

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA**

BILBAO

N.I.G. / IZO: 00.01.1-06/001604

Rollo de sala / *Salako erroilua* 6/06

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE: D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

D. JOSE ANTONIO SUBINAS ELORRIAGA

En BILBAO (BIZKAIA), a quince de enero de dos mil nueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de 3 de octubre de 2008 dictado en el presente rollo, se acordó convocar juicio oral para el día 8 de enero de 2009.

SEGUNDO.- En la fecha y hora prevista, se constituyó el tribunal en audiencia pública, con asistencia de todas las partes personadas, procediéndose a la lectura de los escritos de acusación (formulados por la representación legal de los querellantes Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y Asociación Dignidad y Justicia en ejercicio de la acción popular), los de las defensas (efectuados por la representación legal de los acusados D. Arnaldo Otegi Mondragón, D. Pernando Barrena Arza, D. Juan José Petrikorena Leunda, D. Rufino Etxeberria Arbelaiz y D.^a Olatz Dañobeitia Ceballos, el Excmo. Sr. D. Juan José Ibarretxe Markuartu, y D. Francisco López Álvarez y D. Rodolfo Ares Taboada), solicitando todos ellos su absolución, y el del Ministerio Fiscal (con petición en igual sentido).

TERCERO.- Tras la lectura de los escritos y en el transcurso de la misma sesión, se procedió a la exposición de las cuestiones previstas en el art. 786-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) planteadas por las partes, que suscitaron las siguientes cuestiones:

A) Por la defensa de la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua (letrado Sr. García Capelo): 1) la indebida denegación, en el auto de 3 de octubre de 2008, de las actas y documentación que pueda tener el Centro de Diálogo Henri Durant para el Diálogo Humanitario, relacionadas con alguna reunión mantenida entre Batasuna y el Partido Socialista durante el año 2006, que lesionan su derecho fundamental a un juicio sin indefensión, cuya necesidad deriva de que podrían poner de manifiesto que la reunión celebrada el 6 de julio de 2006, objeto de la acusación, lo fue con Batasuna; 2) la indebida admisión, en dicho auto, de la prueba pericial propuesta por las defensas sobre la valoración de la negociación, al no ser éste el objeto que se enjuicia; 3) la vulneración del derecho a un juez imparcial por la indebida admisión de la recusación de los Magistrados Sres. Ruiz Piñeiro y García Martínez, así como por la indebida desestimación de la recusación del Magistrado Sr. Díaz de Rábago, lo que hacía constar a los exclusivos efectos del recurso de casación.

B) Por la representación de la Asociación Dignidad y Justicia (letrado Sr. Ferrer-Sama): se adhería a las dos primeras cuestiones planteadas por la otra querellante.

C) Por el Ministerio Fiscal (Fiscal Superior de Euskadi): que se dictara sentencia, sin necesidad de continuar el resto del juicio oral, que decretara el libre sobreseimiento de las actuaciones por resultar insuficiente la acusación formulada en la causa, al haberla efectuado únicamente la acusación popular, de conformidad con lo dispuesto en el art. 782-1 LECr y el criterio aplicado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007 ("caso Botín").

D) Por la representación de los acusados Sres. Otegi, Barrena, Petrikorena, Etxeberria y Sra. Dañobeitia (letrada Sra. Goiricelaia): 1) la nulidad de las actuaciones seguidas desde que esta Sala dictó el auto de 16 de octubre de 2007, que desestimó, entre otros, el recurso de apelación interpuesto por dicha parte contra el auto del Juez Instructor, de 26 de julio de 2007, que había desestimado su recurso de reforma contra el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, de 28 de junio de 2007, lo que fundaba en que el auto de la Sala dejaba sin resolver una de las cuestiones planteadas en su apelación, como era la referida a la petición de sobreseimiento libre y archivo de la causa por ausencia de acusación legítima; 2) de manera subsidiaria respecto a la anterior, se adhiere a la planteada por el Ministerio Fiscal; 3) la suspensión del juicio por vulneración del derecho fundamental a la defensa por el reducido tiempo que había tenido para comunicar con sus defendidos, al estar cuatro de ellos, en situación de prisión por

otras causas, fuera de la jurisdicción de este tribunal y en dos prisiones diferentes hasta el 30 de diciembre de 2008 como mínimo, siguiendo la doctrina aplicada por el Tribunal Europeo de derechos Humanos en el llamado "caso Bultó" (sentencia de 6 de diciembre de 1988); 4) la suspensión del juicio por infracción de ese mismo derecho fundamental, hasta que no obre en la causa determinada prueba documental admitida por el tribunal a instancia suya (determinados testimonios de las resoluciones dictadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, de la Audiencia Nacional, y certificación de su Secretaría, incluidas como documentos 2-1 y 2-2 de su ramo de prueba en su escrito de conclusiones), dado que constituyen documentos a exhibir para la práctica del interrogatorio de los acusados, testigos y peritos; 5) la vulneración de su derecho fundamental a un juicio con todas las garantías y al principio de seguridad jurídica por no conocerse, con carácter previo al juicio oral, el carácter con el que van a ser interrogados determinados testigos-peritos en los que concurre la condición de agentes de las fuerzas de orden público, presentados como prueba por las acusaciones, al no precisarse si lo van a ser como testigos o como peritos (lo que no pueden, conforme al art. 717 LECr), siendo del todo impropio de una pericia aquello sobre lo que van a declarar, como lo revela de forma singular el caso del agente nº 19.242; 6) infracción de ese mismo derecho fundamental por haberse admitido determinada prueba documental a instancia de las acusaciones, como son los informes, con sus anexos, sobre los que va a girar la prueba de testigos-peritos antes mencionada, que no se ajustan a los requisitos exigidos en la LEC para la prueba documental pública; 7) lesión del mismo derecho básico por haber admitido la prueba de visionado de determinadas grabaciones, solicitadas por las acusaciones, siendo así que éstas no se han realizado con las garantías legalmente exigidas; 8) vulneración de su derecho fundamental a un juicio sin dilaciones indebidas, reconocido en nuestra Constitución, a la luz de la lectura que hace del mismo el Tribunal de Derechos Humanos, dado que estamos ante un juicio que se desarrolla muy tardíamente para una acusación que estaba debidamente perfilada desde la inicial querrela.

E) Por la representación del Excmo. Sr. Ibarretxe (letrado Sr. Casas): retiró la cuestión previa que, sobre falta de acusación legítima, había anunciado en su escrito de conclusiones provisionales por considerar que, sufrido ya la "pena de banquillo", era preferible una sentencia absolutoria en cuanto al fondo.

F) Por la representación de los Sres. López y Ares (letrado Sr. Rojo): mantuvo la misma posición que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de destacar el diferente papel de la acusación popular en la fase de instrucción y la de apertura del juicio oral.

CUARTO.- En relación a dichas cuestiones, se dio audiencia a las partes en el curso de la misma vista oral, que informaron en el siguiente sentido:

A) Asociación Social y Cultural Foro de Ermua: 1) se opuso a la falta de legitimación, sosteniendo que el art. 782 LECr ampara la acusación por la acción popular en exclusiva si, como es el caso, actúa en exclusiva, según ya lo ha resuelto el Tribunal

Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2008 ("caso Atutxa"); 2) tal cuestión se resolvió en el auto dictado por esta Sala el 16 de octubre de 2007; 3) no ha generado indefensión el momento y circunstancias en que los acusados presos han estado en el ámbito de este Tribunal, sin que sean circunstancias análogas a las enjuiciadas en el "caso Bultó"; 4) no se opone a la suspensión del juicio por la ausencia de la prueba documental interesada del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional; 5) resulta prueba legítima la testifical-pericial, incluso de agentes de las fuerzas de orden público, y propia de una pericia en lo que tiene de singular conocimiento del entramado de ETA y de organizaciones sujetas a su influencia, según resolvió el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2007, aunque admite que sea meramente testifical la referida al agente nº 19.242; 6) también lo son los documentos impugnados, a la luz de la doctrina sentada por esa misma sentencia; 7) no causa indefensión alguna el visionado de las grabaciones, dadas las circunstancias concurrentes; 8) no ha habido dilaciones indebidas, derivadas de una parálisis de las actuaciones, y en todo caso, no se habría producido perjuicio, no se acusó previamente tal circunstancia e incidiría únicamente como atenuante.

B) Asociación Dignidad y Justicia: 1) se opuso a la falta de acusación legítima por similar razón que la anterior, precisando el carácter estrambótico del criterio aplicado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007, que se vino a rectificar con la de 8 de abril de 2008, aunque sin desautorizarla de frente; 2) no cabe cuestionar ahora la admisión de la prueba de testigos-peritos de agentes de las fuerzas de orden público; 3) hace suyo el resto de alegaciones de la otra acusación popular.

C) Ministerio Fiscal: se opuso a cuantas cuestiones se habían suscitado distintas a la suya.

D) Sres. Otegi, Barrena, Etxeberria, Petrikorena y Dañobeitia: mantuvo igual postura respecto a las suscitadas por las acusaciones.

E) Excmo. Sr. Ibarretxe: también se opuso a las planteadas por las otras partes, si bien precisó que no es el momento procesal oportuno para valorar el alcance de la prueba testifical-pericial solicitada por las acusaciones.

F) Sres. López y Ares: se adhirió a la posición del Ministerio Fiscal respecto a las cuestiones planteadas por la defensa de los Sres. Otegi, Barrena, Etxeberria, Petrikorena y Dañobeitia, oponiéndose a las propuestas por las acusaciones y negando que fueran cuestiones previas.

QUINTO.- Finalizada la exposición de dichas cuestiones, el Tribunal acordó suspender la vista para deliberar sobre ellas, con reanudación el día 12 de enero de 2009, en que tuvo lugar, anunciándose a su comienzo la decisión adoptada y los términos

esenciales en que fundamentaba, con posterior documentación escrita, lo que ha tenido lugar mediante la presente resolución.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Subinas Elorriaga, quien expresa el criterio de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El análisis de las cuestiones planteadas debe efectuarse siguiendo un orden lógico de razonamiento, lo que supone comenzar por la relativa a la nulidad con retroacción de actuaciones interesada por la defensa de los acusados Sres. Otegi, Barrena, Etxeberria, Petrikorena y Sra. Dañobeitia, continuar con la relativa a la falta de legitimación de las acusaciones populares para ejercitar la acción penal si aquélla no se estimase y, de rechazarse ésta, proseguir con las relativas a la suspensión del juicio por las dificultades para la defensa que ha esgrimido la de esos acusados, derivada del reducido tiempo de permanencia en lugares cercanos a la sede del tribunal, de los cuatro que están presos por otras causas, así como por la ausencia de la prueba documental admitida a petición de esa defensa, dejando para último lugar el resto de cuestiones suscitadas, ya que en puridad no lo son.

Una precisión, no obstante: la invocación de indefensión esgrimida por los referidos acusados con fundamento en la dificultad de contacto entre los cuatro últimos y su letrada no se sustenta en la indefensión que motivaría para articular la propia cuestión previa, como por lo demás pone de manifiesto que ya se planteara ésta en el recurso de apelación que dicha parte interpuso contra el auto de 26 de julio de 2007.

SEGUNDO.- Sobre la nulidad de actuaciones desde el auto de 16 de octubre de 2007

El tribunal no comparte la posición de la defensa de los Sres. Otegi, Barrena, Etxeberria, Petrikorena y Sra. Dañobeitia por una razón esencial: no es cierto que la Sala, al resolver el 16 de octubre de 2007 el recurso de apelación interpuesto por dicha parte dejara sin dar respuesta a la solicitud de sobreseimiento libre planteada por aquellos con sustento en la ausencia de acusación legítima para proseguir el enjuiciamiento de los acusados, ya que de manera expresa respondió a la misma en el cuarto de sus razonamientos jurídicos, al precisar que no procedía por cuanto que "no es éste el momento procesal en que cabe plantearla, ni éste el órgano, que actúa en funciones de apelación, ante el que, llegada la ocasión, procedería hacerlo".

No se trata, ahora, de valorar si tal decisión se ajusta o no a derecho sino únicamente, para poder fundar la retroacción de actuaciones interesada, si hubo o no respuesta judicial a lo pedido, lo que no cabe negar a la vista de lo expuesto.

TERCERO.- Sobre la falta de acusación legítima para el ejercicio de la acción penal

1º.- El Ministerio Fiscal, al igual que el resto de las defensas, con exclusión de la defensa del Excmo. Sr. Lehendakari, solicitaron el sobreseimiento libre de la causa, por inexistencia de acusación legítima y en consecuencia ausencia de principio acusatorio; todo ello por cuanto la apertura del juicio oral sólo a petición de la acusación popular, como en el presente caso, no es conforme con el art. 782 LECr.

2º.- Es sabido, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (art. 117-3 CE) y en consecuencia, ha de recordarse que es el legislador el que establece las reglas a través de las cuales se actúa la potestad jurisdiccional.

En su día, el juez instructor, entendió, que existían elementos bastantes para estimar que uno o varios hechos revisten los caracteres de delito y hay personas presuntamente responsables criminalmente de los mismos.

El resto de las defensas, discreparon sobre tal situación, y así lo hicieron saber, a excepción del Foro de Ermua y de la Asociación Dignidad y Justicia.

A lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el legislador nombra, de un lado, al Ministerio Fiscal y de otro a las "partes personadas".

El artículo 780 LECr, ubicado en el ámbito de la preparación del juicio oral (dentro del procedimiento abreviado), dice: *"1.- Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente; 2.- Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular la acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado.- El juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.- En todo caso se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes*

personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones." Como se ve, este precepto, cuando habla del escrito de acusación, se refiere primeramente al Ministerio Fiscal... y a las acusaciones personadas, y luego, sólo al Ministerio Fiscal.

Especial relevancia tiene la redacción del art. 780.2 LECr, referido a la práctica de diligencias complementarias, cuando establece que el Juez decidirá lo que proceda cuando tal solicitud sea formulada por "la acusación o acusaciones personadas", pues denota que el legislador es consciente cuando redacta la ley de que puede haber más de una acusación no pública, dando así al distingo o selección posterior.

Llegamos así al precepto que constituye la clave del arco para resolver la cuestión planteada, el art. 782 LECr, donde se cita por primera vez al acusador particular, que como veremos no es otro que el perjudicado u ofendido por el delito cuando se constituye en parte procesal.

El artículo 782 LECr, dice: *"Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 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"*.

Como ya se ha indicado con anterioridad, y a lo largo de todo el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el legislador quiere distinguir distingue, refiriéndose a todas las partes personadas, sólo a las partes acusadoras, ya sean particulares o populares, a la acusación o acusaciones personadas, sólo a la acusación particular, etc. Es decir, el legislador usa el lenguaje con propiedad y usa la expresión "partes personadas" para referirse a todas ellas, activas y pasivas, sin distinción de clases, comprendiendo por tanto en dicha expresión al imputado, responsables civiles, acusación particular y popular; usa "acusaciones personadas" cuando se refiere a la acusación particular y popular si las hubiere, pues el Ministerio Fiscal como parte necesaria en el proceso por delitos públicos y semipúblicos no necesita de personación alguna; y usa la expresión "acusador particular" cuando se refiere al perjudicado u ofendido por el delito que ha mostrado su voluntad de ejercer la acción penal personándose en las actuaciones.

El artículo 782.2 LECr dice: *"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, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si los 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." Esta nueva redacción despeja las dudas que pudieran existir bajo la antigua regulación, pues tanto de la interpretación gramatical cuanto de la lógica, contextual e histórico legislativa, se colige que hoy por hoy el legislador cuando se refiere a la ausencia de acusación particular dispuesta a sostener la acusación, está usando esa categoría jurídico procesal en sentido estricto y propio, como los directamente ofendidos o perjudicados personados.

Así lo confirma la exposición de motivos de la Ley 38/2002, al decir en su apartado III, segundo párrafo, que *"Las reformas que se introducen en el procedimiento abreviado son de muchos tipos. En unos casos se trata de modificaciones meramente sistemáticas o de redacción, como en el caso de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento y no estuviesen personados los ofendidos por el delito como perjudicados ejercientes de la acusación particular, transponiéndose a tal fin, 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."*

La explicación es clara: si el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento y no están personados los ofendidos por el delito como ejercientes de la acusación particular, hay que hacerles saber la pretensión, porque sólo puede aperturarse válidamente el juicio oral si lo solicita el Ministerio Fiscal o aquél que tiene un interés particular legítimo, en el sentido legal del término. Por el contrario, si el acusador particular ha solicitado el sobreseimiento o no se ha personado, y el Ministerio Fiscal ha instado el sobreseimiento, podrá acordar la búsqueda de los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, o podrá hacer la remisión al superior del Fiscal, pues la petición de la acusación popular por sí sola no puede dar lugar al dictado del auto de apertura del juicio oral.

Parece absolutamente clara la distinción de los conceptos "acusador particular" y "acusador popular". Aquí en los preceptos citados sólo se habla de acusador particular, y para nada aparece el concepto de acusador popular. En esta fase y a los efectos de que ahora hablamos (si la acusación popular puede o no, mantener por sí sola la acusación) esta figura, aunque se haya personada, desaparece. Y sólo tiene relevancia la postura, tanto desde el Ministerio Fiscal y, en todo caso, de los directamente perjudicados por el delito a los que el Juez Instructor, si lo desea, puede buscar a fin de hacerles un ofrecimiento de acciones, y si no los hallare o no desearan, acudir al superior jerárquico del fiscal. En este caso y porque quien solicita el sobreseimiento es la Fiscal Jefe del T.S.J., habría que acudir al Fiscal General del Estado. Por ello, la única resolución que le resta al Juez Instructor es sobreseer la causa, como ha solicitado tanto el Ministerio Fiscal como las defensas, a excepción de la del Excmo. Sr. Lehendakari.

En esta situación, dentro de la fase intermedia del procedimiento abreviado, en la preparación del juicio oral y en éste, la acusación popular no tiene la misma intervención jurídica que en la instrucción. No puede ella sola mantener la acusación contra los imputados.

Esta es también la conclusión a la que se llega del examen del debate parlamentario. En el Boletín de las Cortes Generales correspondiente al Congreso de los Diputados de fecha 23 de mayo de 2002, aparece la enmienda número 133 propuesta por el grupo parlamentario catalán, que introdujo en la exposición de motivos de la Ley 38/02 el texto que arriba se ha transcrito. Como justificación de la enmienda se dice: *"la finalidad de la enmienda es la de esclarecer la diferencia ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales del acusador particular como representante del perjudicado por la acción delictiva y el actor o acusador popular..."*. Por lo tanto no parece discutible que el uso que hace el legislador de la expresión acusador particular, en el artículo 782 LECr, lo sea en sentido propio. Es más, si se entendiera que la expresión "acusador acusación particular" en el procedimiento abreviado incluye también a la constituida por cualquier ciudadano no perjudicado u ofendido directamente por el delito, en el caso de que existiera acusación popular, dispuesta a acusar, aunque el Ministerio Fiscal hubiese pedido el sobreseimiento, no procedería la búsqueda del perjudicado u ofendido para sostener la pretensión acusatoria. Entender otra cosa es contrario a la ley y a la interpretación literal y auténtica que emana de la exposición de motivos de la ley, del debate parlamentario y de la redacción del articulado.

Nótese que esta interpretación que defiende en este caso la acusación popular coloca a este tipo de querellante en plano de igualdad con el Ministerio Fiscal y, privilegiadamente (art. 14 CE), por encima de los intereses particulares del directamente perjudicado u ofendido por un delito para el que el legislador ha previsto un procedimiento teóricamente ágil y en el que se refuerza el principio acusatorio y el papel del Ministerio Público. Según esta tesis (que no compartimos), como en el procedimiento abreviado la apertura del juicio oral es obligada para el juez si la pide una acusación, aunque sea en solitario la popular, esto equivaldría a permitir que cualquier ciudadano no perjudicado u ofendido por el delito pueda, por su sola voluntad, actuar el ius puniendi, incluso en contra de los intereses del perjudicado u ofendido por el hecho ilícito y en contra del criterio del Fiscal (promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, según el art. 124 CE), reforzando la parte acusadora en detrimento o limitación del derecho a la defensa (art. 24 CE).

Es más, indicaremos que si no hay acusación particular, no es posible abrir el juicio oral exclusivamente a instancia de la acusación popular, y por las siguientes razones.

En primer lugar porque la ley no dice nada al respecto. No existe esa excepción en los art. 782 (ya reproducido) y tampoco el art. 783 LECr, *"1. Solicitada la apertura de juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la*

acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto nº 2 del art. 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641. Cuando el Juez de Instrucción decreta la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio fiscal o de la acusación particular, se dará nuevo traslado a quién hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.". Incluso en ningún otro artículo se permite entender que debemos aplicar un criterio distinto al señalado. El régimen de la acusación popular se diseña con carácter general y no se le reconoce un mayor nivel de facultades cuando no concurre la acusación particular. Es decir, ya concurra o no, acusación particular. La interpretación de la ley es clara, en el procedimiento abreviado la acusación popular no es bastante, por sí sola, para acordar la apertura del juicio oral (distinto del inicio del proceso, medidas cautelares, impulso de instrucción, participación en pruebas...).

En segundo lugar, si admitiéramos que la acusación popular basta por sí sola para acordar la apertura del juicio oral, estaríamos diseñando dos clases dispares de acción popular según que concurra o no con la acción particular, distinción que es extraña al texto de la ley y a la misma naturaleza de ambas acciones, ya que vendría a instituir una especie de tertium genus entre la acción particular y la popular.

En tercer lugar porque esta distinción atentaría al principio de igualdad ante la ley, porque los posibles imputados estarían en situación diferente según el delito imputado, tuviese o no perjudicados, estando más expuestos a la acusación, precisamente, en casos de inexistencia de perjudicados, lo que les convertiría en ciudadanos de peor condición.

La acusación popular alega en contra de la tesis sostenida, que no existe en el procedimiento abreviado excepción expresa al ejercicio de la acción popular como derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 125: *"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."*

No se discute el ejercicio de la acción penal, que es pública (art. 24 CE), así el art. 101 de la LECr dice que: *"La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a la prescripciones de la ley"*, sino su extensión y contenido, y si, una vez ejercitada, puede actuar en solitario y llenar la exigencia de principio acusatorio.

En segundo lugar, todas las razones a favor de entender que cuando el legislador se refiere al "acusador particular" en el artículo 782 LECr está incluyendo en ese concepto tanto al particular, como al popular, constituyen una interpretación extensiva, analógica o ampliatoria de la ley, pues nadie discute tampoco la acusación particular, que sólo el

directamente perjudicado u ofendido por el delito es acusador particular, pudiendo ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal, lo que no puede hacer el popular.

Delimitado el ámbito del debate, también debe señalarse que ni el artículo 125 CE, ni el 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): "*Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley*", ni el art. 101 LECr citado, consagran un derecho absoluto, fundamental o subjetivo de los ciudadanos a ejercer la acción popular. El precepto constitucional, encuadrado en el título VI Del Poder Judicial y de configuración legal, así como el orgánico (art. 19.1 LOPJ) y hasta el ordinario (art. 101 LECr), se remiten a la ley para determinar la forma y procesos penales en los que procede su ejercicio. Y el art. 270 LECr proclama que "*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta ley*".

Pretender que el artículo 125 CE otorga un derecho incondicional al ejercicio de la acción popular es una interpretación incorrecta del mismo, porque la expresión que se contiene en tal precepto "*... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*" representa una remisión a la ley ordinaria e implica que se trata de un derecho de configuración legal; esto es, que se encuentra dentro de las facultades del legislador prever o no prever la acción popular, contemplar esta institución para unos casos y no para otros, y diseñar unos requisitos o formas para el ejercicio de una u otras acciones. En fin, establecer límites a su ejercicio.

Del mismo modo tampoco existe Carta de Derechos Fundamentales, Declaración Universal de Derechos Humanos, Tratados o Acuerdos Internacionales ratificados que protejan la acción popular como derecho específico.

Es más, en el Derecho Continental de nuestras democracias europeas tampoco existe una autónoma e independiente acción popular que se atribuya el *ius puniendi*.

Por ello, si el Legislador hubiera querido (*de lege ferenda*), y como estamos ante un derecho constitucional de configuración legal, así lo habría establecido en las posteriores reformas habidas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, circunstancia que no concurre.

Se dice por las acusaciones, personadas, que en el caso presente, el Ministerio Fiscal, tendría el monopolio de la acción penal. Nada más lejos de la realidad. Ello se extrae directamente de la dicción del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta peculiaridad de nuestro sistema, basada en parte en la llamada desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal, no se ve alterada por la tesis que se mantiene. Por el contrario, la actual redacción del artículo 782.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal abunda en ello al exigir que, si el Ministerio Fiscal pidiera el sobreseimiento, se proceda a la búsqueda del

perjudicado u ofendido por el delito por si quiere sostener la acusación. Nótese que la previsión legal carecería de sentido si bastare para abrir el juicio oral que lo hubiese pedido una acusación popular, pues en tal caso no habría por qué molestar de nuevo al perjudicado u ofendido por el delito al que ya se la ofreció repetidamente la posibilidad de ejercer las acciones penales sin que hubiese hecho uso de su derecho.

En definitiva, se entiende que en el procedimiento abreviado no puede abrirse el juicio oral solo a instancia de la acusación popular, a diferencia de lo que acontece en el momento procesal previo de instrucción, inicio con querrela y otros, pues aquí en la preparación y juicio oral es necesario que lo inste, bien el Ministerio Fiscal, bien el acusador particular, entendiéndose por perjudicado u ofendido no sólo el titular del bien jurídico protegido sino todo afectado de modo directo o subjetivo por el delito, sea persona física o jurídica.

Finalmente tampoco podemos apreciar una vulneración de derechos fundamentales (art. 24 CE), por cuanto la acusación popular sí tiene acceso a la jurisdicción (art. 270 LECr) y puede satisfacer el resto de intervenciones que hemos precisado, siendo una cuestión distinta la limitación que preconizamos y se refleja en este procedimiento abreviado, después de la instrucción y antes de la preparación y juicio oral.

La consecuencia jurídica de lo expuesto es que, pedido por el Ministerio Fiscal el sobreseimiento libre y no habiendo comparecido a juicio acusación particular, procede acordarlo conforme a lo dispuesto en el artículo 782 de la LECr.

CUARTO.- Sobre las costas.

Dispone el art. 239 de la LECr. Que *"en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales"*.

El art. 240 de dicha Ley establece los criterios a tener en cuenta, para lo que mantiene un criterio general de declaración de costas de oficio en su num. 1º, previendo en su num. 2º los supuestos de imposición a los procesados (respecto a los cuales dispone, de manera expresa, que no se impondrá a los absueltos), en tanto que en el num. 3º fija los casos de imposición al querellante particular o actor civil, lo que limita a los casos de temeridad o mala fe.

A su tenor, es indudable que, en el caso de autos, no cabe atribuirles a los acusados, al no haber sido condenados; tampoco a los querellantes, ya que no cabe atribuirles temeridad o mala fe si tenemos en cuenta que, tanto en la fase de instrucción como en la de apertura de juicio oral, su proceder ha contado con el visto bueno del juez

instructor y, en su caso, de la Sala, en cuanto ha ratificado sus decisiones, sin que finalmente haya llegado a desarrollarse el juicio en su plenitud.

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, Etxeberria, 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 Etxeberria Arbelaiz, D. Juan José Petrikorena Leunda, D^a Olatz Dañobeitia Ceballos, el Excmo. Sr. D. Juan José Ibarretxe Markuartu, D. Francisco López Alvarez 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.

Lo acuerdan, mandan y firman el Ilmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que lo encabezan. Doy fe.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

EAEko AUZITEGI NAGUSIA ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BILBAO

N.I.G. / IZO: 00.01.1-06/001604

Rollo de sala / Salako erroilua 6/06

Voto particular (Concurrente) que formula el Magistrado D. Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa en el Auto dictado por esta Sala Civil y Penal en el Rollo nº 6/06.

En uso de las facultades que establece la legislación vigente (artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación a los artículos 156 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 205 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que trae causa de las siguientes fundamentaciones jurídicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente voto particular pretender ser concurrente y concordante con lo decidido por la mayoría, pero a la vez explicativo y ampliatorio de temáticas de importancia que se cree debieran ser abordadas y analizadas al objeto de trascender la estricta técnica jurídica. La singularidad del supuesto litigioso me permite ser poco ortodoxo y técnicamente menos correcto.

Nuestra resolución mayoritaria acepta el libre sobreseimiento de las actuaciones conforme a lo pedido por la generalidad de las partes acusadas y el Ministerio Fiscal, sin necesidad de resolver el resto de cuestionamientos que preliminarmente dieron debate y exposición a las contrapartes. Para ello, y por decirlo brevemente, se entiende que existe una falta de legitimación de la acusación popular para seguir, dentro del procedimiento abreviado, acusando legítimamente en el juicio oral.

Pero antes de ahondar en razonamientos que hemos expuesto mayoritariamente, y que se comparten desde un elogio a la posición de los compañeros del Tribunal, quiere este particular hacer acopio de detalle y comentario de pautas genéricas y más particulares que se antojan determinantes en el realce de una decisión judicial que se ha pretendido extraordinaria y que ha acontecido inusitadamente con una espectación pública y mediática a todas luces exagerada.

SEGUNDO.- Comenzaremos por los inicios para recordar que la vida en sociedad y sus interrelaciones traen consigo conflictos sociales y jurídicos de intereses variados que hacen necesario desgranar un instrumento de modulación jurídica que conceptuamos como la institución del proceso, donde la búsqueda de la paz social mediante el derecho exige una dialéctica de racionalización y unas máximas imprescindibles: justicia, seguridad jurídica, ética...

La justicia y la seguridad jurídica, en todos los derechos, el "saber a qué atenerse" jurisprudencialmente hablando, entronizan los principios de igualdad en aplicación de la Ley tutelando las soluciones judiciales discriminatorias, inconstitucionales y desestabilizadoras.

Las situaciones jurídicas particulares que amalgaman los pronunciamientos de nuestros Tribunales de Justicia no impiden ilustrar el mismo interés general, público y de la Ley, en la recomposición de la doctrina unitaria, alzando a la cúspide de la palestra jurídica las contradicciones internas del sistema judicial, y primando, en resumidas cuentas, la salvaguarda de la legalidad, la unidad interpretativa, y de reflejo la igualdad en la aplicación de la Ley.

La conceptualización jurídica de la institución del proceso, y antes la del derecho, no pueden ser entendidos sin aproximarnos al fenómeno fundamental que es la causa u origen: el conflicto. La configuración del conflicto mediante la modulación del orden jurídico o derecho permite definir el proceso como una institución jurídica de la que ha de servirse el derecho para resolver los conflictos de intereses jurídicos. De modo y manera que el proceso de racionalización continua en el ámbito jurídico ha conseguido superar la inicial, violenta, voluntaria y parcial solución de los conflictos, dando respuesta desde la institución jurídica del proceso (como instrumento jurídico, coactivo y obligatorio y ejercido desde la función jurisdiccional del Estado) a las distintas pretensiones enfrentadas.

El juicio prudencial, jurisdiccional, que mediante un perfeccionamiento lógico y técnico, dentro de una asociación de actos interdependientes, articula la razón práctica y consigue la justa solución de las controversias, se estructura en variadas fases perfectamente diferenciadas (la cognoscitiva, la valorativa y la decisoria). Por ello desde el conocimiento de la realidad fáctica en que se desenvuelve la dialéctica del proceso, siempre unida a la determinación previa del derecho aplicable, hasta la deliberación sobre la probabilidad o posibilidad de concretar los hechos, valorando la actividad probatoria y calificándola jurídicamente, llegamos a la resolución o período decisorio de exteriorización de la voluntad en que culmina el juicio prudencial dirigido por la razón práctica a la solución de la controversia.

Pero esta solución judicial de los conflictos necesita el cumplimiento de varias exigencias en el orden técnico y ético-jurídico que se proyectan tanto sobre la persona del juzgador, de las personas intervinientes, como también sobre otras manifestaciones relativas al proceso.

La función última del proceso como instrumento jurídico de satisfacción de pretensiones (Guasp) es decidir de forma materialmente correcta el litigio jurídico (desideratum), la realización del derecho material y, en suma, el establecimiento de la paz jurídica. La institución del proceso se configura como una garantía del derecho, una protección del orden jurídico que realiza el Estado mediante la función jurisdiccional.

Sin ánimo de exhaustividad alguna, podemos comprender dentro de las exigencias orgánicas, técnicas y funcionales del proceso, referente al valor de justicia, las siguientes: imparcialidad, independencia y limitación de los poderes sobre las partes, en relación a la persona del Juez; derecho a la actividad jurisdiccional, igualdad de las partes en el proceso, derecho a recusar al Juez, derecho a ser oído y defenderse en juicio, derecho a recurrir en relación a las partes; y por último rapidez o celeridad, supuesta gratuidad y adecuación procedimental, en general.

Del mismo modo entre las exigencias o garantías de seguridad jurídica debemos apuntar las siguientes: predeterminación del órgano judicial competente, sumisión a la ley, prohibición del non liquet; presencia en el proceso y conocimiento de la pretensión de la parte contraria, conocimiento de la propia situación procesal, prueba de la culpabilidad conforme a la ley, y otras exigencias insoslayables que se predicen necesariamente de la existencia de un procedimiento judicial previo, con publicidad de sus actuaciones judiciales, con constancia documental de las actuaciones, preclusión del curso del proceso, medidas cautelares, y finalmente la certeza de la existencia de una resolución judicial perfeñada con unas características esenciales de motivación, congruencia, firmeza, control extraordinario, unidad jurisprudencial, coercibilidad...

Además de todo lo mencionado, que no es poco, el fin del proceso, como justa y segura solución de los conflictos mediante el derecho, exige no sólo un cauce técnico adecuado sino también una condición intelectual y moral, imbuida de valores éticos, prudencia y sabiduría, que debe predicarse de todos los interlocutores o protagonistas en el escenario jurídico del proceso.

Toda esta perorata judicial introductoria pretende salir al paso y contestación de la única manera posible, lícita y apropiada, para un juzgador, cual es el dictado de la resolución judicial, recordando que sólo el respeto y reconocimiento mutuo e institucional comporta y predica las garantías expuestas. De ahí que nos congratulemos hasta un entusiasmo deleitante con el comportamiento de las contrapartes en el devenir del acto de juicio preliminar que tuvo lugar el pasado 8 de enero. Y es que cualquier otra actitud, de agitación, con sorprendentes declaraciones que preconizan una espectacular mediática y morbosa, tan sólo deben evidenciar un malestar, entendible humanamente, pero ajeno al imperio del principio de la legalidad y al funcionamiento del Estado de Derecho.

Por ello este dicente quiere rechazar cualesquiera estrategias de presión o exaltaciones que supongan imbuir un reflejo social excepcional que no acontece dentro de la naturalidad del quehacer judicial y finalmente del proceso. Y es que la esencialidad del derecho, y también de la política, no precisan de un enaltecimiento de detalles impropios que caricaturicen este concepto de proceso defendido, calificándolo como kafkiano, esperpéntico o circense. Muy al contrario, el ámbito procedimental y jurídico tiene en el caso de este Tribunal, sin lugar a dudas, un impulso estrictamente procedimental y técnico que nada tiene que ver con la perplejidad que supone el discurso político, ajeno y extraño, que se pauta desde impulsos diferenciados y a todas luces estériles. Por ello, la recua de opinadores y tertulianos (que no son formadores de opinión, salvo excepciones) tan sólo serán protagonistas en el universo ajeno al proceso.

Cierto es que las obligaciones políticas no son idénticas a las obligaciones estrictamente jurídicas. Pero no lo es menos que este Tribunal no es el culpable del protagonismo o afán de repercusión que aún acontece en el devenir de este sumario, puesto que si todos los interlocutores hacemos lo que tenemos que hacer bajo la máxima del respeto y ausencia de agitación o malas conductas tendenciosamente explicativas, que pretender atisbar motivaciones espurias en las resoluciones judiciales, deberán decaer ante la evidencia y exclusividad del sentido colegial de nuestras decisiones, que tan sólo siguen impulsos judiciales y que están lejos de dar cumplimiento a cometidos de difícil extrapolación para pretender aparecer como "apetecibles, cercanos o accesibles", cuando a buen seguro nuestra resolución no será del buen agrado, como siempre, de parte de aquellos que no contentamos por razones subjetivas y variadas.

A cualquier avezado espectador de este peculiar proceso no se le habrá ocultado su singularidad y aparente extrañamiento. Sin embargo, ha de recordarse que la lógica judicial y las respuestas jurisdiccionales nada o poco tienen que ver con las pautas interesadas de aquellos que en la distancia pretenden contestar en cualquier evento a todas las cuestiones que en decisión razonada y última deben concluir los juzgadores convenientemente.

TERCERO.- También, siquiera testimonialmente, quiere hacer mención este servidor público de lo que entiende ser una especie de laguna normativa en el ámbito propio del derecho orgánico y reglamentario judicial, y en concreto en las resultancias de conformación de este Tribunal, cuya composición, desde el dictado del Acuerdo de 26 de mayo de 2008 por el Excmo.Sr. Presidente de este Tribunal Superior de Justicia, ha supuesto, desde mi particular modo de ver, una solución al vacío de integración de los propios Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal mediante un mecanismo que se cree no adecuado o exigible a pesar de las vicisitudes accidentadas habidas en el curso y contestación de las recusaciones formuladas que han provocado el conocimiento e incorporación de parte de los integrantes del presente Tribunal.

Quiere estrictamente manifestarse que no se atiende con buenos ojos jurídicos al conformar una expresa Sala Penal en el Tribunal Superior de Justicia por Magistrados integrantes de otros órdenes jurisdiccionales. Y es que no existe previsión orgánica ni reglamentaria suficiente (véase el artículo 73. 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma habida por Ley Orgánica 19/03) para encauzar ese llamamiento a la sustitución mediante un turno preexistente o listado cuyo cauce de creación no dispone de articulado previsor, al contrario de lo que pueda acontecer respecto de la previsión del artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en referencia a la conformación de las Salas de Recusación que allí específicamente se tratan. Tan es así que a diferencia de lo que acontece en las Audiencias Provinciales donde el artículo 81 párrafo 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la situación jurídica de que la Audiencia Provincial se vea completada para el enjuiciamiento y fallo con un número de Magistrados que se precisen del Tribunal Superior de Justicia, previendo incluso en el párrafo 4º una especie de adscripción funcional, no existe para el supuesto acontecido, de necesidad de conformación de una Sala Civil y Penal, una previsión normativa suficiente, a no ser que para ello abordemos el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que precisa para la conformación de su turno la preferencia de aquellos que se hallaren libres de señalamiento y entre éstos los más modernos en una designación última del Presidente del Tribunal respectivo.

Es por ello que debe estudiarse con previsión normativa suficiente este vacío de composición que mal puede ser entendido desde cualquier opinión jurídica y pública cuando se conforma una Sala Penal con composición de Magistrados de otros órdenes jurisdiccionales cuya procedencia y competencia funcional dista de ser la requerida, por mucho que lo tengan jerárquicamente. Con un símil se acertará a explicarlo, malamente podemos pedir a un cirujano de digestivo que conforme el equipo de intervención del cirujano cardiaco en un problema médico y estricto de corazón.

Piénsese, además que en el supuesto concreto de este suscribiente su procedencia e ingreso (artículo 301 párrafo 5º y 311 párrafo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el Real Decreto 3420/2000 de 15 de diciembre), denotan una reconocida competencia en el orden jurisdiccional social, que contraindican cualquier otra designación al uso (Real Decreto 1257/05 de 25 de octubre). En el mismo sentido el artículo 311 párrafo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (tras la reforma habida por Ley Orgánica 19/03 de 23 de diciembre) y el artículo 330 párrafo 4º de dicha Ley Orgánica en lo que acontece a la provisión de sus plazas. Ello no quiere decir que se huya de la responsabilidad profesional (este quehacer de por sí lo demuestra) o que se pretenda desautorizar a nadie, sino que simplemente se busca poner de relieve una perturbación que acontece y que insiste en otra previa (Rollo de esta Sala 19/03 y Sentencia de 19-12-2006) cuya solución normativa ha de preverse.

Finalmente expresar que en nuestro Tribunal Superior de Justicia del País Vasco son cinco los Magistrados integrantes de la Sala Civil y Penal (4 y Presidente) y diez los

que se corresponden con la Sala Social (9 y Presidente). Pero la carga estadística de trabajo se reparte en la Sala de lo Social, en los últimos años, con 2993 asuntos en 2006, 3140 en 2007 y más de 3200 en el 2008, mientras que en la Sala Civil y Penal se constatan en el año 2006, 4 civiles y 37 penales, en el año 2007 10 civiles y 33 penales, y en el 2008 13 civiles y 27 penales. Todo ello, claro está, sin perjuicio de otras muchas actividades estrictamente no jurisdiccionales que se puedan realizar, sobre todo por algunos miembros de esa Sala Civil y Penal.

CUARTO.- Queda por abordar, siquiera abundando en la decisión mayoritaria, la cuestión principal o meollo de la temática jurídica que nos concierne: la voluntad legislativa del art. 782 de la LECr para imposibilitar la acusación popular, en el procedimiento abreviado, y en la apertura del juicio oral, ante la inexistencia de una acusación formalizada con arreglo a derecho (Ministerio Fiscal o acusación particular).

Y es que aún cuando en nuestra resolución mayoritaria hemos prescindido de intitular las resoluciones judiciales precedentes que en doctrina legal ha pronunciado nuestro T. Supremo, no podemos ocultar su existencia, por todos conocida, y la exigencia de algún tipo de comentario que siquiera abunde en las pautas de exposición colegiada.

Brevemente recordaremos que la legitimación, como aptitud para ser parte en un proceso concreto (ST. Constitucional 101/96), activa, pasiva, ad causam o ad procesum, se inserta en el ámbito de la capacidad procesal y tiene su fundamento constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos (art. 24 de la CE), lo cual normalmente obliga a una interpretación amplia de las formulas que prevén las leyes procesales para atribuir legitimación de acceso a los tribunales (ST. Constitucional 195/92 y Auto 250/93), que no a veces para su mantenimiento posterior, como es el caso. Por ello, al margen de distinciones sobre legitimaciones; directas, ordinarias, indirectas o extraordinarias, sustituciones procesales, intervenciones voluntarias o provocadas, adhesivas, o públicas (Ministerio Fiscal)..., más lo evidente es que en el proceso civil actual la LEC no configura dicha legitimación como un presupuesto procesal sino como una cuestión que afecta al fondo del asunto, e incluso la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en su derogado art. 533.2 la denominaba "falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama", donde efectivamente su control judicial puede hacerse tanto de oficio como, por supuesto, a instancia de parte, y por ello, incluso, a su pesar. Se llega a afirmar por la doctrina que la legitimación no constituye un presupuesto procesal del proceso sino una cuestión de fondo, y en este sentido es susceptible de estudio y afirmación en el proceso penal.

Por otro lado, debe traerse a colación de entre las notas que predicábamos ut supra respecto al proceso, el principio de unidad jurisprudencial. Y es que tal unidad jurisprudencial debe ser la consecuencia y la causa de la recta y uniforme interpretación en

la aplicación del derecho. se trata de una continuidad armonizada que contribuye en mayor medida a crear la certeza ordenadora que predica la exigencia de seguridad, consolidando los principios jurídicos orientadores e institucionalizando una jurisprudencia constante y concreta que encuentra general reconocimiento. Tal unidad jurisprudencial no debe confundirse con una ausencia de libertad o una vinculación extravagante del juez a los precedentes judiciales, pues al margen de su discutible carácter vinculante (salvedad de los sistemas jurídicos anglosajones) siempre es compatible con un margen de libertad o discrepancia motivada que se aleje de las doctrinas anteriores. Y es que entender lo contrario sería reconocer la petrificación del ordenamiento jurídico y el anquilosamiento en la impartición de justicia. El arte de juzgar no es una operación matemática de certeza quasi absoluta.

Por eso, la finalidad de conseguir la unificación de criterios y adaptar nuestras resoluciones a la jurisprudencia trata de evitar la inseguridad jurídica que supondría para cualesquiera litigantes el mantenimiento de criterios diferentes por los tribunales de justicia. En ese sentido es el propio Tribunal Supremo el que tiene por misión, quizá la más trascendental, declarar el derecho, fijando la doctrina legal, la exacta interpretación de la norma, con específico designio de lograr la certidumbre y seguridad jurídica, en consideración a un elevado interés social, buscando como garantía judicial la ausencia de arbitrariedad en la aplicación del derecho futuro.

Tal exigencia de seguridad jurídica en materia de interpretación judicial, que impediría la creación judicial del derecho al modo que fue propuesta históricamente por la Escuela de Derecho Libre, no se agotaría en la dicción del principio de seguridad jurídica sino en tanto en cuanto es la suma de todos los demás principios que se deben también promover en el orden jurídico, cuales son la justicia y la igualdad en libertad.

Pues bien, muchos de estos asertos parecen haberse dinamitado con las resultancias aparentemente contradictorias o contrapuestas que se advierten de la lectura de las dos sentencias del T. Supremo que han salido a la palestra, la de 17 de diciembre de 2007 y la posterior de 8 de abril de 2008, a las que debo dedicar siquiera una parte de mis argumentos.

En mi particular criterio la primera de las sentencias citadas, con expresa conformación en Pleno y máxima trascendencia, vino a declarar la línea interpretativa judicial rectora, proclamando la tesis de que la voluntad legislativa propia del art. 782 de la LECr, que es de una interpretación legítima constitucionalmente, suponía la exclusión del acusador popular con restricción de su legitimidad en los supuestos de ausencia de acusación particular o de la del Ministerio Fiscal. Por ello, si el Pleno Jurisdiccional estableció como ratio decidendi una interpretación decisiva, consciente y no arbitraria, de justificar en el proceso penal, en virtud de una serie de motivaciones que allí se exhibían apartándose de las anteriores conformaciones jurisprudenciales, las pautas de seguridad jurídica y certidumbre antes manifestadas, se exigiría que cualquier tipo de criterio

contrapuesto o discurso que superase ese precedente recogiese igualmente la exigencia de su motivación con nuevo apartamiento expreso, y exquisita pauta explicativa de la nueva doctrina a invocar.

Pero, muy al contrario de lo deseable términos jurídicos y jurisprudenciales, la posterior resolución judicial citada del año 2008 afirma, también en Pleno Jurisdiccional, la expresa y literal afirmación de no se aparta de la anterior doctrina legal sobre la limitación del ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado, sino que tan solo la matiza, como excepción, para un supuesto concreto en el que entiende no es de aplicación. Para ello advierte que si bien la aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada en el anterior precedente resulta obligada, la indispensable identidad entre el objeto de las pretensiones hace que ahora, y anecdóticamente, el valor interpretativo adjudicado con anterioridad deba ser relativizado, transformando con ello la legitimación de la acción popular en función de unas titularidades colectivas o intereses sociales que se dice no debe monopolizar el Ministerio Público. Sin embargo, sigue manifestando de forma literal que la exclusión del actor popular arbitrada en el artículo 782 LECr es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal, donde la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el posible perjudicado o acusador particular.

Es aquí cuando este Magistrado debe advertir de los dictados de su parecer. Y es que negándose la exigencia de planteamiento de cualquier cuestión previa de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por supuesta vulneración de derechos fundamentales, que creemos que no acontece, el subsiguiente parámetro de resolución judicial tan solo puede pasar por dar cumplida cuenta de esa doctrina jurisprudencial evidenciada en la ratio decidendi de la primera resolución judicial, a no ser que nuevamente queramos hacer del caso o supuesto concreto una excepción a la previa separación y manifestación del criterio que divergía de los previos. No será este Magistrado quien desobedezca el precedente reglado ni pretenda esbozar una pauta interpretativa específica atendiendo a singularidades que se desvanecen, provocando un casuismo inusitado y una diferenciación inentendible bajo pautas reinterpretativas o de nueva consideración respecto de doctrinas sentadas que expresamente se asumen como tales pero que se matizan para no aplicarlas.

La problemática no se ciñe a limitar el derecho de acusar sino más bien a justificar motivadamente si tal restricción encuentra adecuación en el procedimiento abreviado y en las fases estudiadas. Si el contenido y estatuto procesal de la acusación popular en nuestro derecho adjetivo penal fue declarado en aquella primera resolución judicial de 2007, deviene exigible por pautas de certeza, justicia e igualdad, mantener el mismo criterio o doctrina legal, máxime cuando en esa segunda resolución judicial no se aparta o separa el razonamiento principal, sino sólo el accesorio de una pauta diferenciadora que creo que tampoco acontece. Con muy buen acierto, medida y detalle, alguno de los Magistrados

insignes de nuestro más alto Tribunal ha establecido en su Voto Particular que *"esa variación de criterio no puede ampararse en una variación de supuesto que sea sustancial, por lo que puede lesionar el derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos en las resoluciones jurisdiccionales que aplican las leyes"*. Y es que esas exigencias de seguridad jurídica, justicia e igualdad, que este discrepante ha introducido preliminarmente en el F.J. 1º, tienen en su base la ya antigua doctrina constitucional inicial, entre otras la ST. Constitucional 71/82 de 30 de noviembre y también la de 20 de junio de 1981, que aseguran que *"el principio de seguridad jurídica se enlaza con el principio de reserva de ley, y en un sentido más general con el de la legalidad... y también que la seguridad requiere certeza en la regla del derecho y proscrib[e] formas proclives a la arbitrariedad, donde los principios constitucionales del art. 9.3 no son compartimentos estancos, pues cada uno de ellos cobra valor en función de los demás, pues puede predicarse de la seguridad social que es certeza, legalidad, jerarquía, publicidad, normativa e irretroactividad de lo no favorable interdicción de la arbitrariedad y mucho más"*. Con más fluidez y adecuación ese Voto Particular nos cita la doctrina constitucional al detalle, entre otras, las más actuales sentencias 200/90, 42/93, 240/98, 5, 27, 54, 58, 115 y 246/06 y finalmente 39 y 201/07, recordando que *"el derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por iguales y se discrimine entre ellos"*. En otras palabras, no puede un mismo órgano judicial mantener simultáneamente dos criterios diferentes para resolver casos sustancialmente iguales, cuando no se aprecia ninguna causa de justificación de ese trato diferente.

Por lo que entendiendo que en esa segunda resolución judicial lo que hay es una variación insuficiente e injustificada del criterio precedente, asumo el inicial con los argumentos que allí se engarzan y que hemos querido llevar expositivamente a nuestra resolución mayoritaria.

Con todo, alguna pincelada más exige la declaración. Quizá aquella interpretación literal de la primera resolución judicial comentada pueda no ser muy esclarecedora a la vista de otras sistemáticas, contextuales, teleológicas o históricas, pero quiero traer al trance el recordatorio de que en la voluntad legislativa, y en el estudio propio de la única reforma sustancial que pudo afectar al articulado de aplicación, esto es la Ley 38/02, además de las contextualizaciones que realizó la confirmada resolución en Auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006, para sonsacar del debate parlamentario aquella enmienda del grupo catalán nº 133 ya expuesta y estudiada, permite a cualquier buceador del Boletín de Cortes descubrir aquella terminología del proyecto de ley ("interesados por ofendidos o perjudicados"), que hay que resaltar, también fue interpelada por el quehacer de otros grupos cuales fueron el vasco (enmienda 56 para sustituir interesados por directamente perjudicados, para evitar hacer un ofrecimiento erga omnes en delitos que atacan a bienes jurídicos colectivos), incluso el mismo grupo socialista, con una línea interpretativa que además el grupo popular transaccionó, en la sesión de 24 de junio

de 2002, de entre las distintas propuestas para intentar concretar el término "interesados". (Véase también la SAP Madrid S. 15ª de 4 de julio de 2008)

Del mismo modo hay que hacer acopio de memoria para recordar que tan solo la segunda resolución judicial citada se encuentra pendiente de recurso de amparo e interpretación en nuestro último y máximo intérprete de la Carta Magna, siendo por ello la primera firme y definitiva.

En otro orden de cosas, se quiere salir al paso de la tantas veces expresada supuesta desconfianza en el Ministerio Fiscal para comprender una ampliación de la legitimación de la acusación popular. Y es que desde el antiguo Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Decreto 437/69 hasta el actual orgánico de Ley 50/81, unido a la histórica manifestación del artículo superado 763 de la anterior LOPJ, después llevado al art. 435, también derogado a partir de la Ley Orgánica 19/03, la conclusión constitucional que adelantaba nuestro artículo 124 no debe dejar lugar a dudas sobre las connotaciones públicas e independientes que se prevén en defensa de la legalidad a favor del Ministerio Público que se encuentra sometido y sujeto, como bien recordó nuestra interpelante en el caso de autos, a los principios de legalidad e imparcialidad. Y es que, ciertamente, el Ministerio Fiscal no constituye en sí un representante del Gobierno, ni tampoco su labor exclusiva es el interés de la Administración, pues al margen de una posible ambigüedad estructural, bien denunciada, provocada por fórmulas de equilibrio político-institucional en el ámbito de los poderes del Estado, la sensación de ausencia de independencia no debe desmerecer ese propósito de unidad e intención metódica que defiende su legalidad e imparcialidad, por mucho que también le sea exigible un control con efecto integrador que supere problemáticas que vienen dadas en general por el sistema de su designación, y actualmente se quiera otorgarle la investigación e instrucción de los procesos.

Para ir finalizando, no debo dejar de manifestar, aunque fuera de una manera no ortodoxa, poco técnica, o si se quiere hasta inconveniente, que nuestro criterio de exclusión de la acusación popular no se relaciona con un principio interpretativo a favor del reo o de presunción de inocencia, ni por contra puede permitir que la supuesta e hipotética ampliación de la legitimación de las acusaciones populares se exprese en términos irónicos y permisivos de una mal entendida tutela del derecho de defensa para que los imputados no se vean privados de la posibilidad de demostrar su inocencia, una vez sospechado el supuesto comportamiento criminal que con la limitación se sustrae el enjuiciamiento de fondo. Nuestro sistema judicial e institucional no puede ser permisivo o indolente en el alargamiento interesado e hipotético de utilidades partidistas que se conjuren a la búsqueda del control judicial del ejercicio en reglas políticas de los avatares mundanos. Para este firmante no se puede sostener que la acusación popular, en la singularidad española, contenga la fuerza de perseguir unas determinadas y supuestas acciones criminales que se imputan a distintos sujetos públicos supliendo la iniciativa institucional de la persecución penal, cuando el desarrollo legislativo de tal instituto plausible, cual es la acción popular, no contiene una suficiencia normativa que permita su carácter autónomo en

el ejercicio de la acción pautando una cierta independencia de acción que tan solo se produciría en el sistema anglosajón y con matizaciones.

Si a todo lo anteriormente mencionado unimos como desenlace el precedente y ejemplo de declaración del Auto del T. Supremo de 13 de noviembre de 2006, también conocido para las partes, la conclusión no podrá ser otra sino la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la acción popular que aquí hemos defendido, que impide declarar la legitimación de las acusaciones populares en el supuesto y circunstancia analizada, evitando cualquier tipo de fraude constitucional, que sin perjuicio de ser exigible en su probanza, llevase hacia un direccionamiento que tan poco ayuda a nuestro sistema judicial institucional y democrático, el cual, en la realidad social y jurídica que atempera nuestros comportamientos en este momento concreto, nos descubre que a la vista del hecho enjuiciable, la notoriedad de las realidades y el objeto del proceso penal, cualquier alarma y exceso en la admisión y práctica de innumerables pruebas, que sólo en un afán de garantismo mal entendido han supuesto su conformación, provocan que, en conclusión, se insiste de manera no ortodoxa ni técnica, se deba declarar que la trascendencia y situación del enjuiciamiento no requiere más esfuerzos de los ya expuestos, pues la evidencia del actual nos hace obligatoriamente volver a las realidades cotidianas que exigen no pocos y comparables empeños que momentáneamente han podido quedar desatendidos a pesar de su coincidente trascendencia económica y social.

En suma, no se albergan dudas de que la declaración de la mayoría, que comparto y abundo, referida a la limitación del ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado, encuentra asiento y acomodo en el precedente jurisprudencial explicitado, siendo la forma más conveniente y adecuada de poner fin a esta causa, al menos en esta instancia.

Estas declaraciones, que insisten en lo particular respecto de una concordancia o coincidencia en el desenlace final, hacen igualmente inexigible mencionar cualesquiera otras referencias dispositivas que no se contengan ya en el auto mayoritario que suscribo.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar

Discrepo de la resolución adoptada únicamente en el particular relativo a la estimación de la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal y la defensa de todos los acusados (excepto la del Excmo. Sr. Ibarretxe), consistente en la ausencia de acusación legítima por no tener tal cualidad la formulada en exclusiva, en la causa, por las acusaciones populares y proceder, por ello, el libre sobreseimiento de las actuaciones, con archivo de las actuaciones. En mi opinión, tal cuestión debió desestimarse por ser suficiente para el ejercicio de la acción penal, en este caso, la que formularon las dos asociaciones querellantes.

La razón esencial de ese diferente criterio radica en el distinto modo de interpretar el alcance de lo dispuesto en el art. 782-1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), en su redacción vigente tras Ley 38/2002, de 24 de octubre, cuya aplicación al caso de autos no se cuestiona.

Precepto, éste, que literalmente dispone: "Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 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."

A mi juicio, la expresión "acusación particular" que utiliza la norma (cuya redacción actual dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, no ha cambiado el sentido que anteriormente tenía y se aplicaba por los tribunales), en consonancia con su uso en el resto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abarca tanto a la acusación formulada por el ofendido o perjudicado por la conducta que se imputa delictiva como a la acusación que se realiza en ejercicio de la acción popular, queriendo significar a toda acusación que no sea la realizada por el Ministerio Público y no debiendo leerse en los términos en que la doctrina científica y la jurisprudencia usa el término, por lo que, en un caso como el de autos (en el que no ha habido más acusación que la efectuada por las dos asociaciones querellantes en ejercicio de la acción popular), no concurre el supuesto previsto en dicho precepto y, por ello, no lo vulneró el Juez-Instructor cuando acordó abrir juicio oral. En todo caso (esto es, aún de estimarse que en la referida expresión se incluye sólo a la acusación planteada por los sujetos perjudicados), la comprensión del precepto no altera la anterior conclusión, ya que no concurre la doble exigencia que la norma exige (que el sobreseimiento se haya solicitado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular) porque aquí no ha habido acusación particular que lo haya pedido, tal y como precisamente sucedió en el denominado "caso Atutxa" y ha validado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2008 (RC 408/2007), en significativa diferencia de lo que sucedió en el llamado "caso Botín" (en el que pidió el sobreseimiento el Ministerio Fiscal y no había comparecido a juicio la acusación particular, constituida por la abogacía del

Estado, pero que previamente había interesado ya el archivo definitivo de la causa) y explica la diferente solución aplicada por dicho Tribunal en su sentencia de 17 de diciembre de 2007 (RC 315/2007). Doctrina, la de esta última sentencia, que no considero de aplicación al caso de autos, en contra de la decisión aprobada, por esa disparidad de circunstancias, no constituir jurisprudencia al ser una sola resolución y, a la vista de lo resuelto por el Tribunal en el "caso Atutxa" y la contradictoria línea de fundamentación en que ambas sentencias se asientan, ni tan siquiera me parece que constituye un criterio que, aunque aún único, presagie su posterior aplicación a casos como el de autos, en los que por la naturaleza del delito, no hay sujetos ofendidos o perjudicados y, por tanto, no son susceptibles de acusación por éstos.

He resumido, en el párrafo anterior, los elementos esenciales de mi posición, cuyo fundamento más detallado expongo más adelante.

II

Conviene señalar con carácter previo, para evitar equívocos en un asunto con tanta repercusión mediática como éste, que la única razón esgrimida por las partes, en la sesión del jueves 8 de enero, para que decretásemos el libre sobreseimiento de las actuaciones con archivo de la causa fue la de ausencia de acusación legítima para seguir juicio oral, invocada por el Ministerio Fiscal y todas las defensas salvo la del Excmo. Sr. Ibarretxe (que la había anunciado en su escrito de conclusiones provisionales pero la retiró en dicho acto), que sustentaban en lo dispuesto en el art. 782-1 LECr, en su párrafo primero; exclusivamente, por tanto, en que no existía más acusación que la formulada al amparo de la acción popular ejercitada por las asociaciones querellantes. De ahí que quede fuera de nuestra decisión otras cuestiones que han planeado por la sala de vistas en esa sesión, como son aquéllas suscitadas por las defensas y el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, tanto ante el Juez-Instructor como ante la Sala actuando colegiadamente (bien en fase de recurso de apelación, bien en fase de decisión suya inicial): concretamente, que la conducta imputada no es delictiva porque lo ha dicho ya el Tribunal Supremo en su auto de 13 de noviembre de 2006, al fundar en ello la denegación de la admisión de la querrela interpuesta en representación del Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias" contra el Presidente del Gobierno y miembros del Consejo de Ministros por la conducta que tuvieron en relación con la reunión de 6 de julio de ese año (objeto de imputación en la causa actual); o que los hechos a enjuiciar no son constitutivos de delito por otras razones que no es del caso detallar ahora.

Falta de acusación legítima cuyo recto encaje en el ámbito de las cuestiones propias de la audiencia preliminar prevista en el art. 786-2 LECr no es otro que el de vulneración de derechos fundamentales, en tanto que quedaría afectado el derecho de las defensas a ser objeto de una acusación legítima, evitando su enjuiciamiento y condena sin tal requisito, con la consiguiente quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24-2 de nuestra Constitución (CE), que en el ámbito del proceso penal lleva

implícito el principio acusatorio. Se trata, con ello, de una vía peculiar por la que el tribunal enjuiciador controla la decisión de apertura del juicio oral del Juez-Instructor (en sí, irrecurrible: art. 783-3 LECr), pero con la limitación propia de tener que hacerlo únicamente por vulneración de derechos fundamentales.

III

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no conoce la expresión "acusación popular", pese a que sí contempla la de "acción popular" (art. 270), que establece el art. 101 y nuestra Constitución reconoce como derecho a los ciudadanos en su art. 125 (aunque de configuración legal). No hay en su articulado mención alguna a esa expresión y tal cuestión es capital para solventar el problema interpretativo sometido a nuestra decisión, ya que marca la pauta para hacerlo: sus preceptos han de leerse desde el análisis sistemático de la propia Ley y dando a las palabras que emplea el sentido que derivan del significado que le da la propia norma (y no desde el diferente, que se emplea por quienes la manejan).

Cierto es que utiliza otras expresiones que, en su literalidad, permiten incluir a la acusación popular sin discusión, como por ejemplo "partes personadas", "otras partes", "las partes", "acusaciones personadas" o "partes acusadoras", pero entender que sus derechos, facultades, obligaciones y cargas procesales se limitan a las que se reconocen a los sujetos que se describen bajo esos términos globales, supondría una ordenación incoherente y carente de elementos esenciales para tutelar en forma efectiva su legítimo interés en el proceso.

La jurisprudencia y la práctica judicial menor coinciden en estimar incluida a la acusación popular en la expresión "acusación particular" que se usa en los preceptos de nuestra ley procesal penal (arts. 19-5º, 37 en su párrafo primero, 53, 651 en su párrafo inicial, 734 en su primer párrafo, 783-2, 800-1, 2 y 4, 801-5 y 993) u otras similares, como "particular querellante" (art. 642) o "acusador privado" (arts. 622 en su párrafo segundo, 649 en su párrafo primero, 659 en su párrafo segundo y 875 en su párrafo inicial), de tal forma que abarque no sólo a la acusación que efectúa la parte ofendida por la conducta que se imputa como criminal sino también a la acusación que se realiza en ejercicio de la acción popular. No es preciso, ahora, dar detalles de esa práctica con carácter general, aunque sí tiene interés señalar alguno de los que se han dictado aplicando una regla similar a la del actual art. 782-1 LECr, contenida en la regulación del procedimiento abreviado anterior a la Ley 38/2002 (su art. 790-3), para lo que basta con citar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de enero de 2006, nº 168/2006, recaída en recurso de casación 1382/2004; e igual sucede con el modo de aplicar la regla del art. 642 LECr, de igual calado, prevista para el procedimiento ordinario, para lo que resulta suficiente con recordar que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el "caso Atutxa" admite explícitamente esa práctica (fundamento jurídico tercero, en su párrafo cuarto).

La sentencia del "caso Botín", sin embargo, se aparta de esa lectura en dicho caso, vigente ya la Ley 38/2002, en sentencia dictada por el pleno de sus miembros, aunque con la discrepancia de varios de ellos (seis de los catorce que intervinieron). Cambio de criterio que funda en un argumento central que deja intacto el núcleo esencial de la práctica anterior, como es que la Ley 38/2002 tiene elementos reveladores de que, en el actual art. 782-1 LECr se usa la expresión "acusación particular" de un modo más ajustado al que se emplea por la doctrina científica y la jurisprudencia; por tanto, limitado a la acusación formulada por el perjudicado u ofendido, pero sin abarcar a la acusación formulada en ejercicio de la acción popular (= acusación popular, en el lenguaje de esas doctrinas), puesta de manifiesto por el mantenimiento de su literalidad, dado el uso que ya se admite del concepto en éstas, unido a la razón esgrimida en la enmienda que se planteó para modificar la exposición de motivos de la Ley en ese particular extremo, que además obedece a causa razonable, dada la menor gravedad de los delitos que se enjuician bajo el procedimiento abreviado, que justificaría, por razones de celeridad, la diferencia de trato con la ausencia de cambio en el procedimiento ordinario.

Cúmulo de razones que, a mi entender, no fundamentan esa lectura, como se dejó expuesto por los magistrados del Tribunal Supremo discrepantes, si tenemos en cuenta: a) que esa utilización del concepto ya se hacía bajo la redacción original del precepto (que no viene de los orígenes de la norma, en 1882, sino de la creación del procedimiento abreviado, mediante Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre) y, pese a ello, la jurisprudencia y la práctica judicial menor siguió admitiendo que la expresión "acusación particular" incluía a los dos tipos de acusaciones distintos de la del Mº Fiscal; b) que el cambio experimentado en la ordenación, fruto de la Ley 38/2002, se centra únicamente en establecer, para el procedimiento abreviado, una regla similar a la previamente existente en el procedimiento ordinario (art. 642 LECr), consistente en permitir al Juez que, no formulada acusación por el Ministerio Fiscal y no personado en la misma el acusador particular, pueda el Juez poner de manifiesto esa posición del primero a los ofendidos o perjudicados, no personados, a fin de que comparezcan para defender su acción (art. 782-2 LECr), por lo que la justificación de la enmienda no puede rebasar un alcance superior al de la novedad (la puesta en conocimiento, a los interesados, de la falta de acusación por el Ministerio Fiscal para que puedan comparecer en las actuaciones y defender la acción penal, si fuera de su interés), que además se explica desde esta misma novedad (no se trata de llamar a cualquier ciudadano para que ejercite, entonces, la acción popular, sino únicamente al ofendido por la conducta que se imputa como delictiva, en exacta precisión del término "interesados" que se usa en el art. 642 LECr); c) que ese mismo preámbulo de la Ley 38/2002 es la mejor demostración de que ésta no cambia el sentido tradicional del término "acusación particular" que se emplea en la regla ahora contenida en su art. 782-1 y antes en su art. 790-3, desde el momento en que ninguna mención se hace, en él, a una novedad de tal calado como la que se alega que introdujo dicha norma, para lo que nada mejor que reproducir los términos con los que da cuenta de la novedad, que expresan de manera explícita el alcance del cambio: "Las reformas que se introducen en el procedimiento abreviado son de muchos tipos. En unos casos, se trata de modificaciones

meramente sistemáticas o de redacción, como en el caso de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento y no estuviesen personados los ofendidos por el delito como perjudicados ejercientes de la acusación particular, trasponiéndose, a tal fin, 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"; d) que el pretendido cambio normativo no se traduce en una mayor rapidez de enjuiciamiento sino en una privación de éste, sin que alcance a ver qué razón puede justificar la diferencia de trato entre la acusación popular y el resto de acusaciones, dado que nuestro ordenamiento jurídico no la configura como una acusación subordinada a cualquiera de las otras; e) que esa comprensión del precepto choca frontalmente con el modo de entender la misma expresión ("acusación particular") contenida en otros artículos de la regulación del procedimiento abreviado, fruto de la Ley 38/2002, con lo que se revela una lectura incoherente, ya que una misma expresión utilizada en diversos preceptos introducidos por la misma Ley se lee en forma diametralmente opuesta en uno y en otros, como lo ponen de manifiesto sus arts. 800-1, 2 y 4 y 801-5 e, incluso, de manera aún más significativa por tratarse de uno que se ubica en la ordenación de la misma cuestión, su art. 783-2, e incluso se ajusta plenamente a lo dispuesto en su art. 761 (fruto de esa misma reforma legal), en donde se mantiene la redacción precedente (art. 783 del texto anterior de la LECr), al indicar que el ejercicio de la acción penal **por particulares, sean o no ofendidos por el delito**, debe efectuarse expresando la acción que se ejerce, porque con ello pone de manifiesto que la utilización del término "particular" sigue teniendo, en nuestra LECr, tras la Ley 38/2002, al hablar de la acusación, el amplio sentido que siempre tuvo, comprensivo tanto del que acusa como ofendido y del que lo hace en ejercicio de la acción popular.

Con independencia de esa falta de fundamento, a mi entender, para el cambio interpretativo que supuso la sentencia del "caso Botín", sí conviene resaltar un factor capital: cuantas razones se esgrimieron por el Tribunal Supremo, en dicha resolución, conducían a leerla en los términos ahí defendidos con carácter general: esto es, tanto para los casos en que no había posibilidad de acusación particular como para aquéllos en los que había sujetos ofendidos o perjudicados por la conducta enjuiciada. Así, si la expresión acusación particular quedaba reducida a su concepto técnico depurado por la doctrina y la jurisprudencia, necesariamente sería así en todos los casos; si la razonabilidad provenía de la levedad de la pena, idéntica reducida entidad concurre en ambos casos.

Sin embargo, la posterior sentencia del Tribunal Supremo dictada en el "caso Atutxa", aunque formalmente respeta la modificación y dice que se limita a matizar el ámbito concreto de aplicación del criterio anterior, en realidad viene a arrasar los endebles fundamentos que lo sostenían. Ciertamente es que entre el "caso Atutxa" y el "caso Botín" hay una diferencia, ya que en éste se persigue una conducta que se imputa constitutiva de un delito con perjudicados, mientras que en aquél no los hay. Visto únicamente desde esa perspectiva, cabe afirmar su compatibilidad; la conclusión se desvanece, sin embargo, cuando el análisis se hace desde los fundamentos que sostenían la doctrina del "caso

Botín", porque a su luz, resulta del todo irrelevante que la conducta enjuiciada sea propia de un delito con posibles ofendidos o perjudicados, o sin ellos; baste con un dato para evidenciarlo: no es posible en buena técnica jurídica, a mi juicio, que la expresión "acusación particular" que contiene el art. 782-1 LECr englobe a la acusación popular en las conductas delictivas sin perjudicados y la excluya en las que sí existan, de tal forma que tenga un significado diferente para según qué casos; aún menos, si esa expresión se atribuye a una Ley, como la 38/2002, que no ha cambiado, en tal aspecto, la literalidad de una regla que, hasta entonces, era de unívoco sentido. La sentencia de 8 de abril de 2008 trata de ocultar esa circunstancia y, para ello, pone el énfasis en que la sentencia de 17 de diciembre de 2007 tenía su fundamento esencial "en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado". Pero la lectura de esta sentencia pone de manifiesto que no está ahí su fundamento, sino únicamente el del ajuste constitucional del art. 782-1 LECr en la interpretación que hizo la Audiencia Nacional y el Tribunal confirma, pero no la razón por la que llega a esta concreta interpretación, que se hace desde un plano de estricta legalidad y por las razones que antes expuse.

En esa tesitura, no advirtiendo homogeneidad de doctrina entre las dos sentencias y no pudiendo sostenerse, por tanto, que existe jurisprudencia, me parece más adecuado defender el criterio tradicional, en el pleno convencimiento de que, como dijo el letrado de la Asociación querellante Dignidad y Justicia en la vista oral, la sentencia del "caso Botín" resulta estrambótica, y, añadido ahora por mi parte, la del "caso Atutxa" no se ha atrevido a desautorizarla en forma expresa pero, al contradecir sus fundamentos, no sólo viene a dejarla con mucho menor recorrido formal (que, en todo caso, no cubre uno como el de autos, análogo al del caso Atutxa) sino que priva del soporte legal que servía de fundamento a la doctrina del "caso Botín" (el cambio introducido por la Ley 38/2002). En el peor de los casos para mi posición, cuando menos deja patente que la doctrina del "caso Botín" no puede aplicarse a supuestos como el del caso Atutxa, similar al de la presente causa.

Para mis compañeros de deliberación la sentencia del "caso Botín" marca la buena línea del Tribunal Supremo y vienen a considerar extravagante la del caso Atutxa, en cuanto se aparta de aquélla, estimando que ésta contradice su propio precedente y no cabe hacerlo sin infringir el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Sin embargo, la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos, que nuestra Constitución impone en su art. 9-3, debe de entrar en juego, a mi juicio, desde un momento anterior. **De ahí que no me apunte a ninguna de ellas sino a la doctrina tradicional, expresada en la sentencia de 30 de enero de 2006, ya que los cambios introducidos por la Ley 38/2002 no afectan a la regla ahora contenida en el art. 782-1 LECr.**

Doctrina conforme a la cual, el libre sobreseimiento de la causa contemplado en ese precepto sólo procede cuando no hay acusación, lo que no es el caso de autos, en que las asociaciones querellantes han formalizando la oportuna acusación en legítimo ejercicio de la acción popular.

Tales son las razones por las que, a mi entender, no cabe formular reproche al Juez Instructor por haber acordado la apertura del juicio oral con esa única modalidad de acusación y debimos desestimar la cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal y por todas las defensas, salvo la del Excmo. Sr. Ibarretxe, para lograr el libre sobreseimiento de las actuaciones sin continuidad del juicio oral; en consecuencia, debimos dar respuesta al resto de cuestiones suscitadas por las partes en la audiencia preliminar, sobre las que, como es lógico, no debo pronunciarme ahora, ya que no han sido objeto de deliberación por el tribunal (salvo para analizar el orden concreto de examen).

Dejo expuesto, así, mi discrepancia con uno de los varios pronunciamientos decididos por el tribunal, manifestando mi expresa conformidad con los restantes.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar

I

Discrepo de la resolución adoptada únicamente en el particular relativo a la estimación de la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal y la defensa de todos los acusados (excepto la del Excmo. Sr. Ibarretxe), consistente en la ausencia de acusación legítima por no tener tal cualidad la formulada en exclusiva, en la causa, por las acusaciones populares y proceder, por ello, el libre sobreseimiento de las actuaciones, con archivo de las actuaciones. En mi opinión, tal cuestión debió desestimarse por ser suficiente para el ejercicio de la acción penal, en este caso, la que formularon las dos asociaciones querellantes.

La razón esencial de ese diferente criterio radica en el distinto modo de interpretar el alcance de lo dispuesto en el art. 782-1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), en su redacción vigente tras Ley 38/2002, de 24 de octubre, cuya aplicación al caso de autos no se cuestiona.

Precepto, éste, que literalmente dispone: "Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 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."

A mi juicio, la expresión "acusación particular" que utiliza la norma (cuya redacción actual dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, no ha cambiado el sentido que anteriormente tenía y se aplicaba por los tribunales), en consonancia con su uso en el resto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abarca tanto a la acusación formulada por el ofendido o perjudicado por la conducta que se imputa delictiva como a la acusación que se realiza en ejercicio de la acción popular, queriendo significar a toda acusación que no sea la realizada por el Ministerio Público y no debiendo leerse en los términos en que la doctrina científica y la jurisprudencia usa el término, por lo que, en un caso como el de autos (en el que no ha habido más acusación que la efectuada por las dos asociaciones querellantes en ejercicio de la acción popular), no concurre el supuesto previsto en dicho precepto y, por ello, no lo vulneró el Juez-Instructor cuando acordó abrir juicio oral. En todo caso (esto es, aún de estimarse que en la referida expresión se incluye sólo a la acusación planteada por los sujetos perjudicados), la comprensión del precepto no altera la anterior conclusión, ya que no concurre la doble exigencia que la norma exige (que el sobreseimiento se haya solicitado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular) porque aquí no ha habido acusación particular que lo haya pedido, tal y como precisamente sucedió en el denominado "caso Atutxa" y ha validado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2008 (RC 408/2007), en significativa diferencia de lo que sucedió en el llamado "caso Botín" (en el que pidió el sobreseimiento el Ministerio Fiscal y no había comparecido a juicio la acusación particular, constituida por la abogacía del Estado, pero que previamente había interesado ya el archivo definitivo de la causa) y explica la diferente solución aplicada por dicho Tribunal en su sentencia de 17 de diciembre de 2007 (RC 315/2007). Doctrina, la de esta última sentencia, que no considero de aplicación al caso de autos, en contra de la decisión aprobada, por esa disparidad de circunstancias, no constituir jurisprudencia al ser una sola resolución y, a la vista de lo resuelto por el Tribunal en el "caso Atutxa" y la contradictoria línea de fundamentación en que ambas sentencias se asientan, ni tan siquiera me parece que constituye un criterio que, aunque aún único, presagie su posterior aplicación a casos como el de autos, en los que por la naturaleza del delito, no hay sujetos ofendidos o perjudicados y, por tanto, no son susceptibles de acusación por éstos.

He resumido, en el párrafo anterior, los elementos esenciales de mi posición, cuyo fundamento más detallado expongo más adelante.

II

Conviene señalar con carácter previo, para evitar equívocos en un asunto con tanta repercusión mediática como éste, que la única razón esgrimida por las partes, en la sesión del jueves 8 de enero, para que decretásemos el libre sobreseimiento de las actuaciones con archivo de la causa fue la de ausencia de acusación legítima para seguir juicio oral, invocada por el Ministerio Fiscal y todas las defensas salvo la del Excmo. Sr. Ibarretxe (que la había anunciado en su escrito de conclusiones provisionales pero la retiró en dicho acto), que sustentaban en lo dispuesto en el art. 782-1 LECr, en su párrafo primero; exclusivamente, por tanto, en que no existía más acusación que la formulada al amparo de la acción popular ejercitada por las asociaciones querellantes. De ahí que quede fuera de nuestra decisión otras cuestiones que han planeado por la sala de vistas en esa sesión, como son aquéllas suscitadas por las defensas y el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, tanto ante el Juez-Instructor como ante la Sala actuando colegiadamente (bien en fase de recurso de apelación, bien en fase de decisión suya inicial): concretamente, que la conducta imputada no es delictiva porque lo ha dicho ya el Tribunal Supremo en su auto de 13 de noviembre de 2006, al fundar en ello la denegación de la admisión de la querrela interpuesta en representación del Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias" contra el Presidente del Gobierno y miembros del Consejo de Ministros por la conducta que tuvieron en relación con la reunión de 6 de julio de ese año (objeto de imputación en la causa actual); o que los hechos a enjuiciar no son constitutivos de delito por otras razones que no es del caso detallar ahora.

Falta de acusación legítima cuyo recto encaje en el ámbito de las cuestiones propias de la audiencia preliminar prevista en el art. 786-2 LECr no es otro que el de vulneración de derechos fundamentales, en tanto que quedaría afectado el derecho de las defensas a ser objeto de una acusación legítima, evitando su enjuiciamiento y condena sin tal requisito, con la consiguiente quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24-2 de nuestra Constitución (CE), que en el ámbito del proceso penal lleva implícito el principio acusatorio. Se trata, con ello, de una vía peculiar por la que el tribunal enjuiciador controla la decisión de apertura del juicio oral del Juez-Instructor (en sí, irrecurrible: art. 783-3 LECr), pero con la limitación propia de tener que hacerlo únicamente por vulneración de derechos fundamentales.

III

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no conoce la expresión "acusación popular", pese a que sí contempla la de "acción popular" (art. 270), que establece el art. 101 y nuestra Constitución reconoce como derecho a los ciudadanos en su art. 125 (aunque de configuración legal). No hay en su articulado mención alguna a esa expresión y tal cuestión es capital para solventar el problema interpretativo sometido a nuestra decisión, ya que marca la pauta para hacerlo: sus preceptos han de leerse desde el análisis sistemático de la

propia Ley y dando a las palabras que emplea el sentido que derivan del significado que le da la propia norma (y no desde el diferente, que se emplea por quienes la manejan).

Cierto es que utiliza otras expresiones que, en su literalidad, permiten incluir a la acusación popular sin discusión, como por ejemplo "partes personadas", "otras partes", "las partes", "acusaciones personadas" o "partes acusadoras", pero entender que sus derechos, facultades, obligaciones y cargas procesales se limitan a las que se reconocen a los sujetos que se describen bajo esos términos globales, supondría una ordenación incoherente y carente de elementos esenciales para tutelar en forma efectiva su legítimo interés en el proceso.

La jurisprudencia y la práctica judicial menor coinciden en estimar incluida a la acusación popular en la expresión "acusación particular" que se usa en los preceptos de nuestra ley procesal penal (arts. 19-5º, 37 en su párrafo primero, 53, 651 en su párrafo inicial, 734 en su primer párrafo, 783-2, 800-1, 2 y 4, 801-5 y 993) u otras similares, como "particular querellante" (art. 642) o "acusador privado" (arts. 622 en su párrafo segundo, 649 en su párrafo primero, 659 en su párrafo segundo y 875 en su párrafo inicial), de tal forma que abarque no sólo a la acusación que efectúa la parte ofendida por la conducta que se imputa como criminal sino también a la acusación que se realiza en ejercicio de la acción popular. No es preciso, ahora, dar detalles de esa práctica con carácter general, aunque sí tiene interés señalar alguno de los que se han dictado aplicando una regla similar a la del actual art. 782-1 LECr, contenida en la regulación del procedimiento abreviado anterior a la Ley 38/2002 (su art. 790-3), para lo que basta con citar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de enero de 2006, nº 168/2006, recaída en recurso de casación 1382/2004; e igual sucede con el modo de aplicar la regla del art. 642 LECr, de igual calado, prevista para el procedimiento ordinario, para lo que resulta suficiente con recordar que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el "caso Atutxa" admite explícitamente esa práctica (fundamento jurídico tercero, en su párrafo cuarto).

La sentencia del "caso Botín", sin embargo, se aparta de esa lectura en dicho caso, vigente ya la Ley 38/2002, en sentencia dictada por el pleno de sus miembros, aunque con la discrepancia de varios de ellos (seis de los catorce que intervinieron). Cambio de criterio que funda en un argumento central que deja intacto el núcleo esencial de la práctica anterior, como es que la Ley 38/2002 tiene elementos reveladores de que, en el actual art. 782-1 LECr se usa la expresión "acusación particular" de un modo más ajustado al que se emplea por la doctrina científica y la jurisprudencia; por tanto, limitado a la acusación formulada por el perjudicado u ofendido, pero sin abarcar a la acusación formulada en ejercicio de la acción popular (= acusación popular, en el lenguaje de esas doctrinas), puesta de manifiesto por el mantenimiento de su literalidad, dado el uso que ya se admite del concepto en éstas, unido a la razón esgrimida en la enmienda que se planteó para modificar la exposición de motivos de la Ley en ese particular extremo, que además obedece a causa razonable, dada la menor gravedad de los delitos que se enjuician bajo el

procedimiento abreviado, que justificaría, por razones de celeridad, la diferencia de trato con la ausencia de cambio en el procedimiento ordinario.

Cúmulo de razones que, a mi entender, no fundamentan esa lectura, como se dejó expuesto por los magistrados del Tribunal Supremo discrepantes, si tenemos en cuenta: a) que esa utilización del concepto ya se hacía bajo la redacción original del precepto (que no viene de los orígenes de la norma, en 1882, sino de la creación del procedimiento abreviado, mediante Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre) y, pese a ello, la jurisprudencia y la práctica judicial menor siguió admitiendo que la expresión "acusación particular" incluía a los dos tipos de acusaciones distintos de la del M^o Fiscal; b) que el cambio experimentado en la ordenación, fruto de la Ley 38/2002, se centra únicamente en establecer, para el procedimiento abreviado, una regla similar a la previamente existente en el procedimiento ordinario (art. 642 LECr), consistente en permitir al Juez que, no formulada acusación por el Ministerio Fiscal y no personado en la misma el acusador particular, pueda el Juez poner de manifiesto esa posición del primero a los ofendidos o perjudicados, no personados, a fin de que comparezcan para defender su acción (art. 782-2 LECr), por lo que la justificación de la enmienda no puede rebasar un alcance superior al de la novedad (la puesta en conocimiento, a los interesados, de la falta de acusación por el Ministerio Fiscal para que puedan comparecer en las actuaciones y defender la acción penal, si fuera de su interés), que además se explica desde esta misma novedad (no se trata de llamar a cualquier ciudadano para que ejercite, entonces, la acción popular, sino únicamente al ofendido por la conducta que se imputa como delictiva, en exacta precisión del término "interesados" que se usa en el art. 642 LECr); c) que ese mismo preámbulo de la Ley 38/2002 es la mejor demostración de que ésta no cambia el sentido tradicional del término "acusación particular" que se emplea en la regla ahora contenida en su art. 782-1 y antes en su art. 790-3, desde el momento en que ninguna mención se hace, en él, a una novedad de tal calado como la que se alega que introdujo dicha norma, para lo que nada mejor que reproducir los términos con los que da cuenta de la novedad, que expresan de manera explícita el alcance del cambio: "Las reformas que se introducen en el procedimiento abreviado son de muchos tipos. En unos casos, se trata de modificaciones meramente sistemáticas o de redacción, como en el caso de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento y no estuviesen personados los ofendidos por el delito como perjudicados ejercientes de la acusación particular, trasponiéndose, a tal fin, 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"; d) que el pretendido cambio normativo no se traduce en una mayor rapidez de enjuiciamiento sino en una privación de éste, sin que alcance a ver qué razón puede justificar la diferencia de trato entre la acusación popular y el resto de acusaciones, dado que nuestro ordenamiento jurídico no la configura como una acusación subordinada a cualquiera de las otras; e) que esa comprensión del precepto choca frontalmente con el modo de entender la misma expresión ("acusación particular") contenida en otros artículos de la regulación del procedimiento abreviado, fruto de la Ley 38/2002, con lo que se revela una lectura incoherente, ya que una misma expresión utilizada en diversos preceptos

introducidos por la misma Ley se lee en forma diametralmente opuesta en uno y en otros, como lo ponen de manifiesto sus arts. 800-1, 2 y 4 y 801-5 e, incluso, de manera aún más significativa por tratarse de uno que se ubica en la ordenación de la misma cuestión, su art. 783-2, e incluso se ajusta plenamente a lo dispuesto en su art. 761 (fruto de esa misma reforma legal), en donde se mantiene la redacción precedente (art. 783 del texto anterior de la LECr), al indicar que el ejercicio de la acción penal **por particulares, sean o no ofendidos por el delito**, debe efectuarse expresando la acción que se ejerce, porque con ello pone de manifiesto que la utilización del término "particular" sigue teniendo, en nuestra LECr, tras la Ley 38/2002, al hablar de la acusación, el amplio sentido que siempre tuvo, comprensivo tanto del que acusa como ofendido y del que lo hace en ejercicio de la acción popular.

Con independencia de esa falta de fundamento, a mi entender, para el cambio interpretativo que supuso la sentencia del "caso Botín", sí conviene resaltar un factor capital: cuantas razones se esgrimieron por el Tribunal Supremo, en dicha resolución, conducían a leerla en los términos ahí defendidos con carácter general: esto es, tanto para los casos en que no había posibilidad de acusación particular como para aquéllos en los que había sujetos ofendidos o perjudicados por la conducta enjuiciada. Así, si la expresión acusación particular quedaba reducida a su concepto técnico depurado por la doctrina y la jurisprudencia, necesariamente sería así en todos los casos; si la razonabilidad provenía de la levedad de la pena, idéntica reducida entidad concurre en ambos casos.

Sin embargo, la posterior sentencia del Tribunal Supremo dictada en el "caso Atutxa", aunque formalmente respeta la modificación y dice que se limita a matizar el ámbito concreto de aplicación del criterio anterior, en realidad viene a arrasar los endebles fundamentos que lo sostenían. Ciertamente es que entre el "caso Atutxa" y el "caso Botín" hay una diferencia, ya que en éste se persigue una conducta que se imputa constitutiva de un delito con perjudicados, mientras que en aquél no los hay. Visto únicamente desde esa perspectiva, cabe afirmar su compatibilidad; la conclusión se desvanece, sin embargo, cuando el análisis se hace desde los fundamentos que sostenían la doctrina del "caso Botín", porque a su luz, resulta del todo irrelevante que la conducta enjuiciada sea propia de un delito con posibles ofendidos o perjudicados, o sin ellos; baste con un dato para evidenciarlo: no es posible en buena técnica jurídica, a mi juicio, que la expresión "acusación particular" que contiene el art. 782-1 LECr englobe a la acusación popular en las conductas delictivas sin perjudicados y la excluya en las que sí existan, de tal forma que tenga un significado diferente para según qué casos; aún menos, si esa expresión se atribuye a una Ley, como la 38/2002, que no ha cambiado, en tal aspecto, la literalidad de una regla que, hasta entonces, era de unívoco sentido. La sentencia de 8 de abril de 2008 trata de ocultar esa circunstancia y, para ello, pone el énfasis en que la sentencia de 17 de diciembre de 2007 tenía su fundamento esencial "en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado,

hecho valer por el perjudicado". Pero la lectura de esta sentencia pone de manifiesto que no está ahí su fundamento, sino únicamente el del ajuste constitucional del art. 782-1 LECr en la interpretación que hizo la Audiencia Nacional y el Tribunal confirma, pero no la razón por la que llega a esta concreta interpretación, que se hace desde un plano de estricta legalidad y por las razones que antes expuse.

En esa tesitura, no advirtiendo homogeneidad de doctrina entre las dos sentencias y no pudiendo sostenerse, por tanto, que existe jurisprudencia, me parece más adecuado defender el criterio tradicional, en el pleno convencimiento de que, como dijo el letrado de la Asociación querellante Dignidad y Justicia en la vista oral, la sentencia del "caso Botín" resulta estrambótica, y, añadido ahora por mi parte, la del "caso Atutxa" no se ha atrevido a desautorizarla en forma expresa pero, al contradecir sus fundamentos, no sólo viene a dejarla con mucho menor recorrido formal (que, en todo caso, no cubre uno como el de autos, análogo al del caso Atutxa) sino que priva del soporte legal que servía de fundamento a la doctrina del "caso Botín" (el cambio introducido por la Ley 38/2002). En el peor de los casos para mi posición, cuando menos deja patente que la doctrina del "caso Botín" no puede aplicarse a supuestos como el del caso Atutxa, similar al de la presente causa.

Para mis compañeros de deliberación la sentencia del "caso Botín" marca la buena línea del Tribunal Supremo y vienen a considerar extravagante la del caso Atutxa, en cuanto se aparta de aquélla, estimando que ésta contradice su propio precedente y no cabe hacerlo sin infringir el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Sin embargo, la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos, que nuestra Constitución impone en su art. 9-3, debe de entrar en juego, a mi juicio, desde un momento anterior. **De ahí que no me apunte a ninguna de ellas sino a la doctrina tradicional, expresada en la sentencia de 30 de enero de 2006, ya que los cambios introducidos por la Ley 38/2002 no afectan a la regla ahora contenida en el art. 782-1 LECr.**

Doctrina conforme a la cual, el libre sobreseimiento de la causa contemplado en ese precepto sólo procede cuando no hay acusación, lo que no es el caso de autos, en que las asociaciones querellantes han formalizando la oportuna acusación en legítimo ejercicio de la acción popular.

Tales son las razones por las que, a mi entender, no cabe formular reproche al Juez Instructor por haber acordado la apertura del juicio oral con esa única modalidad de acusación y debimos desestimar la cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal y por todas las defensas, salvo la del Excmo. Sr. Ibarretxe, para lograr el libre sobreseimiento de las actuaciones sin continuidad del juicio oral; en consecuencia, debimos dar respuesta al resto de cuestiones suscitadas por las partes en la audiencia preliminar, sobre las que, como es lógico, no debo pronunciarme ahora, ya que no han sido objeto de deliberación por el tribunal (salvo para analizar el orden concreto de examen).

Dejo expuesto, así, mi discrepancia con uno de los varios pronunciamientos decididos por el tribunal, manifestando mi expresa conformidad con los restantes.