el mal uso que se puede dar a la acción particular. Si el legislador quiere limitar el abuso que produce la acción popular de forma adecuada y justa, podría comenzar por el contenido objetivo de la acción y, en los supuestos comentados respecto la legitimación por parte de las Comunidades Autónomas y Administraciones Públicas.

Un argumento utilizado para inadmitir el ejercicio de la acción popular es la existencia principio de reciprocidad en el Derecho internacional. Pero principio solo puede invocarse cuando hay coincidencia de instituciones jurídicas en terceros Estados. Si la acción popular es una institución peculiar del sistema legal español, solo compete al Estado a regular el ejercicio de la acción sin influencias externas.

Esta situación tiene grandes similitudes con la figura de la *cautio iudicatum solvi* (caución de arraigo en juicio) que promulgaba la antigua LEC de 1881, la cual obligaba a los extranjeros residentes a dar una caución por las costas que se pudieran generar en el juicio. En España se solicitaba esta caución en el caso de que, por el principio de reciprocidad, el

país de origen del extranjero solicitara una medida igual para los españoles. Esta figura era bastante común en los países de nuestro entorno, y objeto de enjuiciamiento por parte del TJCE (ahora TJUE). Esta medida fue declarada contraria al Derecho europeo sobre la base de la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación como bien dicen las SSTJCE *D. CH. y J. K. Hayes c. Kronenberger GmbH*, y *Data Delecta* (Aguilar, 1997; Milans del Bosch, 1997).

Así las cosas, podemos calificar esta exclusión como anacrónica e injustificada, impropia de un contexto social y global actual; y aún más en un país como España, que es ya conocido su papel como receptor de inmigrantes debido a su localización geográfica y sus antecedentes históricos.

Es necesario avanzar en una dinámica en la que el criterio de nacionalidad quede reducido a su esencia, teniendo que ser sustituido por un criterio más próximo al Estado como es la residencia.

4. CONCLUSIONES

Sin entrar a valorar los vaivenes que ha sufrido esta figura por las sentencias que derivaron en la doctrina Botín y Atutxa, observamos que es necesario una optimización legal de la figura para arreglar el daño causado por la jurisprudencia –interesada algunas veces– del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

La acción popular es una medida de defensa de la legalidad por parte de la ciudadanía que permite no solo su participación en la administración de la justicia, sino también en la representación de la sociedad. Sí las decisiones judiciales afectan a la ciudadanía, ésta tiene derecho a personarse y exigir justicia respecto a unos bienes y derechos que son comunes.

La jurisprudencia ha tratado injustamente tanto a los extranjeros (por defecto), por no haberseles reconocido los derechos que le son justos, como a las administraciones públicas (por exceso) al haberseles reconocido más derechos de los que se merecen. La discordancia de entre los máximos tribunales ha creado situaciones inimaginables como la consideración de “ciudadano” a una delegación especial del gobierno o la constitucionalidad de una norma autonómica que invade competencias exclusivas estatales.

Si se busca una limitación que ayude a reducir el uso abusivo de la acción popular, debemos quedarnos con el listado de delitos que fue redactado en el Código Procesal Penal de 2013 como ejemplo de eficacia a la hora de regular la figura, donde se permitiría el ejercicio de la acción en delitos como prevaricación judicial, los cometidos por funcionarios públicos, delitos de cohecho, contra el medio ambiente, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, M. (1997) “La -cautio iudicatum solvi- y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 1996 en el caso *_Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg C. MSL Dynamics Ltd._*”. *Diario La Ley*, tomo 1: 1-12.
- Arias Senso, M. (2004) “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”. *Diario La Ley*, 6160: 1497-1509.
- Arnaldo Alcubilla, E.; González Hernández, E. y Sieira, S. (2011) *Sinopsis artículo 125*, en: <https://goo.gl/yVoOTZ>

- Almécija, A. B. (2016) “Procedimiento penal. Intervención de los Ayuntamientos. Personación en las causas. El ayuntamiento en el proceso penal: su personación como acusación particular o popular”. *La Administración Práctica*, 7: 1-5.
- Asencio, J. M. (2015) *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Aya, A. (2010) “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”. *Cuadernos penales José María Lidón*, 7: 187-213, en: <https://goo.gl/zbaOta>
- Banacloche, J. (2012) “El futuro de la acción popular: límites”. En *La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI* (pp. 1-5). Madrid: Fundación Ramón Aceres, en: <https://goo.gl/9EKAmZ>
- Castillejo, R. (2010) *Hacia un nuevo proceso penal: cambios necesarios*. Madrid: La Ley.
- Constitución Española de 1978 (CE). Boletín Oficial del Estado, nº 311, 1978, 29 de diciembre, en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (consulta 28/12/2016)
- Domínguez, L. (2010) “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”. *Diario La Ley*, 7327: 1-23.
- Draghici, C. (2010) “Competencias personales del Estado”. En V. Sánchez (Dir.) *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens Editorial. pp. 261-278.
- Echano, J. I. (2010) “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?”. *Cuadernos penales José María Lidón*, 7: 155-187, en: <https://goo.gl/zbaOta>
- Ferreiro, X. X. (2012) “¿Hacia dónde camina la acción popular?”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 28: 1-24.
- Giménez, J. (2009) “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. *Eguzkilore*, 23: 317-331, en: <https://goo.gl/YMjHA3>
- Jimeno, V. (1993) “La acusación popular”. *Revista del Poder Judicial*, 3: 87-94.
- Grande-Marlaska, F. (2010) La acción popular-la acusación particular *Cuadernos penales José María Lidón*, 7: 237-253, en: <https://goo.gl/zbaOta>
- Jiménez, N. (2014) “La acción popular en el sistema procesal español”. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 2: 47-89, DOI: 10.7770/RCHDYCP-V5N2-ART738.
- Juan, R. (2008) “Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único”. *Diario La Ley*, 6897: 1-17.
- Ley Orgánica 6/1985 (1985) “Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)”. *Boletín Oficial del Estado*, nº 157, 1985, 7 de julio, accesible en: <https://goo.gl/Gz3wh2> (consulta 28/12/2016).
- Liñán, J. (2016) “Ciudadanía europea”. En J. M. Beneyto Pérez (Coord.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea (Tomo VIII)*, Pamplona: Aranzadi, pp. 21-45.
- Magallón, N. (2016) “La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad (Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2010)”. *Diario La Ley*, 7520: 1-15.
- Mangas, A. (Dir.) y González, L. N. (Coord.) (2008) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid: Fundación BBVA, en: <https://goo.gl/sxSk0D>
- Manzanares, J. L. (2016) “La acción popular”. *Diario La Ley*, 8772: 1-11.
- Miaja, A. (1987) *Derecho internacional privado*. Madrid: Atlas.
- Milans del Bosch, I. (1997) “Un paso más hacia la supresión de la *cautio iudicatum solvi* en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1997”. *Diario La Ley*, tomo 5: 1-7.
- Montero, E. (2014) “La extranjería en prisión. Las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero”. *Diario La Ley*, 8394: 1-19.
- Muñoz, F. J. (2010) “Situación actual del ejercicio de la acción popular. Especial referencia a la actuación de varias acusaciones populares bajo una misma postulación y dirección letrada”. *Aranzadi Doctrinal*, 10: 1-6.
- Orduna, B. (2009) “Derechos y libertades de los extranjeros. Perspectiva constitucional”, *Diario La Ley*, 7184: 1-22.
- Oromí, S. (2012) *El ejercicio de la acción popular*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez, E. (1993) “La Ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”. En M. Pérez González (Coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Homenaje al profesor Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, pp. 1123-1148.

- Pulido, M. (2008) “A vueltas con la Acción Popular (La problemática de su ejercicio por los Gobiernos de las CCAA)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1: 1-3.
- RAE (2014) *Diccionario de la Lengua Española* (Vigésimo tercera edición). Recuperado de <http://www.rae.es/drae/>
- Ramírez-Escudero, D. (2008) “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”. *Revista Española de Derecho Europeo*, 26: 1-13.
- Rego, M. D. (2005) *La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, en: <https://goo.gl/TltjLm>
- Richard, M. (2011) *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Salinas, A. (2014) “Los valores, los principios y la ciudadanía de la Unión Europea”. En Alcaide, J. y Casado, R. (Coords.) *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, pp. 87-110.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (2010) *Diario Oficial de la Unión Europea*, C-83-47, 2010, 30 de marzo, accesible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (consulta 28/12/2016)
- Tratado de la Unión Europea (TUE) (2010) *Diario Oficial de la Unión Europea*, C-83-13, 2010, 30 de marzo, accesible en: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (consulta 28/12/2016)

Breve currículum:

Juan José Gonzalo Domenech

Grado en Derecho de la Universidad Miguel Hernández y colaborador del área Derecho Internacional Privado de la misma universidad.

* Quiero agradecer a los profesores Alfonso Ortega Giménez y Olga Fuentes Soriano su ayuda, ánimos y apoyo depositado en mí para la redacción de este artículo.