

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 8/2010

*RECURSO CASACION N°:*693/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Voto Particular

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Civil y Penal.

Fecha Sentencia: 20/01/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMV

Contra Auto de sobreseimiento. Legitimidad de la acusación popular para solicitar, en solitario, la apertura del juicio oral. Doctrina de la Sala. Recurso de adhesión. Delito de desobediencia. Requisitos de la tipicidad. Vinculación a la doctrina del Tribunal Supremo. Valor de la jurisprudencia. VOTO PARTICULAR.

Nº: 693/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 13/01/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 8/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de LA

ASOCIACIÓN SOCIAL Y CULTURAL FORO DE ERMUA Y LA ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA, contra Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando LA ASOCIACIÓN SOCIAL Y CULTURAL FORO DE ERMUA representada por el Procurador Sr. De Diego Quevedo; LA ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA representada por el Procurador Sr. De Garandillas Carmona; y como recurridos Patxi López Alvarez y Rodolfo Ares Taboada ambos representados por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia; igualmente como recurridos Patxi López Alvarez y Rodolfo Ares Taboada ambos representados por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia; Juan José Ibarretxe Markuartu representado por el Procurador Sr. Juanas Blanco; Arnaldo Otegui Mondragón, Rufino Etxebarria Arbelaiz, Juan José Petrikorena Leunda, Fernando Barrena Arza, Olatz Dañobeitia Ceballos todos ellos representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, dictó Auto con fecha 15 de enero de dos mil nueve, en el Rollo de Sala 6/06 que contiene la siguiente **PARTE DISPOSITIVA:** "1º) *No ha lugar a retrotraer las actuaciones al momento de dictarse el Auto de 16 de octubre de 2007 por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación, interpuesto por la representación legal de los Sres. Otegi, Barrena, Etxebarria, Petrikorena y Sra. Dañobeitia contra el Auto del Juez-Instructor, de 26 de julio de ese año.*

2º) *Se declara el libre sobreseimiento de las actuaciones seguidas en esta causa contra D. Arnaldo Otegi Mondragón, D. Fernando Barrena Arza, D. Rufino Etxebarria Arbelaiz, D. Juan José Petrikorena Leunda, D^a Olatz Dañobeitia Ceballos, el Excmo. Sr. D. Juan José Ibarretxe Markuartu, D. Francisco López Álvarez y D. Rodolfo Ares Taboada, solicitado por el Ministerio Fiscal y la defensa de todos los acusados excepto el Sr. Ibarretxe, por falta de acusación legítima para*

el ejercicio de la acción penal, al haberla solicitado únicamente la acusación popular, con archivo de la causa una vez sea firme esta resolución, dejando sin efecto el auto de apertura del juicio oral.

3º) No ha lugar, por ello, a resolver el resto de cuestiones planteadas por las partes en la audiencia preliminar celebrada el 8 de enero de 2009.

4º) Se declaran las costas de oficio.

Modo de impugnación: mediante recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

Segundo.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de **la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y la Asociación Dignidad y Justicia**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de **la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua:**

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 851.6º de la LECrim., por quebrantamiento de forma.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., y 5 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional.

TERCERO.- Al amparo del art. 851.6º de la LECrim., por quebrantamiento de forma.

CUARTO.- Al amparo del art. 851.6º de la LECrim., por quebrantamiento de forma.

QUINTO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., y 5 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional.

SEXTO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., y 5 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional.

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., y 5 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional.

OCTAVO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de Ley.

La representación de **la Asociación Dignidad y Justicia:**

ÚNICO.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal y los recurridos del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Por la defensa del Sr. Ibarretxe Markuartu se alegó, como cuestión preliminar una pretensión de sobreseimiento por vulneración de derechos fundamentales ante la patente falta de tipicidad de los hechos.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de Enero de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto objeto de la casación es el dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de enero de 2009. La Sala ha tenido una integración de Magistrados ciertamente compleja dadas las recusaciones planteadas y admitidas. En el Auto recurrido se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones "por falta de acusación legítima para el ejercicio de la acción penal", en referencia a que el juicio oral fue instado solamente por las acusaciones populares personadas en la causa.

Son cuatro los apartados que hemos de considerar en la presente resolución. En primer lugar, la correcta integración del tribunal sentenciador, en el que analizamos los motivos planteados por la acusación popular Foro de Ermua; en segundo término, la disensión planteada respecto a la apertura del juicio oral, recurso formalizado por las dos acusaciones populares en el

enjuiciamiento; en tercer lugar, la procedencia o no de analizar el fondo del objeto del proceso, según ha sido planteada por la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento, Sr. Ibarretxe, y también por el Ministerio fiscal en su informe de impugnación. Por último, el análisis de la tipicidad de los hechos en el delito de desobediencia por el que se acusó. Sobre los cuatro aspectos hay una jurisprudencia firme y reiterada que será preciso traer a esta resolución para dar la respuesta adecuada a las pretensiones deducidas por las partes.

SEGUNDO.- Analizamos en este primer apartado del examen de la impugnación los motivos planteados por la defensa de la acusación particular Foro de Ermua que plantea cinco motivos, los primeros de su escrito de formalización, en los que discute la correcta integración del tribunal de enjuiciamiento.

1.- En el primero de los motivos denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.6 de la Ley procesal "al haberse admitido la recusación" de dos de los Magistrados integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El recurrente es consciente de que su queja no tiene el amparo legal que la ley prevé en el art. 851.6 de la Ley procesal, a cuyo tenor, podrá interponerse recurso de casación cuando hayan concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, se hubiera rechazado. Resulta patente que ninguno de los dos Magistrados a los que se refiere la impugnación concurrieron a dictar sentencia, pues su recusación había sido acordada con anterioridad. Por ello intenta que prospere el motivo desde una interpretación analógica del art. 851.6 de la Ley procesal penal.

El motivo se desestima. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide que pueda extenderse la recurribilidad de la sentencia a supuestos no expresamente previstos en la Ley procesal penal. Ese tratamiento de la previsión del recurso es acorde con las reglas de la lógica, pues la imparcialidad debe adornar a los Magistrados que integran el órgano de enjuiciar, es decir, a los llamados a ejercer la jurisdicción en el caso objeto del enjuiciamiento. Los requisitos de imparcialidad están previstos en la ley y aparecen objetivados en la ley procesal de manera que el Juez

imparcial es aquel llamado a la resolución del conflicto planteado en quien no concurren las circunstancias de abstención y de recusación previstas. Por tal motivo la Ley procesal permite la recurribilidad para las resoluciones de recusación intentadas y rechazadas y no para las acordadas, pues respecto a los Magistrados recusados ya no forman parte del órgano de enjuiciar y respecto de ellos no existe la causa de recurrir porque no han participado en el fallo que se recurre.

2.- En el segundo motivo reproduce la argumentación del anterior desde la perspectiva del derecho fundamental al juez predeterminado por ley y el derecho a un proceso con las garantías debidas. Arguye el recurrente que la indebida aplicación del instituto de la recusación, cuando no era procedente, ha conformado una Sala de enjuiciar distinta de la pertinente y con lesión del derecho que invoca en la impugnación.

La desestimación es procedente. El proceso de formación de las salas de enjuiciar parte de una previa conformación legal del órgano de enjuiciar y de una integración en las salas de los Magistrados que la componen. La Ley procesal y la orgánica del poder judicial prevén, respectivamente, arts. 54 y 219, una serie de causas de abstención y de recusación, las cuales serán de interpretación restrictiva (STS 14 de junio de 1991, entre otras muchas), que tienden a garantizar la imparcialidad de los miembros del tribunal tanto por la concurrencia de causas objetivas que pueden afectar a la imparcialidad como por la apariencia de parcialidad que su concurrencia puede comportar. En tales casos acordada la abstención y, en su caso, la recusación, de un Magistrado en la integración de una sala de justicia, esa decisión es irrecurrible y los Magistrados inmediatamente sustituidos por otros quienes integrarán la sala de enjuiciamiento respecto a los cuales ha de predicarse la imparcialidad en el ejercicio de su función. Desde la perspectiva expuesta la declaración de concurrencia de una causa de recusación no quiere decir otra cosa que la posibilidad de que la imparcialidad de un miembro del tribunal puede aparecer comprometida por la concurrencia de una causa objetiva que así lo establece y que su persona sea inmediatamente sustituida por otro Magistrado que conformará el tribunal imparcial al que las partes tienen derecho.

El tribunal constituido de esta manera es el tribunal predeterminado por la ley si en su integración se han seguido las normas del proceso debido, como así ha ocurrido en el presente supuesto al haberse actuado conforme a las disposiciones orgánicas y procesales aplicables, hasta el punto de que el recurrente no hace alegación alguna en sentido contrario, por lo que el derecho en el que fundamenta la impugnación ha sido observado.

Las alegaciones del recurrente sobre la no concurrencia de la causa de recusación aplicada son extrañas al derecho que invoca. Como dijimos anteriormente, el órgano que debía decidir sobre la recusación, así lo estimó y esa decisión es irrecurrible, al no haber llegado a formar parte del órgano de enjuiciar, en tanto que los nombrados en sustitución, han conformado un órgano imparcial de enjuiciamiento, como la ley procesal y la orgánica del poder judicial dibujan en la regulación del modo de integrar las salas. En todo caso, como pone de manifiesto el Ministerio fiscal en su impugnación al motivo, la lectura del Auto de 21 de mayo de 2008, dictado por la Sala especial del art. 77 de la LOPJ, que obra en el rollo de sala en sus páginas 626 y siguientes, es claro y correcto en la aplicación de la causa de recusación del art. 219.11 LOPJ, como el propio recurrente expresó al plantear la recusación de una tercera Magistrado que integraba la sala que participó en la admisión a trámite de la querrela, y resolvió los recursos de súplica, y los de apelación contra autos dictados por el juez instructor, lo que comporta un prejuicio sobre los hechos. Ese prejuicio sobre los hechos objeto del juicio resulta corroborado por el propio contenido de los autos y de los votos particulares, que dan idea del alcance y contenido de la deliberación existente entre los integrantes de la sala cuyos miembros fueron recusados y, por lo tanto, del prejuicio que tenían sobre los hechos. El remedio a la concurrencia de las causas de recusación se produce mediante la incorporación de nuevos Magistrados a la sala, conformando un tribunal imparcial al que se tiene derecho.

3.- En el tercer motivo denuncia el quebrantamiento de forma en el que se ha incurrido al rechazar la recusación instada por el recurrente del Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar. Señala el recurrente que había interesado la recusación de dicho Magistrado al incurrir en la causa de abstención nº 10 del art. 219 de la LOPJ, por tener interés directo o indirecto

en el pleito, habiendo sido rechazada esa recusación siendo procedente. Argumenta sobre la recusación pretendida sobre la base de pronunciamientos públicos del Magistrado sobre la ley de partidos, que consideraba inoportuna y de difícil encaje constitucional, sobre la constitución de una mesa de partidos con reunión de todas las sensibilidades políticas, y en un periódico había expresado su opinión favorable a las reuniones con Batasuna, partido político cuyas reuniones, afirma el recurrente, supusieron una desobediencia al Tribunal Supremo que lo había ilegalizado.

Para la desestimación del motivo forzoso es referirse al auto de 16 de septiembre de 2008 dictado por la Sala especial del art. 77 de la LOPJ y que obra en el rollo de sala, folios 764 y siguientes. La resolución, ampliamente motivada, permite conocer el alcance y fundamento de la decisión. Particular relevancia tiene en la convicción expresada el Auto del Tribunal Constitucional 81/2008, de 12 de marzo, que en un supuesto similar de recusación de un Magistrado del Tribunal Constitucional, afirmó, como doctrina de la recusación por este motivo, que "no cabe dar por sentado que la manifestación de opiniones mas o menos relacionadas con el objeto del proceso [constitucional] justifiquen sin mas la existencia de un interés directo en su resolución, salvo que mediante tales opiniones se desvirtúe la garantía constitucional de imparcialidad..." Para que ello suceda habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes y que estas permitan constatar objetivamente dicha manifestación de opinión como una toma de postura sobre el fondo del concreto proceso en el que la recusación se plantea (ATC 226/2002, de 20 de noviembre).

El tal sentido hemos considerado relevantes (STC 5/2004, de 16 de enero, AATC 226/2002, de 20 de noviembre, 61/2003, de 19 de febrero y 26/2007, de 5 de febrero) entre otras posibles circunstancias, si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado de este Tribunal o antes de haberse adquirido la misma; una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos anteriores al mismo, es decir, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso [constitucional]; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten y dejan traslucir; así como el grado de precisión, la amplitud o "el tenor, la contundencia y radicalidad de la opinión manifestada". Esta doctrina, puesta en relación con

el supuesto concreto de la recusación planteada sirve para corroborar lo acertado de la decisión adoptada en al instancia, pues el Magistrado, cuya recusación se instó, realizó esas declaraciones con anterioridad a la existencia del proceso, además, pertenece al orden social de la jurisdicción, por lo que sus posibilidades de intervenir en este objeto procesal eran remotas y sólo un cúmulo de recusaciones dio lugar a que fueran llamados a formar parte de la sala de enjuiciar. Las opiniones manifestadas expresan de forma general ciertas posiciones sobre un hecho que no es el propio objeto procesal al que fue llamado para integrar la Sala. Por tales motivos la recusación fue correctamente resuelta y ningún error cabe declarar.

4.- En el cuarto motivo de la oposición denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.6 al haber sido admitida la recusación del Magistrado Sr. Juan Luis Ibarra sin que hubiera dato alguno que apuntara a un interés directo o indirecto en la causa.

La desestimación es procedente con reiteración de cuanto dijimos en el numeral primero de este fundamento, referido a la posibilidad de recurrir un Auto que admite una recusación, añadiendo que en este supuesto el Magistrado al que se refiere la impugnación ni siquiera había sido llamado a enjuiciar la causa, limitando su participación a integrar la sala especial del art. 77 de la LOPJ para conocer de las recusaciones formuladas.

SEGUNDO.- En este segundo fundamento abordamos el núcleo de la disensión planteada por las acusaciones populares recurrentes. La Asociación social y cultural Foro de Ermua opone tres motivos, en tanto que la otra acusación recurrente, Dignidad y Justicia, opone un único motivo. En las impugnaciones, que serán analizadas conjuntamente, denuncian la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración del art. 125 de la Constitución, de los arts. 782 de la Ley procesal, y en todos alzan su queja casacional contra el sobreseimiento acordado al no considerar que la acusación popular, actuando en soledad, tenga capacidad para abrir el juicio oral con su intervención procesal.

La cuestión objeto de la censura es ampliamente tratada en el Auto recurrido, en los escritos de formalización y en los de impugnación del

Ministerio fiscal y las defensas de los imputados. En todos ellos se relacionan y se realizan interpretaciones, en ocasiones interesadas por la posición que respectivamente ocupan en el proceso, de las dos Sentencias de esta Sala que han interpretado el art. 782 de la Ley de enjuiciamiento criminal en su redacción dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre, SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril, que abordan la posibilidad de accionar en solitario la acción popular en el procedimiento abreviado.

Anticipamos que la oposición planteada será estimada con reiteración de cuanto hemos declarado en nuestra jurisprudencia, concretamente en las Sentencias anteriormente referenciadas, que contienen la doctrina de esta Sala sobre la interpretación del art. 782 de la Ley procesal penal.

Para la resolución de la impugnación hemos de señalar el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurisdiccional, la función que debe cumplir y el grado de vinculación de la doctrina jurisprudencial respecto a la función jurisdiccional de los tribunales. Para su concreción partimos de que toda norma aparece redactada en términos necesarios de generalidad y requiere ser interpretada por los aplicadores del derecho para darle su contenido a la situación concreta a la que se aplica. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la esencial función de aplicar la norma al hecho conflictivo sometido a su jurisdicción, vivificando la norma a la situación concreta que deben resolver. Además, la necesidad de procurar la uniformidad en la aplicación del derecho, como manifestación del principio de igualdad, implica que la interpretación que de la norma realice el Tribunal Supremo, órgano superior de la organización judicial y supremo intérprete de la legalidad ordinaria, aparezca rodeada de la exigencia de una cierta vinculación, horizontal y vertical respectivamente dirigida al propio Tribunal Supremo y a los órganos de la jurisdicción, para proporcionar la necesaria estabilidad al sistema y satisfacer la seguridad jurídica y las exigencias del principio de igualdad. Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales y poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la

satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas derivadas de la tensión dialéctica permanente entre el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. La vinculación, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con relación al supuesto objeto de la impugnación de las acusaciones populares, constatamos la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).

La motivación de esta doctrina se encuentra ampliamente desarrollada en las Sentencias antedichas y los recurrentes no interesan su modificación, sino que, por el contrario, instan la aplicación de esa doctrina y, en el sentido que resulta de esa doctrina, la casación y anulación del Auto recurrido. El Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la

acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva". Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral.

Los motivos, consecuentemente, se admiten para reiterar la doctrina jurisprudencial expresada en las SSTs 1045/2007 y 54/2008, cuyo contenido doctrinal se reproduce como fundamento de la estimación de la pretensión revisora.

TERCERO.- Analizamos en este fundamento la oportunidad de proceder a un examen del fondo del asunto sometido al enjuiciamiento ante el Tribunal Superior de Justicia.

Con lo anteriormente expuesto no terminan las cuestiones que se plantean en el presente recurso. La defensa del Lehendakari al tiempo de la resolución recurrida de forma expresa como cuestión preliminar, y el Ministerio fiscal de forma implícita en el escrito de impugnación, plantean un nuevo objeto del recurso. En efecto, el escrito de impugnación del Ministerio público, tras impugnar los recursos formalizados desarrolla el estudio de la cuestión de fondo del objeto del proceso para postular la confirmación del Auto recurrido, interesando el sobreseimiento de la causa por falta de tipicidad de los hechos de la acusación. La representación procesal del Lehendakari en el momento del enjuiciamiento de los hechos plantea, como cuestión preliminar a la impugnación, la vulneración de derechos fundamentales ante la falta de tipicidad manifiesta de la conducta objeto de la acusación. Ambas partes procesales desarrollan su argumentación con transcripción de resoluciones de esta Sala que en

supuestos coincidentes con el que es objeto de la acción ejercitada determinó la falta de tipicidad del hecho, y acordaron el sobreseimiento de la querrela presentada contra el Presidente del Gobierno. Los dos escritos argumentan sobre la lesión de los derechos fundamentales de los querrelados y acusados que se ven inmersos en un procedimiento penal, como acusados en el juicio oral, por unos hechos respecto a los que la Sala II del Tribunal Supremo, tanto con carácter general, al analizar el delito de desobediencia, como de forma específica, al analizar la tipicidad en el delito de desobediencia el mantenimiento de conversaciones con miembros de un partido ilegalizado, han establecido unos requisitos de los que resulta la atipicidad y la ausencia de relevancia penal de esas conversaciones, en los términos que se acusó. En ese sentido la falta de tipicidad es tan patente que estar sentado en el banquillo de los acusados, por hechos atípicos de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, lesiona los derechos fundamentales que invoca para pedir el sobreseimiento de la causa.

La pretensión de ambas partes sólo puede ser entendida como adhesión al recurso en el sentido amplio de la adhesión que propició la STC 50/2002, de 25 de octubre de 2002 y que ha sido recogido por la jurisprudencia de esta Sala en SSTs 205 y 250 de 2004 y STS 1618/2000, de 19 de octubre y en el Auto de 29 de marzo de 2001, en los términos que veremos. Estas partes procesales en el inicio del juicio oral plantearon el sobreseimiento de los hechos de la acusación, por falta de tipicidad. Ante la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia, sobreseyendo por falta de legitimidad de la acusación particular, carecen de gravamen para recurrir, porque el objeto procesal ha sido sobreseído con una argumentación que pueden no compartir, total o parcialmente como en el caso del Ministerio fiscal, pero el sobreseimiento acordado les impide recurrir por ausencia de gravamen. Recurrida la resolución de sobreseimiento por las acusaciones populares, postulan ante esta Sala, en tiempo procesal hábil, un nuevo objeto procesal, la pretensión de sobreseimiento por falta de tipicidad de los hechos y lesión de derechos fundamentales que ya fue mantenida por el Ministerio fiscal y la defensa de los querrelados en la instrucción y en el juicio oral. Esa pretensión la materializan en este recurso a través del planteamiento de un nuevo objeto procesal en la casación que contiene los elementos de la

adhesión al recurso formalizado por otra parte procesal, aunque formalmente no empleen ese término.

La situación producida por la pretensión de la defensa del Sr. Ibarretxe, y en menor medida por el Ministerio fiscal, puede ser solucionada desde la consideración de lo que deba entenderse por objeto del recurso de casación. El objeto del proceso penal es un concepto dinámico que se integra de forma distinta en cada fase procesal. Así, durante la instrucción, el objeto de la investigación lo proporciona la "notitia criminis" y los sucesivos hechos que a lo largo de la instrucción aparezcan con contenido penal para enmarcar la investigación judicial. En el enjuiciamiento, el objeto procesal lo determinan los escritos de calificación de las partes del proceso, de manera que la aparición de hechos nuevos en el juicio oral determinará, bien su inclusión en el proceso, si tienen conexión o la deducción del testimonio para su investigación y, si procediera, enjuiciamiento, teniendo previsto la Ley procesal, especiales prevenciones, arts. 746, 733, etc, que aseguran la observancia del objeto del juicio según las calificaciones de las partes. En la fase de recursos, el objeto se integra por las pretensiones de las partes que a través de sus recursos y de las impugnaciones delimitan el conocimiento del órgano jurisdiccional encargado del estudio del recurso, de manera que corresponde al recurrente, y en su caso al adherente, señalar el ámbito del conocimiento del recurso, qué es lo que recurre y por qué lo recurre, esto es, el ámbito que interesa a la parte recurrente cuestionar ante el órgano superior encargado de la revisión, el cual limita su conocimiento a los extremos interesados en la impugnación, deviniendo los restantes firmes, por no aparecer discutidos en la impugnación y aparecer al margen del objeto del recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la regulación de la adhesión en el recurso de casación en los arts. 861, 873, 874 y 882. En el primero, en su último párrafo, refiere que "la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan" y el art. 882.1, "Dentro del término señalado para la formación de la nota por el art. 880, el fiscal las partes se instruirán y podrán impugnar la admisión del recurso o la adhesión al mismo".

De la regulación de la adhesión resulta que pueden adherirse, y formalizar el recurso, aquellas partes del proceso penal que conforme al art. 854 de la Ley procesal estén legitimados para la preparación del recurso y su formalización, consistiendo la especialidad de la adhesión en que el mismo puede ser empleado por las partes que no hayan preparado el recurso de casación.

El principal problema que plantea la adhesión es el de señalar su contenido, respecto al que caben dos opciones: la de considerar que la adhesión es un recurso supeditado, coadyuvante y enconsertado al recurso principal al que se adhiere, o, por el contrario, la adhesión se plantea como una impugnación nueva, desvinculada a la del recurso principal sobre el que se ha estructurado.

La jurisprudencia tradicionalmente mantuvo una interpretación estricta estableciendo una vinculación de esa naturaleza con el recurso principal. Esta situación se modifica con la STC de 25 de febrero de 2002 que propició una nueva interpretación de la adhesión, y esa nueva jurisprudencia del Constitucional ha replanteado la posición del Tribunal Supremo, propiciando una salida procesal respecto a los supuestos, como el del acusado absuelto que sin estar de acuerdo con el hecho probado, carece de gravamen para recurrir, o en el de la acusación que no puede recurrir frente a una sentencia que condena de acuerdo a su pretensión, a pesar de una argumentación de la que discrepa, u otras situaciones que pueden producirse en casos resueltos con doble grado de jurisdicción. El desarrollo argumental de esta concepción de la adhesión al recurso se ha desarrollado en varias Sentencias, la 1618/2000, de 19 de octubre, y el posterior Auto de de 29 de marzo de 2001, la 205/2004, de 18 de febrero, la 250/2004, de 26 de febrero, la 797/2006, de 20 de julio, con el argumento destacado de "El objeto de la impugnación casacional se contrae al contenido de los escritos de formalización y el de impugnación en el que las partes pueden, y deben, expresar, respectivamente sus discrepancias con la Sentencia recurrida y con la impugnación e, incluso, reproducir ante esta Sala la disensión que en su día se articuló a través de la apelación realizada en previsión de una hipotética estimación del recurso planteado frente a una nulidad declarada.

Así, de esta manera, satisfaremos los derechos e intereses de las partes en el enjuiciamiento y la necesidad de resolver definitivamente el objeto del proceso en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales del orden penal en el que, como se dijo, se integra esta Sala como órgano jurisdiccional superior".

Esta interpretación se consolida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 27 de abril de 2005 en la que se plantearon tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión: la mas estricta, que limita la admisión de la adhesión al mismo sentido del recurso principal, es decir si coincide o lo apoya. La mas amplia, acogida por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que permitía la subsistencia de la adhesión aunque el recurso principal hubiera desistido. O una intermedia, recogida en la ley del Jurado (art. 846 bis b), al regular el recurso de apelación supeditado en el cual el desistimiento del recurrente principal pone fin a todo procedimiento y con ello al trámite de la adhesión. Se acuerda "admitir la adhesión en casación supeditada en los términos previstos en la Ley del Jurado, arts., 846 bis b), bis d) y bis e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Acuerdo ha sido desarrollado en la STS 577/2005, de 4 de mayo.

El análisis de la cuestión de fondo es solicitada de manera expresa por la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento, que planteó como "cuestión preliminar" la vulneración de derechos fundamentales y del principio de legalidad sobre la base de la falta de tipicidad de los hechos de la acusación que ha habían sido resueltos por el Tribunal Supremo ante una situación fáctica semejante y también por el Ministerio fiscal que concluye su alegato impugnativo reflejando su posición sobre el fondo del objeto de la acusación expresando la falta de tipicidad del hecho. De la "cuestión preliminar" y de la impugnación del Ministerio fiscal se ha dado traslado a los recurrentes, digamos principales, que han tomado conocimiento de las pretensiones deducidas y han tenido oportunidad de expresar lo que a su derecho conviniera. Por otra parte, la Sala ha tenido ocasión de visionar la documentación, videográfica, de los distintos momentos procesales en los que se pretendió el archivo y los recursos contra las denegaciones, así como los escritos de las partes sobre ese particular. En todo caso, la cuestión de fondo del objeto del proceso, la relevancia penal de las conversaciones con

miembros de un partido ilegalizado, es una cuestión puramente jurídica sobre la tipicidad de esos hechos en el art. 410 del Código penal.

Consecuentemente, la pretensión de sobreseimiento forma parte del objeto del recurso de casación, incorporado por la defensa de uno de los acusados y por el Ministerio fiscal, y su tramitación en el proceso de la casación ha permitido establecer la oportunidad de la contradicción, por lo que la cuestión ha de ser resuelta por esta Sala para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva impetrada.

CUARTO.- En este fundamento abordamos la pretensión de sobreseimiento por falta de tipicidad que ha sido planteada por el Ministerio fiscal y la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento de los hechos.

También sobre esta cuestión, el fondo del objeto procesal, existen pronunciamientos de esta Sala. Reseñamos como antecedente específico el Auto de esta Sala 13 de noviembre de 2006, dictado en la causa especial 20389/2006, y el posterior, resolutorio de la súplica de 21 de febrero de 2007, confirman la falta de tipicidad de los hechos pues "sería un fraude constitucional que alguien pretendiese mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en marcha de un proceso de la misma naturaleza, corregir la dirección de la política interior o exterior que el art. 97 CE encomienda al Gobierno democráticamente legitimado. En cuanto al delito de desobediencia del art. 410 del Código penal, baste decir que sin orden expresa no puede existir negativa abierta a su cumplimiento", ausencia de orden expresa que la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento incorpora a su escrito, folio 9, un testimonio de la certificación negativa emitido por el Secretario de la Sala del art. 61 de la LOPJ.

Esta doctrina alcanza una especial significación en el presente enjuiciamiento pues se trata de una resolución de archivo respecto a hechos sustancialmente idénticos a los que son objeto de la presenta causa. Así lo pone de manifiesto, el Ministerio fiscal, las defensa de los querellados y aparece igualmente expresado en los votos particulares de los Autos del Tribunal Superior de Justicia que han conocido de las peticiones de

sobreseimiento, en recursos de súplica respecto a los Autos de incoación del proceso, o de apelación respecto a las decisiones del Magistrado instructor de la causa. En las mencionadas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, no obstante, se establecen diferencias entre los supuestos de hecho. Así se afirma que el objeto del procedimiento seguido ante al Sala segunda del Tribunal Supremo era una querrela contra el Presidente del Gobierno y miembros del gobierno reunidos en Consejo de Ministros que habían autorizado reuniones con el partido ilegalizado Batasuna y que el delito imputado era el del art. 410 del Código penal, el delito de desobediencia de los funcionarios públicos, en tanto que el objeto de este proceso, el seguido ante el Tribunal Superior de Justicia, es la efectiva realización de entrevistas con el partido ilegalizado y la imputación es el delito de desobediencia del art. 556 como cooperadores necesarios del delito del que eran autores lo miembros del partido ilegalizado que acudieron a la reunión. De ahí, concluyen que teniendo en cuenta el diferente tipo de acusación, la distinta forma de responsabilidad, la doctrina anteriormente expuesta contenida en los Autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 y 21 de febrero de 2007, no sea de aplicación al presente supuesto. Estas pretendidas diferencias no son reales. El art. 410 es especial respecto al art. 556 Cp, dado los elementos especiales de autoría que prevé la tipicidad, por lo tanto de aplicación a los aforados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Además ambas figuras delictivas son homogéneas y presentan una estructura típica similar, por la que la exigencia de orden expresa, susceptible de desobedecida, forma parte de ambas tipicidades.

De otra parte y ya con carácter general, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las SSTS 285/2007 y 394/2007, por citar dos Sentencias recientes, destacan "el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera

que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde."

De la misma manera que cuando analizamos la legitimidad de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral, en este apartado de la impugnación, el análisis de la tipicidad del delito de desobediencia, es preciso actuar la vinculación de la doctrina jurisprudencial sobre el delito de desobediencia a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, en los términos que señalamos anteriormente. Así, el órgano jurisdiccional que pretenda discrepar de esa doctrina consolidada debe esforzarse en explicitar las razones de su disensión. Como antes expusimos las razones que expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al incoar la causa y conocer los recursos de súplica contra el Auto de incoación y contra los Autos del Juez de instrucción del Tribunal Superior de Justicia, y los dictados por el Juez de instructor, en los que señalan las diferencias entre la causa de la que conocen y la que fue objeto de conocimiento por la Sala II del Tribunal Supremo no son reales. Ya dijimos que el delito de desobediencia del art. 410 y del art. 556, ambos del Código penal, son homogéneos, participan de una estructura similar y, además, el art. 410 presenta un elemento especial de autoría que lo rellenan los aforados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, requiriendo un mandato expreso, concreto y terminante susceptible de ser desobedecido.

La doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la necesidad de una orden expresa susceptible de ser desobedecida, ha de ser aplicada al presente supuesto ante la identidad fáctica entra ambas situaciones, la que fue objeto de la causa especial cuya resolución hemos traído como antecedente y la que es objeto del procedimiento seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ratificando los límites de la jurisdicción penal en orden al control de la actividad política ejercida por el gobierno democráticamente elegido y al que compete la dirección de la política en el ámbito de sus facultades para las que ha sido elegido, sin que puedan ser, en

principio, criminalizadas las posiciones de diálogo para la búsqueda de la mejor opción de gobierno que garantice la ordenada convivencia social.

Estos requisitos de la tipicidad del delito de desobediencia no concurren en los hechos objeto del proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por lo que es preciso reproducir esa jurisprudencia para aplicarla al presente supuesto. Esa aplicación debió ser realizada por el tribunal de instancia, durante la instrucción de la causa, una vez comprobada la identidad fáctica de las situaciones sometidas a la jurisdicción de ambos tribunales y conocida la doctrina de la Sala II al respecto, como le fue puesta de manifiesto por las defensas de los querrelados y por el Ministerio fiscal, archivando la causa de trascendencia política y mediática, con grave deterioro de la función jurisdiccional en los términos que se reflejan en la propia resolución que ahora se impugna y se estima.

Consecuentemente, procede la estimación de la impugnación opuesta por la defensa del Lehendakari al tiempo del juicio oral.

QUINTO.- La estimación de los motivos opuestos, tanto los de la acusación popular, en lo referente a la legitimación de su actuación para abrir el juicio oral, como el planteado de forma adhesiva por la defensa del Sr. Ibarretxe, y el planteamiento en el mismo sentido del Ministerio fiscal, hace que no debamos realizar ningún pronunciamiento de condena en orden a las costas del recurso de casación, por lo que serán declaradas de oficio.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de **la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y la Asociación Dignidad y Justicia**, contra el Auto dictado el día 15 de enero de dos mil nueve por **el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal**, rollo de Sala núm. 6/2006, declarando la legitimidad de las mismas para solicitar la apertura del juicio oral, manteniendo el sobreseimiento libre de la causa por no ser los

hechos constitutivos de delito. Declarando de oficio las costas procesales causadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruíz

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

José Manuel Maza Martín

Alberto Jorge Barreiro

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:22/01/2010

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia nº 8/2010, de 20 de enero, que resuelve el recurso de casación 693/2009.

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre la restricción de la aplicación de la acción popular en el procedimiento abreviado, discrepancia que no afecta a la decisión final adoptada en el caso, toda vez que no sólo no excluye la legitimidad para recurrir de las acciones populares sino que la refuerza y acrecienta. Y como en lo que concierne a la atipicidad de la conducta de los imputados no tengo nada que objetar a la argumentación y a la decisión

adoptada por la mayoría, es claro que este voto particular no discrepa con la decisión final adoptada en la sentencia de la Sala.

La disidencia se circunscribe por tanto a la interpretación del art. 782 de la LECr. que hace la mayoría al acoger los criterios seguidos en las SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril. Los razonamientos discrepantes que vierto en este voto particular ya fueron expuestos en su día en otras resoluciones dictadas fuera de esta Sala, por lo que, en sustancia y por coherencia, he de reiterarlos en el presente caso.

1. El auto que ahora se recurre por las acciones populares acordó el sobreseimiento libre de la causa en aplicación del art. 782 de la Ley Procesal Penal, siguiendo la interpretación que de esa norma ha efectuado el Tribunal Supremo en la sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre. Se fundamenta, pues, en la tesis de que las dos acusaciones populares que figuran en la causa carecen de legitimidad para ejercitar la acción penal al no tener la condición de acusadores particulares y no formular acusación el Ministerio Fiscal. Ante la inexistencia de una acusación formalizada con arreglo a derecho, el Tribunal de instancia sobresee libremente la causa por razones procesales y libera de toda responsabilidad penal a los acusados sin necesidad de celebrar la vista oral del juicio.

Para fundamentar pues mi discrepancia se hace preciso examinar la doctrina que establecen las dos sentencias reseñadas de esta Sala. No sólo la que rompió moldes iniciando una nueva vía interpretativa que considero llamativamente heterodoxa, sino también la que, posteriormente, matizó la primera modificándola en algún aspecto sustancial, que en cierto modo venía a insuflar algo de vida a una acción popular que había quedado exangüe después del giro hermenéutico padecido con motivo de la primera resolución citada.

2. La sentencia de este Tribunal 1045/2007, de 17 de diciembre, que por la relevancia de las cuestiones a dilucidar fue dictada por el Pleno de la Sala, acoge una doctrina jurisprudencial que merma de forma sustancial el ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento procesal. La tesis que en esa resolución postuló la mayoría del Tribunal, confirmando la decisión adoptada por Sala 1ª de la Audiencia Nacional que dejó sin efecto el auto de apertura del juicio oral, se basó en el siguiente argumento nuclear: en el procedimiento abreviado, según la

redacción del art. 782 de la Ley Procesal Penal, no puede abrirse el juicio oral a petición sólo de la acusación popular; de modo que en los supuestos en que el Ministerio Fiscal y la acusación particular interesen el sobreseimiento, éste deberá acordarse imperativamente, aunque en el proceso se halle personada una acusación popular que, discrepando del criterio de las otras dos acusaciones, interese la apertura del juicio oral.

Las razones de la mayoría de la Sala se condensan sustancialmente en tres argumentos puntuales. El principal se apoya en la interpretación literal del art. 782 de la LECr., y los otros dos conciernen al derecho de defensa y al principio de celeridad en el procedimiento abreviado.

En cuanto al principio de legalidad procesal penal y a la interpretación del art. 782 de la LECr., considero necesario transcribir el contenido del precepto con el fin de esclarecer el debate:

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

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

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

*a) Podrá acordar **que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos**, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.*

b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días.

Pues bien, según la argumentación de la sentencia 1045/2007, “*es claro que el Legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el núm. 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el núm. 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los ‘directamente ofendidos o perjudicados’.* Por dos veces, por lo tanto —sigue diciendo la sentencia—, *no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos.* Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española y europea. Nada indica que el Legislador haya querido innovar conceptualmente al respecto”.

“*Por otra parte —añade la argumentación de la mayoría en esa sentencia—, desde la perspectiva de una interpretación subjetiva o histórica se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían ‘esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el acusador popular’*” (B. O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda Núm. 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa *quivis ex populo*, sin haber sido perjudicado por el delito”.

3. La debilidad de la argumentación de la sentencia en lo que atañe a este extremo concreto de la interpretación literal del precepto, queda puesta de relieve en los exhaustivos razonamientos de los votos particulares de los magistrados que discreparon de la decisión de la mayoría del Tribunal, e incluso en lo argumentado por algún voto particular que compartió la decisión mayoritaria pero no así la argumentación.

El análisis de los razonamientos de la sentencia permite verificar que la interpretación de la mayoría descontextualiza de forma ostensible el precepto

supuestamente innovador, acudiendo para ello a una interpretación literalista que contradice no sólo el texto general de la Ley Procesal Penal, sino también la regulación específica referente al procedimiento abreviado.

En efecto, en primer lugar, y tal como se expone en la argumentación de alguno de los votos particulares, debe subrayarse que la LECrim. sólo menciona la acción popular al referirse a ella con carácter general en el art. 270 (en relación con el art. 101), pero nunca la cita expresamente cuando contempla la tramitación procesal. Al regular los actos procesales en que puede intervenir la acusación popular la nombra siempre de forma indirecta o tácita, utilizando en unos casos la denominación de “*partes personadas*” (arts. 759.2º, 759.3º, 760, 779.5ª y 801); también la cobija bajo el sintagma de “*las otras partes*” (art. 762.5ª) o de “*las partes*” (arts. 785.1 y 789.2); y en otras ocasiones se vale de la expresión “*acusaciones personadas*” (art. 780.1 y 781.2), “*parte acusadora*” (art. 786.1) o “*partes acusadoras*” (art. 798.1).

Por consiguiente, cuando en el art. 782.1 el legislador utiliza la expresión “*acusador particular*” ha de ser interpretada en el sentido con que se emplea en otros preceptos de la LECrim., tanto en el procedimiento ordinario como en el propio abreviado. La interpretación que hace la sentencia 1045/2007 descontextualiza el significado de la norma y llega a conclusiones irrazonables, no sólo con respecto al conjunto del sistema del proceso penal, sino también dentro de la propia regulación del procedimiento abreviado. Y ello porque, de seguirse esa interpretación sobre el significado de la expresión “*acusación particular*”, habría que entender que cuando se refiere en el art. 783.2 a la “*acusación particular*” debiera quedar excluida la acusación popular, lo cual resulta realmente ilógico. Y en lo que atañe al procedimiento ordinario, en el caso de que no se entienda comprendida la acusación popular dentro del término acusación particular habría que expulsarla *de facto* de la tramitación del proceso (ver arts. 623, 627, 651 y 734 a 736). Pues bien, una interpretación de una norma que aboca a la incongruencia y que nos introduce en una vía sin una salida mínimamente razonable, hasta el punto de expulsar a las acusaciones populares en momentos estelares del procedimiento abreviado y del ordinario, nunca puede ser una interpretación idónea.

4. Y si el argumento de interpretación literal que se expone en la sentencia 1045/2007 quiebra ante una interpretación sistemática, contextual y teleológica de

la Ley, otro tanto puede decirse del argumento que la sentencia denomina *subjetivo* o *histórico*. En este caso se razona, tal como ya se apuntó, en el sentido de que el debate parlamentario giró en torno a las enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular —como representante del perjudicado por la acción delictiva— y el acusador popular” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, enmienda nº 133 respecto de la Ley 38/2002).

Pues bien, en este caso las razones en contra de ese argumento subjetivo o histórico se muestran determinantes. La sentencia 1045/2007 cita para justificar el cambio de criterio del legislador una enmienda presentada por Convergència I Unió y extrae conclusiones de la misma que van mucho más allá de lo que realmente pretende la propia enmienda, conclusiones que, además, contravienen sustancialmente el texto de la exposición de motivos de la Ley 38/2002.

En efecto, lo que pretende la enmienda es que precisamente en ese párrafo del art. 782.2, ante la equiparación que hace el legislador en todo el texto de la LECrim. de los términos acusación particular y acusación popular, se utilicen en este caso concreto las expresiones “ofendidos” o “perjudicados” por el delito para estrechar el perímetro del concepto de “acusación particular”, aplicándolo en su significado más propio o estricto. Lo cual tiene su lógica, puesto que sería absurdo que, ante la no personación de un acusador particular, se pretendiera llamar al procedimiento a todos los españoles que tuvieran interés en ejercitar la acción popular.

Por lo tanto, frente a la redacción del proyecto de Ley que empleaba el término “interesados”, la enmienda del Grupo Parlamentario Convergència I Unió propone la sustitución de ese vocablo por el de “ofendidos” o “perjudicados”. Y lo mismo hace el Grupo Parlamentario Vasco. En efecto, este grupo propone en su enmienda 56 sustituir la palabra “interesados” por “directamente perjudicados”, y argumenta para justificarla el fin de “evitar hacer un ofrecimiento erga omnes en delitos que atacan bienes jurídicos colectivos”. Más claro no se puede decir. Y en la misma línea se pronuncia el representante del Grupo Parlamentario Popular cuando propone una redacción transaccional que acoge las distintas propuestas a la hora de justificar la necesidad de la concreción del término “interesados” (sesión de 24 de junio de 2002).

Una cosa es, pues, la sustitución de la palabra “interesados” por la de “ofendidos” o “perjudicados” a los efectos de limitar la llamada formal a juicio de terceras personas cuando se retire del proceso el Ministerio Fiscal y no haya sujetos particulares personados, y otra muy distinta distorsionar ese objetivo concreto interpretando la norma en el sentido de que el legislador buscaba expulsar del proceso a los terceros “interesados” que se hallaran personados voluntariamente sin necesidad de citación procesal previa alguna.

No cabe por tanto extrapolar esa advertencia terminológica del apartado 2 —razonable y comprensible en el contexto de la norma— al apartado número 1 del mismo artículo 782. En primer lugar, porque el legislador no innovó los términos “ofendido” o “perjudicado” por el delito en ese primer apartado, sino que mantuvo en él íntegramente su redacción tradicional, y nunca se entendió que de ese apartado 1 quedaran excluidos los acusadores populares. Y en segundo lugar, porque en la propia exposición de motivos expone el legislador que la modificación relativa al art. 782.2 tiene el carácter de una modificación sistemática o de redacción, mediante la que *“se traspone al procedimiento abreviado la previsión, ya existente en el procedimiento ordinario, de hacerse saber la pretensión del Ministerio Fiscal a dichos interesados en el ejercicio de la acción penal”*.

Por consiguiente, si el propio legislador afirma en la exposición de motivos que se limita a insertar (*“trasponer”*, dice literalmente) en el procedimiento abreviado lo que ya consta en el ordinario, carece de sustento razonable la argumentación de la sentencia 1045/2007 cuando sienta como premisa que el legislador implanta un régimen totalmente distinto para la acción popular en el procedimiento ordinario y en el abreviado. No sólo no dice eso el legislador, sino que está diciendo todo lo contrario cuando, al referirse al contenido del art. 782.2 de LECr., afirma de modo concluyente que lo que pretende es trasladar al procedimiento abreviado lo que ya dice en la regulación específica del ordinario (ver art. 642 de la Ley).

A este respecto, es importante destacar que la finalidad de los arts. 642 y 643 de LECr. es la de no dejar en manos del Ministerio Fiscal la prosecución del proceso penal cuando existen ofendidos o perjudicados por el delito. Se trata, pues, de evitar que una actuación cuestionable del Ministerio Público solicitando el

sobreseimiento deje desprotegidos los derechos de unos ofendidos o perjudicados cuyos intereses estaban siendo tutelados hasta ese momento por el Ministerio Fiscal. Por ello se les llama al proceso para que conozcan la nueva situación y se les ofrece la posibilidad de que sean ellos los que prosigan con el ejercicio de la acción penal.

Esto quiere decir que cuando en los arts. 642 y 643 de la LECr. se emplea el término “interesados” se está haciendo también en este caso en el sentido de “ofendidos” o “perjudicados” por el delito, pues sería ilógico que fueran llamados como posibles acusadores todos los ciudadanos. Así lo avala el art. 643 de LECr. cuando ordena llamar por edictos a los interesados cuyo paradero fuere desconocido, previsión normativa que sólo puede entenderse interpretando el término “interesados” como perjudicados.

Lo que pretendió, pues, la reforma del art. 782.2 de LECr. de 2002 fue extender ese supuesto del procedimiento ordinario al procedimiento abreviado, pero, claro está, utilizando la terminología con un mayor rigor técnico, y así se expuso en las enmiendas formuladas al proyecto. Pero lo que no cabe, insisto, es valerse de esa nueva regulación establecida para tutelar con una llamada al proceso a los posibles acusadores particulares en sentido estricto para expulsar de la causa a las acusaciones populares que pudieran hallarse personadas.

Pero si ello no fuera ya de por sí un argumento sólido para desvirtuar las tesis relativas a la voluntad legislativa que se plasman en la sentencia 1045/2007, todavía consta otro a mayores en la misma dirección. Se trata de la total omisión en la exposición de motivos de cualquier referencia a una modificación legislativa que consistiría nada menos que en yugular prácticamente la intervención de las acusaciones populares en la fase de plenario, esto es, en el momento decisivo y culminante del proceso. La lógica de lo razonable nos lleva a pensar que si el legislador pretendía realmente con la reforma del art. 782.2 cercenar de forma sustancial la intervención de la acusación popular en el noventa por ciento de los procesos por delito (ese es el porcentaje que alcanza la aplicación del procedimiento abreviado), lo mínimo exigible es que lo anunciara en la exposición de motivos cuando alude a lo que denomina “*cambios de mayor calado*”. Máxime cuando el propio legislador admite expresamente que la mayoría de los procesos por delito se sustancian por los trámites del procedimiento abreviado.

Lo cierto es que en la exposición de motivos no se recoge ni una sola línea relativa a un cambio que pudiera afectar al núcleo del sistema procesal penal y a la mayor parte de los procesos por delito. Pese a ello, y desdeñando más de cien años de jurisprudencia en sentido contrario, la mayoría del Tribunal consideró que la interpretación literal de un inciso de un precepto era suficiente para abandonar los cánones de la interpretación sistémica, contextual y teleológica, y para acabar entendiendo lo que la ley no dice realmente. Es más, acude la sentencia 1045/2007 con la mayor naturalidad del mundo al argumento subjetivo de la voluntad legislativa cuando la exposición de motivos de la reforma legal sólo puede utilizarse realmente para afirmar lo contrario de la conclusión que termina obteniendo, y se utiliza a tal efecto la aprobación de una enmienda cuyo fin aclaratorio no pretende en modo alguno apartar a la acción popular del procedimiento abreviado, sino equiparar su regulación a la que ya tiene en el procedimiento ordinario pero con un mayor rigor terminológico.

No deja de resultar chocante que, pretendiendo el legislador con su reforma, según se expone en la exposición de motivos y en los trabajos parlamentarios, asimilar con la nueva redacción del art. 782.2 de la LECr. en un extremo concreto de la fase intermedia el procedimiento abreviado al ordinario, la jurisprudencia, basándose además en la propia voluntad legislativa, haya conseguido no sólo desigualar ambos procesos, sino incluso generar un auténtico cisma procesal de gran calado entre ambas modalidades de proceso en lo que respecta a la intervención de las acusaciones populares.

Así las cosas, no se puede compartir la afirmación de la sentencia 1045/2007 cuando, a modo de conclusión final, dice que “esa exclusión de la acción popular en el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una decisión consciente del legislador”.

Por lo demás, este Tribunal siempre ha tendido, en la medida de lo posible, a igualar las garantías procesales de los distintos procesos. Y así lo ha hecho cuando, con motivo de aplicar el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se pretendió aplicar un sistema probatorio diferente en el procedimiento por Jurado y en los ordinarios, intento que fue cortado de raíz horadando el sentido literal del referido precepto (ver SSTs 649/2000, 19-4; 1825/2001, 16-10;

1992/2001, 5-11; 1721/2002 ,14-10; 2049/2002, 4-12, entre otras). Y también se ha operado en la misma línea unificadora cuando se extendió al procedimiento ordinario el trámite del turno de intervenciones para cuestiones previas previsto expresamente en el art. 766.2 LECr. sólo para el procedimiento abreviado, para lo cual este Tribunal de Casación acudió al principio de unidad del ordenamiento jurídico y a la exigencia de equiparación de las garantías de las partes en ambos procesos (SSTS 2/1998 y 1287/2006).

Por ello, llama poderosamente la atención que al interpretar el art. 782 de la Ley Procesal Penal la sentencia 1045/2007 descontextualice el precepto y lo prive del sentido que fluye con mayor naturalidad en el marco de la ley, implantando dos sistemas procesales distintos en lo que respecta a la intervención de las partes acusadoras.

No es fácil por tanto hallar una explicación al giro copernicano que ha dado el Tribunal Supremo imponiendo una interpretación sin duda anómala de la norma procesal al operar de un modo poco ortodoxo con los cánones hermenéuticos. Y la explicación es todavía más difícil de entender si se leen detenidamente los votos particulares, a tenor de los concluyentes argumentos mediante los que la minoría del Tribunal va laminando paso a paso la argumentación jurídica de la sentencia mayoritaria.

A este respecto, es importante reseñar que los cánones y métodos de interpretación deben proporcionar un grado notable de certeza, seguridad jurídica, calculabilidad y previsibilidad en las decisiones judiciales. De modo que el justiciable pueda contar con aplicaciones congruentes y sistemáticas de las normas, para poder ajustar así su conducta a las previsiones normativas sustantivo materiales y procesales que impone el legislador. Y lo cierto es que la interpretación de la sentencia 1045/2008 ni siquiera fue atisbada por los manuales más al uso de derecho procesal penal que se publicaron a partir de la reforma del año 2002.

5. De otra parte, y en lo que respecta al argumento concreto de la celeridad, poco se puede decir sobre él dada la insustancialidad de su contenido. Cuando se enarbola el argumento de la aceleración procesal es que quiebran los razonamientos

de las premisas mayores. Sí conviene no obstante hacer un par de apostillas para evidenciar la inoportunidad de traer a colación en este caso la tesis de la celeridad.

En primer lugar, hablar de celeridad en un procedimiento en el que se pueden imponer penas de hasta nueve años de prisión es un contrasentido. Y además supone obviar que por la vía del procedimiento abreviado se tramitan procesos que en un número muy importante de casos alcanzan una mayor complejidad que los que se sustancian por el trámite ordinario.

Y en segundo lugar, la febleza del argumento de la celeridad procesal queda evidenciada al ponderar que las acusaciones populares seguirán interviniendo en lo sucesivo en la fase de instrucción. Si se repara en que esta fase es la que dilata de forma excesiva el proceso penal y no la fase intermedia ni la de juicio oral, queda comprobado que la aceleración poco tiene que ver con los problemas que se dilucidan con el destierro de la acción popular.

Y para verificar lo que se afirma sólo se precisa traer a colación el dato concreto de que la instrucción en el proceso por delito fiscal y falsedad de la Audiencia Nacional que examina la STS 1045/2007 duró un periodo de diez años, desde el año 1992 al 2002, en el que se dictó el auto de transformación del procedimiento. Poco se va a solventar pues en el capítulo de la celeridad de los procesos si las acusaciones populares van a seguir interviniendo en la fase que más dilaciones genera.

6. Por último, y en lo concerniente al argumento del voto mayoritario de la STS 1045/2007 relativo a la tutela del derecho de defensa de los acusados, es claro que la intervención de las acusaciones populares poco tiene que ver con la restricción del derecho de defensa. Pues si los acusados van a poder formular las alegaciones y aportar las pruebas que estimen pertinentes contra las imputaciones de las diferentes acusaciones, no se entiende cómo se puede cercenar en estos casos el derecho de defensa. Y si la sentencia quiere referirse con ello a que al incrementarse el número de acusaciones tienen que acentuar los acusados su esfuerzo defensivo, ello sucede siempre que concurren varias acusaciones particulares en un proceso y nadie considera mermado por ello el derecho de defensa. El problema se centra entonces en determinar si las acusaciones se hallan legitimadas o no para intervenir, pero una vez que sí lo están el derecho de defensa

aparece salvaguardado siempre que no se le limite a los acusados su derecho a contraargumentar y a contraprobar.

Resulta, por lo demás, paradójico que se acuda al argumento cuantitativo para garantizar el derecho de la defensa de los acusados equilibrando numéricamente las partes precisamente en un proceso como el que dirime la sentencia 1045/2007, en el que figuraban sólo dos partes acusadoras y varios acusados, que, en principio, no denotaban una posición de inferioridad. Tampoco parece, pues, oportuno en este caso un argumento que orilla los criterios cualitativos como definatorios del derecho de defensa para enfatizar el aspecto cuantitativo del número de acusaciones que incriminan a los acusados.

Resumiendo, pues, no puedo compartir los razonamientos plasmados por la mayoría del Tribunal en la STS 1045/2007 porque:

a) Contiene una interpretación del art. 782 de la LECr. que descontextualiza sustancialmente el precepto, se opone de forma ostensible al criterio de la interpretación sistemática, deja innominada a la acusación popular en varios preceptos de la ley y contradice el espíritu y el fin de la norma procesal, además de sortear la voluntad legislativa.

b) Instauro dos modelos procesales de acusación, uno para el procedimiento abreviado y otro para el ordinario, rompiendo así la unidad del ordenamiento jurídico procesal, con lo que contradice numerosos precedentes en los que esta Sala se orienta por ese principio unificador y veda los intentos de desigualar las garantías procesales en los distintos procedimientos. En este caso, rizando un poco el rizo, la fragmentación procesal se lleva hasta el extremo de imponer dos regímenes jurídicos para la intervención de la acusación popular dentro de una misma causa: uno para la fase de instrucción y otro distinto para la de juicio oral.

c) Contraviene el principio *pro actione* como criterio orientador de interpretación de las normas que regulan la intervención de las partes en los distintos procesos, a tenor de numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

d) Desnaturaliza el concepto del derecho de defensa con criterios cuantitativos ajenos a la esencia de ese derecho y a la forma en que debe operar en el proceso penal.

e) Por último, se vale del principio de celeridad para fundamentar la exclusión de la acusación popular en la fase de juicio oral cuando las dilaciones procesales se centran fundamentalmente en la fase de instrucción, en la que seguirá interviniendo como parte personada la acusación popular.

7. Como era previsible, una interpretación tan singular de una norma procesal penal no podía tardar en ser autocuestionada por el propio Tribunal Supremo. Y así, en menos de dos meses se deliberó y dictó una segunda sentencia en la que, en alguna medida, se desactivaron las consecuencias de la resolución anterior.

En efecto, en la STS 54/2008, de 8 de abril, se decidió el recurso de casación interpuesto por el sindicato de funcionarios “Manos Limpias” contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que absolvió a Juan María Atutxa, a Gorka Knorr y a María de la Concepción Bilbao del delito de desobediencia previsto en el art. 410 del C. Penal, imputación delictiva que se basaba en el incumplimiento de los requerimientos que le dirigió la Sala Especial del Tribunal Supremo al Presidente del Parlamento Vasco, miembros de la Mesa y Presidentes de las Comisiones Permanentes con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada el 23 de marzo de 2003, en la que el Tribunal declaró ilegales y acordó la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

En este caso el Tribunal Supremo consideró, a diferencia del supuesto contemplado en la STS 1045/2007, que la acusación popular se hallaba legitimada para instar la apertura del juicio oral contra los acusados, a pesar haber solicitado el sobreseimiento el Ministerio Fiscal y no concurrir perjudicados directos ni ofendidos por el delito.

En los argumentos nucleares de la nueva sentencia se afirma que *“la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como **punto de partida la diferencia entre el supuesto que***

*allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, **no agota el interés público** que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal”.*

Y más adelante, se argumenta en la propia sentencia que *“La posición de la acción popular en el proceso, ligada al estatus de parte, **no puede ser degradada hasta el punto de condicionar su legitimidad para obtener la apertura del juicio oral, al hecho de que el acusador particular acepte, a última hora, la invitación al proceso que le formula el Juez instructor. Esa limitación no se desprende, desde luego, de la literalidad del art. 782.1** que, como venimos repitiendo, contempla una doble petición de sobreseimiento, la emanada del Ministerio Fiscal y la interesada por el perjudicado por el delito”.*

*“...Si el Fiscal insta el sobreseimiento, condicionar la capacidad de la acción popular para obtener la apertura del juicio oral a una previa petición coincidente con la suya, emanada del perjudicado por el delito, conduce a situaciones imprevisibles. De entrada, convierte el hecho contingente de la presencia o ausencia del perjudicado en el proceso, en un presupuesto habilitante para que una de las partes pueda desplegar todas las posibilidades inherentes a su estatus. Además, **otorga la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable cuando se trata de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales.** Y es precisamente en este ámbito en el que se propugna el*

*efecto excluyente, donde la acción popular puede **desplegar su función más genuina**. Tratándose de delitos que afectan a **bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual**, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los **intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público**”.*

*...Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. **El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal**”.*

La tesis por tanto que se sostiene en esta sentencia se sintetiza en que sólo quedará excluida la acusación popular del proceso en los casos en que hayan comparecido como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y un perjudicado directo por el delito. De no ser así, y ya se deba ello a que la naturaleza del delito impida la existencia de perjudicados o a que éstos no se han personado en el procedimiento, la acusación popular sí estará legitimada para actuar autónomamente como única parte acusadora.

También debe subrayarse que en esta segunda sentencia la mayoría enfatiza el hecho de que los acusadores populares defienden a través del ejercicio de la acción popular el interés social o interés público, defensa que adquiere especial relevancia en los supuestos relativos a delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o de titularidad colectiva.

Pues bien, en el análisis de la STS 54/2008 se aprecian algunas contradicciones con respecto a la primera (STS 1045/2007), pudiendo afirmarse que se ha constituido una segunda mayoría de forma cuando menos anómala. En este sentido, se observa cierta contradicción entre las argumentaciones que asumen los magistrados integrantes de la mayoría de ambas sentencias, pues no parece compatible mantener íntegramente los razonamientos de los votos mayoritarios de ambas resoluciones. Veamos por qué.

a) En primer lugar, porque la mayoría de la primera sentencia acogió como uno de sus argumentos nucleares el de que “la cuestión que aquí se plantea se relaciona con el método interpretativo, y, en particular, con la cuestión de carácter cerrado o abierto de las enumeraciones legales; en este caso *se trata de la enumeración de quiénes están autorizados a solicitar por sí la apertura del juicio, que se desprende del art. 782.1 LECr.*”. Y a continuación el voto mayoritario aplica el principio del “*expresio unius es exclusio alterius*” para concluir que sólo están legitimados para solicitar la apertura del juicio oral el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y no la popular (apartado 13 del fundamento primero).

Sin embargo, si se suscribe ese criterio de interpretación del art. 782.1 LECr. en la primera sentencia, parece claro que no puede sostenerse en la segunda que sí está legitimada la acusación popular para pedir la apertura del juicio oral como única parte acusadora, dado que el argumento de la primera sentencia se fundamentaba en que no consta “enumerada” como parte legítima en el referido precepto para formular tal solicitud.

b) También se incurre en una notable contradicción al sostener en la primera sentencia que cuando concurren como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y un perjudicado como acusador particular, el primero defiende el interés público o el interés social y el segundo el interés individual de la víctima, y se matiza que tal concurrencia justifica la exclusión de la acción popular; y, en

cambio, en la segunda sentencia se argumenta que cuando no se persona el perjudicado directo a defender el interés individual, revive o renace la posibilidad de intervención de la acusación popular como defensora del interés social o público. Y es que entendemos que carece de un fundamento coherente con la premisa de la primera sentencia que se reactive la intervención de la acusación popular por un hecho ajeno al interés social o público, cual es la no personación del particular perjudicado que sólo está defendiendo un interés individual.

c) Tampoco se muestra muy coherente la tesis mayoritaria de la segunda sentencia con la de la primera, al operar en aquélla con el argumento de que el art. 782.2 LECr. coincide con lo dispuesto en los arts. 642 y 644 para el procedimiento ordinario. Es decir, que el art. 782.2 *“se limita a regular una fórmula tendente a impedir que la efectividad de los derechos de los perjudicados por el delito pueda hacerse depender de la exclusiva voluntad del Ministerio Público”*(STS 54/2008).

Y es que si se admite, como estimo correcto y ya se ha razonado, que la única finalidad del cambio de redacción del art. 782.2 ha sido la de tutelar el derecho de los perjudicados directos por el delito ante un sorpresivo o inesperado abandono del proceso por el Ministerio Público, carece de todo fundamento distorsionar en la primera sentencia (1045/2007) el significado de esa norma para acabar legitimando con una interpretación descontextualizada la exclusión de las acusaciones populares en el procedimiento abreviado. Si en la segunda sentencia se acoge cuál es el auténtico fin y significado de la reforma del art. 782.2 de la LECr., esto es, asimilar las fases intermedias del procedimiento ordinario y del abreviado, carece de razón que se siga manteniendo que el precepto pretendía expulsar de la fase de plenario a las acusaciones populares, cosa que en modo alguno sale a relucir en la exposición de motivos y en los trabajos parlamentarios.

d) Asimismo, resulta en cierto modo contradictorio afirmar en la segunda sentencia que en el enjuiciamiento de los delitos que tutelan bienes jurídicos de titularidad colectiva o de carácter metaindividual es cuando la acción popular puede desplegar su función más genuina, y argumentar, en cambio, en la primera sentencia que en un caso de delito contra la Hacienda Pública no ha de intervenir la acusación popular. Pues, siendo éste un delito en que se tutelan intereses colectivos o supraindividuales, resulta irrazonable excluir la intervención de la acusación popular mediante el artificioso argumento de que actúa como parte perjudicada el

Estado, como si éste fuera un perjudicado individual que defendiera a través del Abogado del Estado intereses individuales o personales ajenos al interés público o común.

e) Se acaba estableciendo en la segunda sentencia un sistema procesal híbrido para la acción popular, mediante el que las acusaciones populares y los intereses sociales que pudieran defender quedan al albur de la clase de delito que se juzgue y también de la decisión, siempre manipulable, de los perjudicados particulares.

8. Los razonamientos expuestos en los apartados anteriores permiten concluir que las dos acusaciones populares sí están legitimadas para intervenir como partes en este procedimiento; pero no porque se enjuicie un delito que tutela un bien jurídico colectivo, sino porque tienen la misma legitimidad que las acusaciones particulares para intervenir como parte en el proceso penal en cualquier clase de delitos no específicamente excluidos en la Ley, no asumiéndose por tanto la interpretación que se hace del art. 782 de la LECr. por la mayoría de este Tribunal.

No obstante lo anterior, y como ya advertí al inicio de este voto particular, comparto la decisión final adoptada por la mayoría de la Sala, pues entiendo que la conducta de los acusados, tal como se argumenta en la sentencia mayoritaria, es atípica, y mi discrepancia de índole procesal no sólo no limita la intervención en la causa de las acusaciones populares sino que realmente la refuerza.

Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

