

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 1045/2007

*RECURSO CASACION N°:*315/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Aud. Nacional, Sección 1 Sala de lo Penal

Fecha Sentencia: 17/12/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: IVL

- * Límites del ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado.
- Fundamento.**
- * Bases constitucionales de esos límites.
 - * Fundamento institucional de la acción popular. Posición del Ministerio Fiscal.
 - * Ponderación de intereses y bienes por parte del Legislador.
 - * Limitaciones establecidas en el CP: Delitos dependientes de instancia privada y límites de la acción pública y popular.

RECURSO DE CASACIÓN N°: 315/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Fallo: 20/12/2004

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 1045/2007

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Enrique Bacigalupo Zapater
D. Joaquín Delgado García
D. Carlos Granados Pérez
D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por las representaciones legales de **la Acusación Popular ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE INVERSORES Y CLIENTES y la FEDERACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS**, contra Auto de fecha 20 de diciembre de 2006, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater; han sido partes el **Ministerio Fiscal** y como **recurrentes**: ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE INVERSORES Y CLIENTES representada por el Procurador de los Tribunales Don Luis José García Barrenechea y la FEDERACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Esther Rodríguez Pérez; como **recurridos**: el Abogado del Estado, D. Damián Barceló Obrador y D. Guillermo Pol Ferrer representados por el Procurador Don Julián Caballero Aguado, D. Juan Antón Riesgo representado por la Procuradora Doña María Leocadia García Cornejo, D. Eduardo Castro Fernández representada por la Procuradora Doña María Jesús González Díez, Don Santiago Tres Casas representado por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillé, Don Juan Antonio Peraza Marrero representado por el Procurador Don Carlos José Navarro Gutiérrez, Don Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Ríos, Don Rodrigo Echenique Gordillo, Don José Ignacio Ucles Romero y Don Ricardo Alonso Clavel representados por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, Don Mariano Benito Samaniego representado por el Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, Don Francisco Javier Goñi Arruabarrena (FAMAGO, SL) representado por la Procuradora Doña Isabel Fernández-Criado Bedoya, Don Armando Vallés Farré representado por el Procurador Don José Granda Molero, Don Juan Colom Quintana representado por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez, Don Antonio Saavedra Ramos

representado por el Procurador Don José María Abad Tundidor, Don Vicente Selles Buigues representado por el Procurador Don Federico Ortiz Cañavate-Levenfeld, Don Gabriel Murias Murias representado por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez, Don Francisco Edo Cuevas representado por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto, Don Andrés Roig Pol representado por la Procuradora Doña María Carmen Azpeitia Bello, Don Miguel Carreras Calvete representado por el Procurador Don Federico Pinilla Romeo, Don Estanislao Ubarrechena Portu (MADERAS PORTU, SA) representado por el Procurador Don Carlos Jiménez Padrón, y Don José Gascón Alcalá representado por el Procurador Don Domingo José Collado Molinero.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el Rollo de Sala núm. 4/2006 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 53/1992 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto de fecha 20 de diciembre de 2006, cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

"ACORDAMOS: Decretar el sobreseimiento libre de las actuaciones conforme a lo pedido por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

Contra este auto cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo preparándolo por escrito presentado ante la Sala en el término de cinco días desde la última notificación a las partes."

SEGUNDO.- Contra esta resolución prepararon y formalizaron recurso de casación las acusaciones populares *Iniciativa per Catalunya Verds* y la *Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes*, formalizando la primera dos motivos de casación:

1) por infracción del art. 24.1. CE en relación al 125 de la misma, y

2) por infracción del art. 782 LECr.

La *Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes*, por su parte, formalizó tres motivos de casación:

- 1) por infracción del art. 24.1. CE;
- 2) por infracción del art. 125 CE y de los arts. 19 LOPJ y 101,783 (actual 761) y 790.6 (actual 783.1.) LECr y
- 3) por infracción de los arts. 305 y 390.2° CP.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal y las demás partes personadas solicitaron la desestimación de ambos recursos por las razones expuestas en sus respectivos escritos de alegaciones.

CUARTO.- Por providencia de 15 de octubre de 2007 se señaló el 14 de noviembre de 2007 de 15 de octubre de 2007 se señaló el 14 de noviembre de 2007 para la deliberación y fallo del presente recurso. La Sala a la que correspondió asignar la resolución del recurso decidió, ante la falta de acuerdo sobre la aplicación al caso de otros precedentes de este Tribunal Supremo, solicitar de la Presidencia de la Sala la convocatoria de un pleno jurisdiccional para establecer en la resolución del presente recurso la doctrina aplicable a las cuestiones planteadas por los recurrentes.

QUINTO.- El Excmo. Sr. Presidente por providencia de 19 de noviembre de 2007 señaló el día 3 de diciembre de 2007 para la deliberación y fallo por el Pleno de la Sala, del que no formó parte por enfermedad el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. Dado el resultado de la votación, el ponente designado, Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, anunció voto particular, en vista de lo cual el Excmo. Sr. Presidente, de conformidad con el art. 147 LECr, procedió a la designación como ponente del Magistrado más antiguo de la Sala, Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quien expresa el parecer de la Sala. Asimismo anunciaron voto particular los Excmos. Sres. D. Joaquín Delgado

García, D. Perfecto Andrés Ibáñez, D. José Manuel Maza Martín y D. Miguel Colmenero y Menéndez de Luarca.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.-Recurso de la ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE INVERSORES Y CLIENTES.-

PRIMERO.- En el **primer** motivo del recurso se alega la infracción del art. 24.1. CE, en cuanto éste garantiza el acceso a la jurisdicción. Sostienen los recurrentes que el auto recurrido “equivale a la inmunidad de jurisdicción sin la menor apoyatura legal”. Estiman que “en un verdadero Estado de Derecho no puede administrarse la Justicia de manera dispar según el rango o poder de los inculpados”. Los recurrentes alegan en este sentido que la decisión recurrida confiere a las personas contra las que dirigieron la acusación un privilegio de inmunidad, que no se reconocería a otros ciudadanos, como consecuencia de ser uno de los personajes más poderosos de España, según la opinión de los sociólogos que cita. Paralelamente se hace referencia a diversos puntos de vista que habrían sido expresados con referencia a los hechos enjuiciados en esta causa.

Asimismo se alega en el recurso que el auto recurrido desconoce que el derecho de la acusación popular es un derecho fundamental, ejercitado en “paridad de armas con el Ministerio Fiscal”, sólo supeditado a la presentación de la querrela y la prestación de fianza, y que la legitimación de la parte que la ejerce no está limitada por el art. 782.1 LECr. Los recurrente citan en su apoyo las SSTs 702/03 y 168/06. En este sentido, y para rebatir la afirmación del auto recurrido sobre la reforma introducida por la Ley 38/2002, que quitarían, según dicho auto, el valor de precedente a la STS 168/06, afirman “la identidad sustancial de las normas aplicables antes y después de la entrada en vigor de la L. 38/2002” y sostienen que la disposición transitoria primera de la L. 38/2002, según la cual “los procesos incoados antes de la entrada en vigor de esta ley se

tramitarán conforme a las normas procesales vigentes con anterioridad a ella” corroboraría su punto de vista.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. La Sala considera que el auto recurrido no concede un privilegio personal a los acusados y, por ello, tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva por la acción popular. El derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 24.1. CE, es un derecho fundamental que presupone la titularidad de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. El art. 24.1 CE, sin embargo, no impone que los derechos reconocidos por las leyes carezcan de límites.

En el supuesto de la acción para solicitar la punibilidad de un hecho definido en la ley como delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha establecido como principio básico que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley” (art. 101 LECr). Esta disposición reitera lo previsto en el art. 125 CE y en el art. 19 LOPJ, que también establecen que el derecho de la acción popular se ejercerá según sea establecido en la ley o en las disposiciones legales en las que se lo configure.

No obstante la generalidad de la redacción del art. 101, la LECr ha impuesto mediante otros preceptos limitaciones al ejercicio de la acción penal que se recogen en los arts. 102 y 103 de la misma, en los que han sido incluidas restricciones que afectan a determinadas personas, previendo en el segundo párrafo del art. 102 y en el art. 103. 2º las bases para distinguir el caso de los que ejerciten la acción “por delito o falta cometido contra sus personas o bienes o contra las personas de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos o afines” y el supuesto de los que no hayan sido sujetos pasivos del delito o falta.

Otras limitaciones surgen del Código Penal y excluyen la acción popular: arts. 191 y 296 CP. En todos los casos se trata de limitaciones consideradas por el Legislador adecuadas a las exigencias, a los fines y a los límites del derecho penal. La consecuencia lógica de las limitaciones previstas en la ley es que las personas que carecen del derecho de ejercer la acción penal no pueden invocar el

derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho del que carecen y que su derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la obtención de una decisión judicial motivada, que no necesita ser favorable al derecho invocado, lo que el auto recurrido cumple.

Las limitaciones del derecho de acusación popular, por otra parte, nunca han sido consideradas contrarias al derecho a la igualdad ni entendidas como el fundamento de un privilegio para los supuestos autores de un delito respecto del que la ley excluya a ciertas personas del ejercicio de la acción .

2. En este contexto histórico, la Constitución de 1978 en su art. 125 elevó el derecho reconocido por el art. 101 LECr a la categoría de derecho constitucional, aunque sin otorgarle la condición de derecho fundamental y subordinando su ejercicio a las condiciones que prevea la ley que determine la forma de su ejercicio y los procesos penales en los cuales su ejercicio es admitido.

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

A la misma conclusión se llega interpretando el elenco de derechos fundamentales de la Constitución conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, como lo impone el art. 10.2. CE, dado que esos tratados no prevén la acción popular entre los derechos que protegen.

De todos modos, en la medida en la que los derechos fundamentales también pueden ser limitados por ley en la forma prevista en el art. 53.1. CE la

cuestión carece de trascendencia en lo que respecta a la materia del presente recurso, pues el art. 125 CE confiere al Legislador facultades para configurar el derecho de la acción popular.

3. Por lo tanto, la regulación de los derechos de la acción penal ejercida por ciudadanos españoles que no han sido sujetos pasivos del delito (que actúan *quivis ex populo*), prevista en la Constitución y antes ya en la LECr, sólo podría constituir un privilegio de determinadas personas cuando el fundamento de la limitación legal del derecho tuviera por fundamento una “razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE).

Ninguna de estas razones se percibe en las disposiciones legales citadas en el auto recurrido. El art. 782.1. LECr, que establece que el Juez acordará el sobreseimiento cuando lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal y el acusador particular, rige, según su texto, para todas las personas que sean parte en un proceso penal regulado por las normas del proceso abreviado, sin prever ninguna diferencia por razones de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición personal. Por lo tanto, no se deriva de esta norma ningún privilegio de carácter personal que pudiera ser constitucionalmente censurado.

No se alega en el recurso que la motivación del auto se apoye en alguna de las condiciones que enumera el art. 14 CE. Esta Sala, por su parte, no ha encontrado en el auto recurrido ningún fundamento basado en la condición personal de las personas afectadas por la causa.

4. El auto recurrido concreta la *ratio decisionis* en el “principio de legalidad en su vertiente procesal”, entendiendo que “en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular”, para lo cual invocó el sentido literal del art. 782.1 LECr, en el que se dice que “si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez”. El sentido de la expresión “acusador particular”, de acuerdo con el auto recurrido, se debe extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y del texto del , por la que fue introducida la actual redacción del art. 782 LECr., en la que la expresión “acusación particular” se identifica con la de los “perjudicados

por el delito”. De allí infirió el Tribunal *a quo* que al haber sido solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, el Juez de Instrucción debía sobreseer la causa.

Esa identificación surge también del texto del art. 782.2. LECr, por lo que las dudas que podría generar el valor interpretativo de la Exposición de Motivos carece de trascendencia.

Consecuentemente: ni la ley aplicada ni la motivación del auto recurrido se fundamentan en el reconocimiento de ningún privilegio para las personas acusadas por la acusación particular.

5. Sin perjuicio de lo anterior, debemos subrayar que, sin poner en duda la institución reconocida en el art. 125 CE, las excepciones al ejercicio de la acción popular no tienen aptitud para comprometer el carácter de Estado democrático de Derecho que le atribuyen los recurrentes. Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva, pues sólo se suele reconocer el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles (p. e.: los códigos procesales *italiano*, [art. 74 y ss.], *francés*, [art. 85 y ss.], *portugués* [art. 71 y ss.] o permitir sólo una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal [*Alemania*, StPO § 395], o admitir una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal [*Austria*, StPO §§ 46 y ss.]). Ello es consecuencia de la atribución del *ius puniendi* al Estado en forma monopolista que caracteriza al derecho penal moderno.

6. La Sala tampoco comparte el criterio de los recurrentes en cuanto estos entienden que el art. 782.1 LECr no puede ser interpretado como una limitación del derecho de la acción popular a solicitar por sí la apertura del juicio. Es cierto que en la STS 168/2006 se ha sostenido que “entre los encauzamientos legales a que aluden los arts. 125 CE, 19 LOPJ y 101 LECr no se encuentra aquella restricción” por la que se excluya la legitimación de la acción popular para solicitar la apertura del juicio cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular hayan solicitado el sobreseimiento de la causa. Sin embargo, no es menos cierto que la limitación no tiene por qué estar contemplada en las normas generales que habilitan la regulación legal, pues al tratarse de un derecho de

configuración legal es un acto del Legislador el que tiene que decidir la forma del ejercicio del derecho en cada especie de procedimiento. En consecuencia, la limitación, en este caso, surge directamente del propio art. 782.1. LECr. de la misma manera que otras limitaciones legales de la acción pública o de la acción popular, como las contenidas en los citados arts. 191 y 296 CP.

7. A partir de esta aclaración debemos comprobar, en primer lugar, la legitimidad constitucional de la norma establecida en el art. 782.1 LECr. Es claro, en este sentido, que el Legislador tiene facultades expresamente acordadas por la Constitución para regular el ejercicio de la acción popular. La Constitución en su art. 125, el art. 19 LOPJ y la LECr en su art. 101, como se vio, establecen que el derecho de la acción popular es de configuración legal, es decir: que el derecho es reconocido en tanto y en cuanto el legislador lo regule por ley en lo concerniente a la forma y a los procesos en los que cabe su ejercicio. El texto constitucional es claro: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

8. Esta facultad de regulación y limitación de la acción popular no es sino una manifestación particular de las facultades que son reconocidas al Legislador respecto de todas las acciones, incluso la acción pública ejercida por el Ministerio Fiscal. Como hemos adelantado más arriba, el art. 191 CP subordina, en principio, la acción del Fiscal para perseguir delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales a la denuncia de la persona agraviada o su representante legal y, en todo caso, establece un carácter subsidiario de la acción del Ministerio Fiscal subordinada a la “ponderación de los legítimos intereses en presencia”. Otro ejemplo son los delitos societarios que “sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal” (art. 296.1. CP) y sólo cuando se trate menores de edad, incapaces o personas desvalidas podrá, subsidiariamente, denunciar el Ministerio Fiscal. En todos estos casos el Legislador realiza una ponderación de los intereses o bienes que pueden colisionar y decide sobre esa base las relaciones entre las acciones que acuerda a los particulares y las que son ejercidas con fundamento en el principio de oficialidad. En el caso de los delitos dependientes de denuncia privada el ejercicio de la acusación pública está condicionado por la denuncia de la persona agraviada, con algunas excepciones en las que el Fiscal puede actuar en

representación del agraviado. La ley no menciona en estos casos a la acción popular. Algo similar ocurre, **mutatis mutandis**, en el art. 296 CP, en el que el Ministerio Fiscal sólo puede ejercer la acusación cuando el delito afecte intereses generales o a una pluralidad de personas; tampoco aquí se menciona a la acción popular.

9. La premisa prevista en el art. 125 CE da lugar a dos consecuencias lógicamente indiscutibles: el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar *en qué procesos* puede ser ejercida, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las especies de procesos, y a establecer *la forma del ejercicio* allí donde la acción popular sea legitimada. La Constitución no dice de qué manera se debe regular el ejercicio de la acción popular, como tampoco dice si el jurado al que se refiere en el mismo art. 125 CE debe ser un jurado popular o de escabinos; tampoco exige una igualdad absoluta entre el Ministerio Fiscal y los que tengan la pretensión de ejercer la acción popular, pues mientras el Ministerio Fiscal, como órgano constitucional, es una parte esencial en todo proceso penal necesario para cumplir con las funciones que requiere un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), es decir la separación entre la acusación y el tribunal, así como las que le asigna el art. 124.1. CE, la acción popular no es parte esencial del proceso y sólo podrá ser ejercida en los procesos que la ley determine y en la forma determinada en la ley.

10. Con respecto al significado de las expresiones “*aquellos procesos que la ley determine*” es evidente que, de la misma manera que nadie ha discutido la facultad constitucional del Legislador para establecer el tribunal del jurado sólo para ciertos hechos punibles, tampoco cabe discutir que el legislador haya podido prever una regulación especial de la acción popular en el procedimiento abreviado. Por lo tanto la Sala llega a una primera conclusión: el Legislador tuvo facultades para establecer límites a la acción popular en el procedimiento abreviado que pueden no haber sido establecidas para otras especies de procesos penales.

11. Asimismo, en cuanto a la *forma* del ejercicio, la ley pudo condicionar las facultades de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado a que el Fiscal y la acusación particular, si estuviera constituida como parte, no hayan solicitado el sobreseimiento de la causa.

La Sala discrepa del fundamento jurídico atribuido a la acción popular por el auto recurrido (R. J. 3.6.), compartida también por los recurrentes, en tanto ambos entienden que la razón de ser de la acción popular sería la “desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal”. En realidad, es a partir de este preconcepto hermenéutico que los recurrentes niegan la competencia del Legislador para dictar una norma que limite la apertura del juicio oral en la forma establecida por el art. 782.1 LECr. La Sala entiende, por el contrario, que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico y que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el art. 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él.

El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.

12. Por esta razón es claro que la acción popular puede ser regulada en el marco de las competencias generales que se le reconocen al Legislador para configurar el proceso penal y para abreviar, en su caso, la tramitación del proceso en ciertos delitos. Es decir: el Legislador está autorizado a aplicar el principio de celeridad en esta materia y, consecuentemente, pudo establecer una norma como la del art. 782.1. LECr. Esta no es una particularidad de nuestro derecho. La doctrina ha subrayado que incluso en Inglaterra, donde teóricamente la acción popular es todavía hoy el fundamento de la persecución penal, está sometida a numerosas excepciones y limitaciones.

En este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes

conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado.

Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción mediante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma.

Tampoco sería acertado obviar el hecho de que el procedimiento abreviado tiene por objeto delitos que, considerados en abstracto, constituyen delitos de menor gravedad que los que son objeto del procedimiento ordinario y que ello es, precisamente, lo que justifica la abreviación del procedimiento y las medidas para agilizarlo, entre las que el Legislador ha considerado adecuada la norma del art. 782.1 LECr.

13. Aclarada la cuestión de la legitimidad constitucional del precepto, corresponde comprobar si la interpretación del mismo es sostenible. La cuestión que aquí se plantea se relaciona con el método interpretativo y, en particular, con la cuestión del carácter cerrado o abierto de las enumeraciones legales; en este caso se trata de la enumeración de quiénes están autorizados a solicitar por sí la apertura del juicio, que se desprende del texto del art. 782.1. LECr. La doctrina de la interpretación legal conoce desde antiguo el problema del “*casus omissus*” y ha forjado distintas máximas para su solución hermenéutica, tales como “*expresio unius est exclusio alterius*”, “*expressum facit cessare tacitum*”, “*exempla illustrant non restringunt legem*”. Cualquiera de estas máximas podría respaldar la interpretación realizada por el Tribunal *a quo*, dado que el carácter cerrado de la enumeración contenida implícitamente en el art. 782.1 LECr surge de su relación con el sistema valorativo de la Constitución.

Desde el punto de vista del *sistema valorativo de la Constitución*, no cabe sostener que el reconocimiento de la acción popular en art. 125 CE impone una interpretación que vaya más allá del texto del art. 782.1. LECr, como en realidad vienen a sostener los recurrentes. El reconocimiento de derechos a la acción popular, para que actúe junto al Fiscal y al acusación particular, implica un refuerzo de la parte acusadora que necesariamente implica una limitación del derecho de defensa, que es, indudablemente, un derecho fundamental (art. 24 CE). Consecuentemente, dado que los derechos del Capítulo Segundo del Título I CE sólo pueden ser limitados expresamente por ley orgánica (arts 53.1 y 81.1 CE), la omisión en el art. 782.1. LECr de acordar facultades a la acusación popular para solicitar por sí la apertura del juicio, no puede ser entendida sino como una enumeración cerrada, pues de otra manera se infringiría la norma constitucional que sólo admite la limitación por ley orgánica de los derechos del Capítulo Segundo, Título I CE, en este caso, el derecho de defensa.

La disposición del art. 782.1 LECr es, por otra parte, un forma razonable, basada en el principio de igualdad de armas, de equilibrar el peso procesal de las múltiples acusaciones que se admiten en nuestro proceso en relación al derecho de defensa.

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

Por otra parte, desde la perspectiva de una *interpretación subjetiva o histórica* se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador

particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el acusador popular” (B. O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda N° 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa *quivis ex populo*, sin haber sido perjudicado por el delito.

Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. LECr es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Es correcto, en consecuencia, concluir que la enumeración es cerrada y que no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal.

15. También han invocado los recurrentes la STS 702/2003, que se refiere a la “paridad de armas” de la acción popular con el Ministerio Fiscal. El principio de “paridad de armas” opera en el marco de las relaciones entre acusación y defensa; su aplicación en el de las relaciones entre las diversas acusaciones sólo ha sido sostenido en comentarios de la LECr anteriores a 1930. La Sala estima que la mencionada sentencia no constituye un precedente que permita afirmar que la posición de la acusación popular no pueda ser limitada en la forma que prevé el art. 125 CE. Tal interpretación sería manifiestamente contraria al texto constitucional que difiere al Legislador la razonable configuración del derecho y a la práctica legislativa no cuestionada en la que las relaciones entre las acusaciones es regulada mediante un cuidadosa ponderación de bienes, estableciendo preferencias entre unas y otras y limitaciones de unas respecto de las otras, sea por razones procesales, sea por razones de política criminal.

En verdad este precedente quiere decir que, dentro de lo establecido por la ley que, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, la LOPJ, la LECr o el Código Penal, regule la acusación popular, ésta podría ejercer todas las facultades que también son acordadas al Ministerio Fiscal. La STS 702/2003 no podría ser entendida de otra manera, pues sin perjuicio de los *obiter dicta* referentes a la naturaleza abstracta de la acción popular, en su *ratio decisionis*, que es lo único que constituye precedente, consideró correcto que la personación

de la acción popular posterior al auto de transformación haya sido admitida *sólo como adhesión* a la acusación del Fiscal. En otras palabras: la subordinación adhesiva de la acusación popular en ciertas circunstancias no es contraria a la llamada “paridad de armas” postulada y ello pone de manifiesto que la igualdad de las acusaciones puede no ser siempre total.

SEGUNDO.- Gran parte de la argumentación del primer motivo se reitera, aunque desde otros puntos de vista, en el **segundo** motivo del recurso, cuyo fundamento es la infracción del art. 125 CE y de los arts. 19 LOPJ y 101, 783 (actual 761), 790.6 (actual 783.1) LECr, que configuran legalmente el derecho acordado por el art. 125 CE. Los recurrentes plantean varias cuestiones: (a) Se alega desde esta perspectiva que el derecho de la acusación popular es autónomo respecto de la acción pública que ejercita el Fiscal, citando en relación a esta cuestión diversas sentencias del Tribunal Constitucional que sostienen la autonomía de la acción popular que se postula. (b) Sostienen los recurrentes, asimismo, que las innovaciones legales del art. 782.2., introducidas por la L. 38/2002 no modificaron la autonomía del derecho de la acusación popular, pues sólo reflejan “una profunda desconfianza del legislador hacia el Ministerio Público”. Por tal razón la ley incorpora al procedimiento abreviado una disposición semejante a la del art. 642 LECr en el ámbito del procedimiento ordinario, que en nada debería afectar al derecho de la acusación popular. (c) El punto de vista del auto recurrido sobre el significado de la reforma introducida por la L. 38/2002, “que sus redactores saben de sobra que no se ha producido”, se dice en el recurso con manifiesta falta del respeto debido al Tribunal *a quo*, “subvierte la figura de la acusación popular hasta su práctica extinción, a pesar del rango constitucional que legalmente (sic) le corresponde”. (d) También sostienen los recurrentes que la interpretación del art. 782 LECr en la que se basa el auto es extensiva, porque considera que “acusador particular” es “sólo el ofendido o perjudicado”, agregando que “a nadie se le había ocurrido semejante cosa hasta ahora”. (e) Estiman los recurrente, por otra parte, que en el auto recurrido se reconoce al Fiscal y al Abogado del Estado un derecho de carácter absoluto a ejercer la acusación, que se le niega a la acusación popular. (f) Al respecto estima que “el auto hace una sesgada referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional para justificar la limitación del ejercicio, el contenido y el alcance de la acción popular”, dado que a su juicio el Tribunal Constitucional

“nunca ha consagrado la doctrina según la cual la acción popular carece de autonomía en el ejercicio de su función”. (g) Las críticas concluyen afirmando que si el derecho de la acusación popular es de configuración legal, cabe preguntar cuál es la norma que permita sostener que la acusación popular no estaría legitimada para solicitar por sí la apertura del juicio, sobre todo cuando se trata de “la gigantesca defraudación tributaria perpetrada”, lo que justificaría la existencia del “interés legítimo y personal” de la acusación popular, negado en el auto recurrido.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. Es evidente que, como lo hemos expuesto en el Fº Jº anterior, el art. 125 CE, cuya infracción se alega ahora mediante los argumentos referidos al carácter autónomo de la acción popular, argumentos (a), (b), (c) y (f) antes reseñados, no ha sido vulnerado por el Legislador al introducir el art. 782.1. LECr., toda vez que el propio art. 125 CE habilita al legislador a regular la forma del ejercicio de la acción popular. Tampoco ofrece dudas que los arts. 782.1. y 783.1. LECr, que los recurrentes estiman también infringidos, son disposiciones que configuran el derecho de la acción popular.

Sin embargo, en el recurso se alega que en el auto recurrido esa regulación ha sido interpretada *contra legem*, porque deja a la acción popular “sin efecto en la práctica”. Ya hemos puesto de manifiesto que la interpretación gramatical en la que se basa el auto recurrido no elimina los derechos procesales de la acción popular.

2. Debemos señalar ahora, en primer lugar, que el art. 125 CE no establece, como ya lo hemos apuntado, qué regulación legal de la acción popular deba ser configurada como una acción absolutamente independiente. El Legislador no está obligado por el art. 125 CE a establecer una acción absolutamente autónoma; en su competencia estaba haberla configurado como una acción adhesiva respecto de la del Ministerio Fiscal, de la misma manera que, probablemente, podría haber configurado el jurado de conformidad con otro de los modelos de participación popular que ofrece el derecho comparado. Ya hemos visto, además, que en nuestra jurisprudencia la STS 702/03, citada por los

recurrentes y ya considerada en el Fº Jº anterior, se ha admitido que, en ciertas circunstancias la acción popular, sólo puede ser adhesiva.

Por consiguiente, si el derecho de la acusación popular según el art. 125 CE es un derecho de configuración legal el alcance de su autonomía está condicionado por la regulación establecida en la ley. Esta cuestión es totalmente independiente de lo que haya establecido la L. 38/2002.

3. Es verdad que la configuración legal, de todos modos, ha regulado la acción popular, en principio, como autónoma respecto de la del Fiscal. La acción popular, como señalamos, está autorizada a dar inicio por sí a la instrucción, ofrecer sus propias pruebas, solicitar medidas cautelares, sostener la subsunción de los hechos que estime adecuada y, en su caso, solicitar la pena que, dentro del marco legal previsto para el delito, entienda que corresponde, así como ejercer todos los recursos que pueda ejercer el Ministerio Fiscal. Esta autonomía no queda en absoluto sin efecto, como opinan los recurrentes, cuando se condiciona su derecho a solicitar la apertura del juicio a que el Ministerio Público y la acusación particular no hayan solicitado el sobreseimiento, dado que esta limitación del derecho, como vimos, es procesalmente plausible, porque la apertura del juicio oral tiene un efecto manifiestamente restrictivo de los derechos del acusado, así como consecuencias extra-procesales que, en una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, justifican ampliamente la limitación del derecho de la acusación popular. Es evidente que el Legislador ha realizado esta ponderación entre el derecho de la acusación popular y los derechos de los acusados por ella, en una situación límite en la que tanto el Fiscal como los perjudicados solicitan el sobreseimiento de la causa.

4. Por otra parte, no es correcto sostener que el auto recurrido “lleva a cabo una interpretación *contra legem*”, pues una interpretación ajustada al tenor literal de un precepto nunca puede ser una interpretación *contra legem*. Los recurrentes han querido decir, probablemente, que ellos tienen la pretensión de una interpretación “*praeter legem*” de los arts. 782.1. y 783.1 LECr apoyada en la suposición de que no cabe ninguna limitación de la acción popular en el procedimiento abreviado. Pero, en la medida en la que esta suposición ya ha sido contradicha al justificar la razón de ser del art. 782.1. LECr, no es necesario reiterar ahora los fundamentos ya expuestos.

5. No obstante, debemos hacer referencia a la afirmación de los recurrentes sobre la “inconsistencia de cuanto arguye el auto” y en especial a la que dice que la interpretación del art. 782 LECr “encierra otro sofisma”, porque “parte de que la expresión ‘acusador particular’ se refiere tan sólo en dicho precepto al ‘ofendido o perjudicado’”, concluyendo que “a nadie se le había ocurrido semejante cosa hasta ahora” y que “querellante particular, siempre se ha considerado comprensivo de la acusación popular”. La alegación no es correcta, cualquiera que haya sido el acierto o el error de la argumentación del auto recurrido.

Ante todo está documentado en citas contenidas en el propio escrito del recurso que precisamente el Legislador, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que los términos “acusador particular” y “acusador popular” mencionan conceptos diversos. En la página 36 del escrito de los recurrentes se transcribe, sin objetar su contenido, el mismo párrafo citado en el auto recurrido, en el que se revela que en el debate parlamentario se tuvo presente “la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el actor o acusador popular”.

Además, es la propia LECr la que establece las bases conceptuales de la distinción de la “acusación popular” respecto del “acusador particular”. En efecto, mientras el art. 101 LECr se refiere a “todos los ciudadanos”, el art. 102 establece qué ciudadanos están inhabilitados para el ejercicio de la acción penal pública, pero deja a salvo el caso de que los inhabilitados hayan sido perjudicados por un delito o una falta cometidos contra sus personas y bienes (o de personas respecto de las que se les reconoce un poder de representación). Asimismo, la distinción conceptual aparece en el art. 270 LECr, donde los extranjeros quedan excluidos del ejercicio de la acción popular, pero se les reconoce el derecho de querellarse “por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados”. También en los arts. 280 y 281, de conformidad con los cuales la fianza que exige el primero no es requerida para el ofendido.

En consecuencia: no contradice la ley haber entendido que en el art. 782.1. LECr el concepto “acusador particular” no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue.

6. Las anteriores consideraciones valen también para rechazar la vulneración de los arts. 19 LOPJ y 101 LECr, dado que su estructura normativa es una reproducción del art. 125 CE, y la de los arts 783 y 783.1 LECr., que son la manifestación de la configuración legal del derecho de la acusación popular.

TERCERO.- El último motivo del recurso se formalizó con apoyo en el art. 849.1º LECr y se basa en la infracción de los arts. 305, 392 y 390.2º CP, pues se estima que el auto recurrido “desconoce la relevancia penal de los hechos calificados en el auto de transformación dictado por la Magistrada instructora”. Los recurrentes se refieren a la naturaleza y significado del auto de transformación, citando al respecto nuestra STS 703/03, en la que se considera que el auto de transformación tiene el carácter de una imputación formal análogo al del auto de procesamiento. El sobreseimiento decidido en el auto recurrido desconoce -dicen los recurrentes- “el contenido de los preceptos penales sustantivos que hemos invocado al enunciar este motivo”.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. El art. 1º LECr establece que “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. De acuerdo con ello, la legalidad del proceso es una condición de la actuación del *ius puniendi*, independiente de las características del hecho objeto del proceso, de tal manera que no cabe considerar que una resolución basada en una nulidad procesal pueda significar o una limitación legal pueda, a la vez, significar la infracción de las normas sustantivas que fundamentan la pretensión de la acusación.

2. La afirmación de los recurrentes, basándose en la STS 703/03, en el sentido de acordar al contenido del auto de transformación un efecto de

neutralización de lo dispuesto en el art. 1º LECr, no puede ser compartida por esta Sala, ni tiene apoyo alguno en la sentencia citada. En efecto: la circunstancia de que el auto de transformación haya sido entendido por nuestra jurisprudencia como equivalente al auto de procesamiento, no significa que tenga efectos respecto del art. 1º LECr que ni siquiera se le pueden reconocer al auto de procesamiento.

B.- Recurso de INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS

CUARTO.- El primer motivo de estos recurrentes coincide, en general, con el primero del recurso anteriormente tratado. Alegan, sin embargo estos recurrentes que, de acuerdo con las SSTC 241/92 y 280/00, “la interpretación restrictiva de las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular puede reputarse contraria al derecho reconocido en el art. 24.1. CE”. Entienden a partir de ellas que la interpretación del art. 782 LECr realizada en el auto recurrido es restrictiva porque no favorece el ejercicio del derecho.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. Ya hemos aclarado que el auto recurrido tiene por fundamento una interpretación literal del art. 782.1. LECr. y que en el mismo se asigna a las palabras de la ley el sentido que les ha dado el texto del art. 782.2.a coincidente, además, con la distinción entre la acción del perjudicado y la del que no lo es que informa tanto la LECr como la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002. Por lo tanto, no puede ser considerada restrictiva una interpretación que está totalmente cubierta por el texto legal aplicado al caso, dado que las palabras de la ley no han sido reducidas en la extensión de su significado.

2. Suponer que el principio *pro actione* permite crear un derecho, donde el texto de la ley que configura el derecho constitucional regulado lo excluye, es contrario al sentido de dicho principio.

En todo caso: en los derechos constitucionales de configuración legal la interpretación de la ley que los regula no justifica, como postulan los recurrentes,

que el intérprete deba extender el texto legal a casos no comprendidos en el texto, cuando la limitación no afecta -como se vio- el contenido esencial del derecho. Tal exigencia, que según el art. 53 CE, rige para los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución también se cumple en este caso, dado que, como se vio más arriba, la acción popular dispone, de todos modos, de la mayoría de los derechos que corresponden a la acusación pública.

QUINTO.- El restante motivo del recurso ha sido encauzado por la vía del art. 849. 1º LECr y considera infringido el art. 782.1. LECr. Estiman los recurrentes que la reforma introducida por la Ley 38/2002 no constituye apoyo alguno para la interpretación en la que se basa el auto recurrido, pues la Ley 38/2002 “se limitó a convertir las previsiones del antiguo art. 790 en el numeral 782, pero en nada alteró su contenido normativo en lo referente a la regulación de la acción popular”. Por otra parte, se sostiene que si “la reforma de 2002 hubiera afectado en algo a la regulación de la figura de la acción popular, los eventuales cambios no tendrían efecto alguno en el presente proceso que fue iniciado con anterioridad”.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. Los recurrentes reiteran el argumento de que no tiene justificación no permitir a la acción popular solicitar la apertura del juicio por sí y contra lo solicitado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, pues estiman que aquélla debe estar comprendida en los términos “acusador particular” del art. 782.1 LECr. La cuestión ya ha sido tratada en relación al recurso de los otros recurrentes y es innecesario reiterar aquí nuestras consideraciones al respecto.

2. Tampoco merece acogida el punto de vista de los recurrentes respecto a la validez temporal de la norma del art. 782.1 LECr aplicada. En efecto: de acuerdo con el antiguo art. 790.3 LECr “si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa (...), lo acordará el Juez”. El art. 782.1. LECr vigente dice exactamente lo mismo: “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento (...), lo acordará el Juez”. Por lo

tanto, la ley vigente al comienzo del proceso y la aplicada dicen exactamente lo mismo y no hay problema alguno de retroactividad que tengamos que resolver.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, **FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de Ley** interpuestos por la **ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE INVERSORES Y CLIENTES E INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS** contra el **auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006**, dictado en el Procedimiento Abreviado nº 53/1992, del Juzgado Central de Instrucción nº 3 (Rollo de Sala nº 4/2006), **condenando en costas a los recurrentes** (art. 901.2º LECr).

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Juan Saavedra Ruiz

Enrique Bacigalupo Zapater

Joaquín Delgado García

Carlos Granados Pérez

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

Perfecto Andrés Ibáñez

José Ramón Soriano Soriano

José Manuel Maza Martín

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

TRIBUNAL SUPREMO **Sala de lo Penal**

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR.

El Magistrado que suscribe, con pleno respeto a la decisión de la Mayoría de los integrantes del Pleno Jurisdiccional, en el **Recurso de Casación nº 315/07**, disiente de la Decisión tomada por los mismos, con base en los siguientes Fundamentos Jurídicos, que extractaremos en orden al contenido de este Voto Particular, en los siguientes apartados:

PRIMERO.- La Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó Auto, de fecha 20 de diciembre de 2006, por medio del cual **se decretó el sobreseimiento libre de las actuaciones**, conforme a lo pedido por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Formalizan este recurso de casación, la ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE INVERSORES Y CLIENTES e INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS, ambos en concepto de acusación popular en la causa de referencia.

No hay duda de la procedencia de este recurso de casación ante una resolución como la recurrida, que pone fin a un proceso abierto por delito, competencia para su enjuiciamiento por la Audiencia Nacional, y cuya sentencia definitiva, abriría la posibilidad a las partes personadas de formalizar recurso de casación. El art. 636 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: “*contra los autos de sobreseimiento sólo procederá en su caso el recurso de casación*”. En igual sentido, nuestro Acuerdo Plenario de 9 de febrero de 2005. Y en idéntico

sentido, el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso.*

A los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”.

No hay duda sobre la recurribilidad en casación de este Auto.

SEGUNDO.- Sintéticamente narrado, el juez instructor dictó, con fecha 27 de junio de 2002, Auto acordando transformar las diligencias previas conforme a los trámites del procedimiento abreviado, que, como dice acertadamente la resolución recurrida, *“supone que el Juez entendió que había concluido la instrucción y que existían elementos bastantes para estimar que uno o varios hechos revisten los caracteres de delito y haya persona o personas presuntamente responsables criminalmente de los mismos, personas a las que se podían imputar los mismos, pues dicho auto es el resultado del ejercicio por el instructor del juicio valorativo provisional que le impone el art. 779.1.4ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -anterior 789.5-, juicio de valor del que discreparon entonces las partes a excepción de la acusación popular, discrepancia resuelta por el tribunal de apelación de la Sala de lo Penal por vía de recurso a favor de la tesis de la instructora -auto de 23.06.2003-, lo que determinó que la causa siguiera su tramitación”.*

Así las cosas, mediante providencia del Juzgado instructor, de fecha 27 de mayo de 2004, éste dio traslado **a las partes acusadoras personadas**, para que solicitaran la apertura de juicio oral o el sobreseimiento (art. 780 LECrim.), y al pedirlo las dos acusaciones populares hoy recurrentes, el propio Juzgado dictó Auto de apertura de juicio oral, con fecha 6 de octubre de 2004.

Ya en sede de juicio oral, y en sesión de 23 de noviembre de 2006, se planteó por el Ministerio Fiscal, como cuestión previa, la nulidad de la apertura

del juicio oral *al estar exclusivamente solicitada por la acusación popular personada en la causa*, a lo que se adhirieron la acusación particular, que representaba el Ilmo. Sr. Abogado del Estado y las defensas, dictándose el Auto de fecha 20 de diciembre de 2006, que es el objeto procesal de este recurso.

TERCERO.- El recurso se ha formalizado por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de nuestra Carta Magna), en torno a la restricción de facultades de la acusación popular, en el momento de solicitar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado. Este motivo es admisible en todo tipo de recursos de casación (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Así lo pone también de manifiesto el Tribunal Constitucional, desde su STC 62/1983, de 11 de julio, en donde reconoció la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE); afirmando con posterioridad que una interpretación restrictiva de «las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular» puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (STC 241/1992, de 21 de diciembre, F. 2; reiterado entre otras en STC 326/1994, de 12 de diciembre, F. 2).

El debate, pues, ha de centrarse en la interpretación que ha concedido la Sala de instancia al contenido del art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto dispone que “*si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa ... lo acordará el Juez*”.

En suma, como razona el propio Auto recurrido, y en conclusión: “... *el tribunal entiende que en el procedimiento abreviado no puede abrirse [el] juicio oral a instancias de la acusación popular, sino que 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*”.

Consecuentemente, dice la Audiencia, al no haberlo pedido así, ni el Ministerio Fiscal, ni la Abogacía del Estado, “*ni ninguna otra*” -dice sorprendentemente el Auto recurrido de manera literal-, procede acordarlo (el sobreseimiento), conforme a lo dispuesto en el art. 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “*quedando sin efecto -que no anulando- la apertura de juicio oral acordada por el Juzgado*” (*sic*).

Para llegar a esta conclusión, parte la Audiencia de que la regulación hoy contenida en el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y con entrada en vigor el día 28 de abril de 2003, es *diferente* a la contenida en el anterior art. 790.3, y para ello se basa en los debates parlamentarios que suscitaron la reforma, y en la introducción, ahora, de que el juez de instrucción, cuando no haya acusación que sostenga la causa, y el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento, el juez podrá, como antes, remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que se pronuncie acerca de si procede o no, sostener la acusación, o bien, como novedad, acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que, en el plazo fijado, comparezcan a defender su acción, si lo consideran oportuno. De esta nueva mención deduce que la regulación es diferente, cuando lo que trata la ley es precisamente parificar el procedimiento abreviado con el ordinario del sumario ordinario, y no otra cosa, y en donde precisamente en el ordinario, no ha existido duda, hasta este momento, que el juicio oral puede abrirse ante la sola petición de la acusación popular. Es decir, extrae de tal parificación una consecuencia contraria al espíritu de la norma.

En realidad, la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley, ya explica que esta novedad, no significa *más* que trasponerse, “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”. *Y no otra cosa diferente*.

Y siguiendo con su razonamiento, el Tribunal de instancia entiende, por ende, que cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a *acusador particular* en el mencionado art. 782.1, lo hace con carácter *técnico*, diferenciándolo de la figura del acusador popular; consecuentemente, *este*

último, no puede, por sí solo, solicitar la apertura del juicio oral, o al menos, el juez no lo puede acordar si no lo hace a su vez, bien el representante del Ministerio Fiscal, bien el ofendido o el perjudicado por el delito, constituido en acusador particular (Auto recurrido).

Es decir, el **único argumento** de la Audiencia es la estricta **interpretación literal** del mencionado precepto (art. 782.1). Ninguna otra interpretación avala esta tesis, como comprobaremos.

Como veremos más adelante, esta interpretación no ha sido nunca seguida, ni por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, ni por la doctrina dimanante de las Audiencias Provinciales, ni por el Tribunal Constitucional, aunque en este caso no haya habido un pronunciamiento concreto en esta materia, pero sí declaraciones generales muy explícitas, a favor de la posición contraria (*pro actione*), como analizaremos más adelante, ni tampoco ha sido interpretado de esta forma, al menos de forma unánime, por la doctrina científica, ni por la práctica diaria de los tribunales. Es más, la propia Audiencia de instancia, razona, dándose cuenta de ello, que la nueva redacción “*despeja, a juicio del tribunal, las dudas que pudieran existir bajo la antigua regulación*”, pues ahora, dicen los jueces “*a quibus*”, hay que entender que el legislador utiliza esa categoría jurídico procesal (se refiere a la acusación particular), “*en sentido estricto y propio, como los directamente ofendidos o perjudicados personados*”.

Sin embargo, no se comparte esta interpretación, como justificaremos a continuación.

Si el problema lo es de *legitimación procesal*, como parece entenderlo así la Audiencia, no hay razón alguna para mantener esa interpretación, que está en contra, no solamente de toda nuestra tradición procesal, sino de la existencia misma de la institución que conforma la acusación popular, constitucionalizada hoy en el art. 125 de nuestra Carta Magna, lo que repite el art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero evidentemente ya instaurada lejanamente, al menos desde la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882. En efecto, ya en ésta, y desde hace mucho más de un siglo, el art. 101, disponía y dispone que “*la acción penal es pública*”, y que “*todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la*

ley”, e incluso por los extranjeros en los casos citados. Correlativamente, el art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice: “*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*”. Para ello, la ley fija dos requisitos, estrictamente de forma: *querella* y *fianza*. En efecto, el art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que “*el particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio*”, estando exceptuados, entre otros, conforme al 281, el ofendido y sus herederos o representantes legales. Esa fórmula en que se concreta la mención del “*particular querellante*”, referida sin duda a la acusación popular, que no particular estrictamente, es la que ha originado que la ley procesal adjetiva no se exprese con todo el rigor debido a lo largo de su articulado, cuando lo que quería decir era acusador popular, llamándole en cambio “particular querellante”. De este modo, basta con analizar el art. 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del sumario ordinario, y en fase intermedia, ante la Audiencia Provincial, en donde se repite la expresión: querellante particular. No siempre la ley procesal expresa las palabras con total propiedad: por ejemplo, en el art. 784, abierto ya el juicio oral, al sujeto pasivo de la acusación le llama todavía imputado, cuando verdaderamente *es ya un acusado*. No se trata, pues, de las palabras que emplee la ley, sino de investigar su espíritu. Es más, la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente emplea el término acción “popular” en el art. 101 de la misma, *ni en un precepto más*.

De otro lado, no hay restricción alguna del ejercicio del “*ius ut procedatur*”, cuando se trata de la acusación popular, en precepto alguno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni en el art. 125 de la Constitución española, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional. Dicha norma fundamental consagra que “*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular ... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine*”. Obsérvese que no existe limitación alguna en la autonomía de disposición ni en el ejercicio ni en las facultades de la acción popular, sino en la forma y procesos penales que la ley *determine*, refiriéndose en cuanto a forma (a las consabidas querella y fianza, que son estrictamente formas de ejercitar la acción popular), y a los procesos que la ley ordinaria configure como posibles, excluyéndose, como es sabido, en la jurisdicción militar, y hasta hace poco, también, en la justicia de menores. *Fuera de ello*, constitucionalmente no es predicable restricción alguna

a las facultades de ejercicio de la pretensión punitiva, que cuenta *con igualdad de facultades jurídicas, al resto de las acusaciones personadas, sean éstas públicas o estrictamente privadas*. Así, pueden solicitar diligencias probatorias, asistir a los actos de instrucción sumarial con plenitud de derechos y obligaciones procesales, y verificar peticiones, tanto en la fase intermedia del proceso penal, como durante el desarrollo del juicio oral, no vulnerándose nunca el principio acusatorio por parte del Tribunal sentenciador, aunque solamente la acusación popular hubiera mantenido determinada pretensión punitiva en conclusiones definitivas. Del propio modo, pueden ejercitar cuantas acciones impugnatorias por vía de recurso les conceda la ley, como cualquier otro acusador, público o privado. Incluso pueden velar por la imparcialidad del Tribunal sin restricción alguna, pudiendo recusar a sus miembros (así, dice el art. 218 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que “en los asuntos penales, [únicamente podrán recusar] el Ministerio Fiscal, el acusador *popular*, particular o privado, el actor civil, el procesado o inculpado, el querellado o denunciado y el tercero responsable civil”. Y es más, pueden, por último, incluso perseguir penalmente a jueces y magistrados (artículo 406: El juicio de responsabilidad penal contra jueces y magistrados podrá incoarse por providencia del tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción *popular*).

En esto creemos que no hay controversia alguna, y que es doctrina pacífica de esta Sala Casacional, que por reiterada, se hace ociosa su cita. Y tal efecto, el Tribunal Constitucional les concede la vía que se posibilita en el art. 24.1 de nuestra Carta Magna, con pleno acceso a la tutela judicial efectiva, en cualquiera de sus vertientes constitucionales. Son, pues, una parte *más*.

Si se citan todos esos artículos de nuestro ordenamiento jurídico procesal, es para dejar clara una idea: en ninguno de ellos, ni en toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se encuentra uno solo que limite los poderes de disposición y actuación de la acusación popular, por razones de fondo, como poder de disposición diferenciado de las demás acusaciones, públicas o privadas. Entonces, surge la pregunta: ¿cómo es posible que el precepto debatido, el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suponga precisamente una limitación *tan sustancial* a la actuación de la acusación popular? Entenderlo así, no puede ser conforme a derecho.

En consecuencia, no puede, pues, comprenderse tamaña restricción, como la que es objeto de este recurso casacional. Y ello, además, después de convenir la Audiencia en que, en fase intermedia pueden *sostener* (precisamente) *la apertura del juicio oral*, o el sobreseimiento y archivo de la causa. **¿Cómo sería posible tener legitimación para mantener dicha postura procesal, y a renglón seguido, negársela la ley?**

Obsérvese que el Auto recurrido mantiene lo siguiente: “*por lo tanto, dictado el llamado “auto de procedimiento abreviado” el Ministerio Fiscal y las “acusaciones personadas” (literal, art. 780.1 LECR), todas las acusaciones, sin distinción de clase, sean públicas, particulares, populares o privadas- deben manifestar si sostienen la pretensión penal presentando su escrito de acusación e interesando la apertura de juicio oral o si, por el contrario, solicitan el archivo de la causa*”. De nuevo en el art. 781.2 se refiere la ley a *todas las acusaciones personadas*. Y a continuación, la Audiencia dice que “hasta aquí” la ley no distingue entre una clase u otra de las acusaciones, pero que, *a partir de ahí*, y solamente, en trámite de concesión de apertura del juicio oral (por cierto, resolución irrecurrible), la ley deja fuera a la acusación popular para que el juez pueda atender a su petición. Ello produce que no se comprenda, ciertamente, para qué la solicita previamente, si se convierte en un “convidado de piedra”, en donde para nada se tendrá en cuenta su posición procesal, cualquiera que sea la adoptada por la referida acusación popular. De entenderse, pues, como lo hace el Auto recurrido, los poderes de acceso al proceso, de petición de diligencias, del ejercicio de pretensiones punitivas, en suma, de tutela judicial efectiva, son completas hasta que llega el trascendental momento de abrir o no abrir el juicio oral, es decir, de conducir el proceso hasta lo que se ha denominado su fase estelar o nuclear, el plenario, para denegar entonces, y solamente entonces, a la acusación popular, no ya de solicitar la prosecución de tal fase, que incuestionablemente la ley se lo concede, sino de atender siquiera, ni analizar ni resolver, su petición, si ésta es única solicitante. Verdaderamente incomprensible. Y más incomprensible aún lo es que, previamente, en el momento de la transformación del procedimiento, para continuar por los trámites del abreviado, en donde se ha de discutir (y por cierto, nunca más que en este momento), si los hechos son indiciariamente constitutivos de delito o si existen elementos probatorios, también indiciarios, para deducir del hasta entonces

imputado, su presunta comisión delictiva, concediéndole la ley legitimación para sostener tal pretensión, y es más, para discutirla ante un tribunal superior por vía de recurso (como, por cierto, ha ocurrido ya en el caso enjuiciado), y ahora, a renglón seguido, deducida tal pretensión por la parte acusadora personada, conforme a lo que le posibilita la ley, el juez, a la hora de dictar la resolución correspondiente a la apertura del juicio oral, esté limitado por que la solicitud se abra, a instancias del Ministerio Fiscal o del estrictamente ofendido por el delito, constituido como acusación particular, cuando decíamos que “*la acción penal es pública*”. Pues, no, de seguirse esta interpretación, la acción penal no es pública, sino particular y *muy particular*.

Lo propio ocurre ya en el curso del juicio oral. Si la acusación pública o particular, retiran su pretensión punitiva, no hay problema para el plenario siga adelante con sólo la acusación popular. Entonces, ¿cómo es posible que con anterioridad no tenga esa misma facultad jurídico-procesal?

Deviene así una interpretación que choca contra todos los principios procesales, y que sencillamente no puede sostenerse. De manera que si *eso quiso decir la ley*, para nosotros tendría que haberlo especificado de *manera tajante*, sin emboscadas ni expresiones de dudoso entendimiento, y aún así, bien podría plantearse la *cuestión previa ante el Tribunal Constitucional*, por estar cercenando derechos constitucionales, que en modo alguno resultan de una clara lectura de nuestra Carta Magna. Pero no hace falta: la ley no dice lo que, siquiera podemos decir que aparenta, en el mejor de los casos, para resolver la interpretación que es hoy puesta en cuestión.

Y no lo dice porque *esta Sala precisamente ha dicho que no lo dice*.

La STS 168/2006, de 30 de enero, declara con total rotundidad lo siguiente: “el art. 125 CE recoge la acción popular y los arts. 101 LECrim. y 19 LOPJ concuerdan con el precepto constitucional, sin que, en la normativa reguladora de tal clase de acción, se contenga regla alguna que permita entender que el art. 790.6 LECrim, cuando preveía el supuesto de que el Ministerio Fiscal o la acusación particular solicitaron la apertura del juicio oral, *estaba excluyendo la legitimación de la acusación popular para hacerlo, o estaba limitando esa legitimación a una aptitud subordinada a otras acusaciones*. Entre los

encauzamientos legales a que aluden, los arts. 25 CE, 19 LOPJ y 101 LECrim. no se encuentra aquella restricción; (véase sentencia 15/12/1994 TS, sin que la sentencia del TC 154/1997, que cita el recurrente, se refiera sino al art. 113 LECrim)”.

De ahí se colige, que no se excluye la legitimación de la acusación popular en tales trámites correspondientes a la fase intermedia, **pues no hay “regla alguna” que permita entender lo contrario.** Y de otro lado, que en toda interpretación deben evitarse automatismos forzados ante la actuación judicial. **Ya será el juez quien, valorando los parámetros que anteriormente hemos expuesto (déficit objetivo o subjetivo), impida la continuación del procedimiento si ha lugar en derecho a ello;** pero no porque la ley encomiende a unos, una mayor posición y relevancia que a otros, si ello no resulta de la ley, como no resulta, según expone la Sentencia esta Sala que acabamos de citar.

Este precedente jurisprudencial no es desconocido para el Auto recurrido. Sencillamente se limita a decir que *“no desvirtúa el sentido de esta resolución en cuanto que no contempla las sucesivas reformas legislativas en las que el legislador ha ido clarificando su postura”.*

Pues ya podemos abordar ahora que ni la nueva regulación podría aplicarse cuando el procedimiento ya se había transformado en abreviado mediante el Auto de la instructora de 27 de junio de 2002 (recordemos que la Ley 38/2002, de 24 de octubre, entró en vigor el 28 de abril de 2003), ni puede impedirlo que tal resolución fuera confirmada en vía de apelación el 23 de junio de 2003, por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pues sus efectos se proyectan sobre el primero *ex tunc*, pero, sobre todo, porque la nueva ley no cambia absolutamente nada, ni una coma. No podemos hablar, en consecuencia, de retroacción o no de la legislación procesal aplicable (que es otro de los motivos aducidos por los recurrentes).

Vamos a transcribir ambos preceptos para su comprobación:

Redacción vigente:

Art. 782.1 Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637

y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos ... en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación...

Redacción derogada:

Art. 790.3 Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los arts. 637 y 641 de esta ley, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos ... en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación...

La única modificación resulta de la cita de supuestos de aplicación de medidas de seguridad o de responsabilidad civil en el Código penal de 1973 o en el Código penal de 1995, adaptándolo a sus referencias específicas, que no son del caso en el supuesto enjuiciado, como es meridianamente claro y pacífico.

Obsérvese, además, abundando en la interpretación que se sostiene en la Sentencia del Tribunal Supremo que dejamos apuntada, que en la segunda parte del precepto, ya no se concreta más que la devolución a “las acusaciones”, sin mayores concreciones, para calificación. ¿Podrá mantenerse en consecuencia que para la calificación de medidas de seguridad sí que están legitimadas las acusaciones populares, pero no para solicitar la apertura del juicio oral?.

Siguiendo con el estudio de la jurisprudencia de esta Sala, nunca antes habíamos declarado ninguna restricción al ejercicio de las acusaciones populares, de tal modo que se ha declarado reiteradamente que *ni son vicarias ni adhesivas de nadie, ni contiene su posición procesal limitación alguna de sus facultades en orden al “ius ut procedatur”*.

Veamos la STS 702/2003, de 30 de mayo, cuando nos dice que, en definitiva, la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho:

a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional.

b) Es un derecho cívico, porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en

tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas -SSTC 241/1992 y de esta Sala, Sentencia de 4 de marzo de 1995, entre otras-.

c) Es un derecho activo, porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación.

d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza, extremos a los que ya nos hemos referido.

En todo caso, *“y esto es lo relevante debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal, si éste estima que no procede su ejercicio”*.

Y también nos dice que, **una vez personada** la acusación popular, *no puede tener limitaciones derivadas de la inexigencia de querrela, o de la prestación de fianza*, porque debemos recordar, que “el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial. En el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada -como es el caso presente, porque se inició por denuncia-, se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible -STS 12 de marzo de 1992-, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECrim. que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación -en tal sentido STS 12-3-92-“, de donde resultan “claros los términos de la indicada sentencia: «... el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECrim, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela ...». Y más adelante: «... la exigencia de fianza, impuesta por el art. 290 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del

procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento ...». En igual sentido podemos citar las sentencias de esta Sala de 722/1995 de 3 de junio de 1995 y de 4 de junio de 1997.

Por cierto, que hemos de recordar el contenido del art. 20.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone: “*no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita*”.

Y siguiendo con el asunto que nos ocupa, la STS 851/2006, de 5 de julio, nos lo vuelve a repetir con distintas palabras:

“A diferencia de otros sistemas (Francia o Italia), en LECrim. no rige el principio del monopolio del Ministerio Fiscal en cuanto al ejercicio de la acción penal. El artículo 101 LECrim. consagra el principio de la acción popular (artículo 125 CE), en cuanto la acción penal es pública y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, es decir, sean o no ofendidos por el delito. A su vez, el artículo 270 LECrim, establece que todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley, incluso los extranjeros por los delitos cometidos contra su persona o bienes. La acción de los particulares, pues, concurre con la oficial, que sólo se excluye en los casos enumerados en el artículo 104 LECrim. Como consecuencia de ello, formalmente el acusador particular *es parte principal, no siendo coadyuvante sino litisconsorte en relación con el Ministerio Fiscal, de forma que en relación con la actividad procesal, **apertura del juicio**, determinación de su objeto o presupuestos de la condena, la acusación particular se encuentra en situación de igualdad, estando regulada por los mismos requisitos que la oficial representada por el Ministerio Fiscal*”.

Y añade algo trascendental: “... *sería verdaderamente anómalo que el acusador particular se encontrase en una situación de desventaja respecto al popular, al que son aplicables los artículos 270 LECrim. y las condiciones previstas en el 280, también LECrim.*”

Más claro no se puede decir.

¿Y qué dicen las Audiencias Provinciales?

Pues lo mismo.

La Sentencia de la **Audiencia Provincial de Navarra 212/2004, de 4 de noviembre**, comparte también estos razonamientos, para sustentar la legitimación procesal de la acusación popular, una vez personada y aceptada su personación en el procedimiento, y en definitiva para formular la acusación aún cuando no lo hayan hecho el Ministerio público o la acusación particular. Y añade que *no parece lógico o que obedezca a una razón aceptable, el que para los procesos por delitos más graves instruidos a través de sumario, cuando se habla de particular querellante o de acusador privado se comprenda a la Acusación particular y a la popular, y en cambio en el procedimiento abreviado, adecuado para delitos menos importantes se establezca la limitación para sostener la acusación que propugnan las defensas. Tampoco se establece esta limitación en el procedimiento de juicio de Jurado (arts. 25, 26, 27. 4 y 29 LO 5/1995, de 22 de mayo).*

En este mismo sentido, el **Auto de fecha 23 de junio de 2003, dictado por la Sección Segunda de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, que es precisamente el confirmatorio del Auto de transformación en procedimiento abreviado, en donde ya se planteó esta misma cuestión. Dicha resolución concluye que cuando el art. 782 se refiere al acusador particular, no lo hace con el carácter exclusivo de perjudicado *“sino en el omnicomprendido de la acusación particular propiamente dicha y la acusación popular”*.

Y en esta misma línea, el **Tribunal Constitucional, en su ilustrativa STC 79/1999, de 26 de abril**, ya nos dice que dicho Tribunal ha tenido diversas ocasiones de pronunciarse sobre el derecho a mostrarse parte en un proceso penal mediante el ejercicio de la acción popular, como manifestación de la participación ciudadana en la Administración de Justicia. Ha sido invariable la posición mantenida por este Tribunal sobre si el derecho a la personación en un proceso penal que se asienta en el art. 125 CE resulta también incardinable en el art. 24.1 CE, es decir, si la institución reconocida en el art. 125 CE -el ejercicio

de la acción popular- tiene su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al recurso de amparo constitucional.

En la STC 34/1994, señalaba las diferencias, a efecto del amparo constitucional, entre el acusador popular y el particular y sobre el primero manifestábamos que tiene una legitimación derivada del art. 125 y no es necesario afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal y que la protección en amparo del derecho del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC 62/1983).

En la STC 50/1998, declaraba el Tribunal Constitucional que para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 CE, en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso, es necesario que la defensa del interés común sirva, además, para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación popular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo. El cual, en muchos casos, podrá resultar del que, como bien subjetivo, se encuentra subsumido en el interés general que se defiende, siempre que ello sea apreciable y subjetivamente defendible y que en aquellos supuestos en que no se acredite la existencia de dicho interés, *la acción popular ejercitada sólo podría acogerse a la protección del art. 24.1 CE en su dimensión material, cuya protección únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incuridas en error patente* (STC148/1994).

Y en este mismo sentido, la STC 311/2006, de 23 de octubre.

Lo importante es que exista *un principio de elemental igualdad de armas, que se deriva de la necesidad de que las partes en conflicto, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El ius ut procedatur no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo, sino que de él se derivan con naturalidad*

y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso, de ahí que *corresponde a los órganos judiciales procurar que en un mismo proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar, y, en definitiva, de ejercitar su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen*. Este derecho, con rango de fundamental, ha sido configurado por nuestro Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho fundamental a la jurisdicción (entre otras, STC 178/2001).

CUARTO.- De no seguirse la interpretación que se propone, esta Sala, desde luego, deberá precisar el alcance de la expresión “**ofendidos o perjudicados**” por el delito, que dará lugar a la consideración en concepto de personación como acusación particular, y no como popular. Y ello porque contar con tal consideración procesal, será la **clave** para el acceso al trámite controvertido, pudiendo solicitar la apertura del juicio oral, o el sobreseimiento.

En efecto, no siempre es fácil de determinar cuál es *el concreto* ofendido o perjudicado por el delito, sobre todo en función de aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido no es la vida, integridad física, honor, libertad o patrimonio de un particular, sino cuando se trata de intereses difusos o colectivos. ¿Quién es el perjudicado por un delito contra la Administración Pública: solamente el Abogado del Estado, solamente el particular afectado por la resolución prevaricadora, o todos los ciudadanos? ¿Quién es el afectado por un delito medioambiental? ¿Quién respecto a un delito contra la defensa nacional? ¿Quién en un delito contra la salud pública, cuando la jurisprudencia reiteradamente declara que no se puede confundir con la salud individual de cada uno de los destinatarios de las sustancias?

Y por fin, ¿quién es el ofendido en un delito contra la Hacienda Pública? ¿Solamente el Abogado del Estado, como representante del Erario Público? ¿*Hacienda no somos todos?*

Téngase en cuenta que los intereses difusos en la sociedad deben ser protegidos por la acción popular, como fue reconocido en Sentencia de esta Sala, la 751/1993, de 1 de abril, bajo el argumento de que “en el caso concreto estudiado se ha sacrificado efectivamente un bien jurídico, no de persona

individual, pero sí de sociedades concretas, como la que ha ejercitado la acción popular, y de la sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. Nos hallamos, pues, ante un bien en el que la colectividad humana se halla interesada. La responsabilidad civil era perfectamente postulante por cualquiera de los ejercientes de la acción penal”.

Y citaremos ahora la STS 1318/2005 de fecha 17/11/2005, que nos dice: *es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación prudencial expresa que en cada caso deberá hacer el tribunal de quien dependa la decisión.*

Y lo conecta con delitos que afectan negativamente a los que se conocen como “intereses difusos”. En efecto, el daño que los mismos producen, incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados “de tercera generación”, de difícil encaje en la categoría del derecho subjetivo convencionalmente entendido (forma jurídica habitual de los bienes penalmente tutelados), que, en general, presupone como titular al individuo singularmente considerado, o en todo caso, individualizado o identificable como tal. En cambio, esta otra aludida categoría de derechos *vive* en una dimensión que es siempre transpersonal, ya que *interesan directamente* a sujetos colectivos, integrantes de grupos humanos indeterminados y abiertos. En algunos casos, puede decirse que, en rigor, lo hacen a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente.

QUINTO.- Otro punto de interés lo constituye el valor de cosa juzgada de lo resuelto precedentemente por la propia Audiencia Nacional, en el Auto por el que confirmaba la continuación del procedimiento por los trámites del abreviado. Es cierto que no se abordó el problema desde la perspectiva del art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino del 780. Pero, en todo caso, se resolvió continuar el procedimiento adelante, *y con la lógica perspectiva de una eventual apertura del juicio oral, a instancias exclusivamente de las acusaciones*

populares. No hubiera tenido sentido esa resolución en caso contrario. Es más, el Auto citado entró de lleno en el problema para resolverlo en sentido contrario a como lo ha hecho el Auto recurrido. En efecto, se argumentó en aquél que “ni se comprende la razón por la que ha de establecerse un sistema diferente que el existente para el proceso ordinario, ni -y esto es lo que conceptuamos más importante-, se puede afirmar que queda cercenado en el procedimiento abreviado el ejercicio de la acción popular que proclama el art. 125 de la Constitución española, al no existir en el articulado excepción expresa a dicho derecho constitucional” (del Auto de 23 de junio de 2003, de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, dictado en este procedimiento).

Así las cosas, parece ciertamente dudoso que otro órgano de la Audiencia Nacional, en fase de juicio oral, se replantee la legalidad de lo sucedido en fase precedente (fase intermedia), cuando ni existe jerarquía orgánica ni funcional entre las mismas, y cuando el trámite ha adquirido el carácter de firme. Obsérvese que no se trata de la vulneración de ningún derecho fundamental (la resolución recurrida *ni se plantea esta posibilidad*, sino que actúa desde parámetros estrictos de *legalidad ordinaria*). En consecuencia, revisa una decisión procesal que ha sucedido en trámite previo, que tiene los caracteres de firme, sin que tenga ninguna competencia para ello.

El art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite que se abra un turno de intervenciones (llamadas cuestiones previas), para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno *acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.*

No estamos, pues, en presencia de la vulneración de un derecho fundamental, ni tampoco de artículos de previo pronunciamiento, que, como es sabido, son los recogidos en el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que son: 1ª) La de declinatoria de jurisdicción. 2ª) La de cosa juzgada. 3ª) La de prescripción del delito. 4ª) La de amnistía o indulto. 5ª) La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a leyes especiales.

La Sala de instancia debió indicar a la parte proponente que no encajaba en ninguna de las cuestiones previas y que tampoco tenía, en consecuencia, competencia para su resolución.

En puridad, el Auto recurrido ha infringido el art. 783.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto dispone que “*contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal [del acusado]*”. Si no hay recurso, y tampoco existe vulneración de algún derecho constitucional (en la resolución recurrida no se cita ni uno solo), la Audiencia ha infringido el mencionado precepto procesal. No pueden replantearse por otra vía procesal, salvo con ocasión de las garantías constitucionales, aquello que no tiene recurso ordinario.

La vulneración del proceso debido, que para nada se menciona, parece que se relacione con las garantías del proceso, no con la legitimación de las partes. Pero repetimos, allí nada se expone acerca de tal derecho fundamental. Pero, en todo caso, ya hemos dicho muy reiteradamente que en el proceso debido no puede constitucionalizarse el completo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Obsérvese, además, que la Audiencia **no declara la nulidad de la apertura del juicio oral**, como hubiera sido lo procedente, en el caso de la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, que, repetimos, ni siquiera se planteó, sino que razonó que al no pedir la apertura del juicio oral, ni el Ministerio Fiscal, ni la Abogacía del Estado, “*ni ninguna otra*” -dijo sorprendentemente el Auto recurrido de manera literal, como antes ya destacamos-, procede acordarlo (el sobreseimiento), conforme a lo dispuesto en el art. 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “*quedando sin efecto -que no anulando- la apertura de juicio oral acordada por el Juzgado*” (sic).

Desconocemos, pues, el significado que tenía ese “quedar sin efecto” en el seno de una cuestión previa, sin declarar la correspondiente nulidad de actuaciones.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, el recurso **debió ser estimado.**

Julián Sánchez Melgar

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. JOAQUÍN DELGADO GARCIA, CONTRA SENTENCIA NÚM. 1045/2007 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 315/2007.

Me adhiero en lo sustancial a los otros votos particulares no concurrentes que forman parte de la presente resolución, limitándome aquí a poner de manifiesto el razonamiento siguiente:

a) El artículo 125 CE, de acuerdo con una larga tradición en nuestro derecho procesal penal, reconoce el derecho al ejercicio de la llamada "acción popular", por medio de la cual se permite a las personas físicas o jurídicas (STC 241/1992 de 21 de diciembre, 34/1994 de 31 de enero y 129/2001 de 4 de junio) actuar como sujetos activos en los procedimientos del orden criminal aunque no sean ofendidas o perjudicadas por el delito a enjuiciar.

b) Ciertamente, como expresa dicha norma constitucional (art. 125) y precisa el art. 19 LOPJ, esa posibilidad de ejercicio de la acción popular es un derecho de configuración legal, ya que tal ejercicio ha de tener lugar "en los casos y formas establecidos por la ley", es decir, ha de someterse a las normas procesales correspondientes. Incluso puede no tener aplicación a determinados procedimientos penales como ocurre en la Jurisdicción Militar (STS 64 y 81 ambas de 1999).

c) Entiendo que la expresión "acusación particular" utilizada en los arts. 782.1 y 783.1 LECr abarca tanto a los acusadores que sean ofendidos o perjudicados por el delito como a quienes no lo sean, lo mismo que ocurre cuando esta locución (acusación particular) se usa en otros muchos preceptos de tal ley procesal. No hay razón alguna para contraponer la acusación particular a la acusación popular.

c) En todo caso, como ocurre siempre con la configuración legal de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, las normas de la legislación ordinaria limitativas de esos derechos, que son de rango superior precisamente por hallarse contenidas en nuestra Ley Fundamental, han de respetar el contenido esencial del derecho concreto de que se trate.

e) Estimo que ese respeto no ha existido en el auto de sobreseimiento libre aquí recurrido, sencillamente porque, reconocida como está la acción popular en el seno del llamado procedimiento abreviado, no concederle eficacia alguna precisamente en el momento procesal fundamental para la continuación del trámite, que es el de apertura del juicio oral, simplemente porque no hay ejercicio de la acción penal ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular (en sentido contrapuesto al de acusación popular antes indicado), constituye un atentado contra la esencia de ese derecho al ejercicio de la acción popular reconocido por el tan repetido art. 125 CE, algo que, como acabamos de decir, no está al alcance del legislador ordinario: lo limita el rango constitucional de este derecho reconocido a favor de cualquier ciudadano español, sea persona física o jurídica.

f) Esto impide que pueda interpretarse la expresión "acusación particular" de los arts. 782.1 y 783.1 en tales términos que excluya a quienes ejercen la mencionada acción popular. Cuando una parte acusadora ingresa en el procedimiento penal ha de tener los mismos derechos, en cuanto al ejercicio de la acción penal, que las demás partes acusadoras, entre otros este que consideramos esencial en los términos que acabamos de exponer: el relativo a que pueda servir, por sí solo, al Juez de Instrucción como amparo, en cuanto al principio acusatorio se refiere, para facultarle a abrir el juicio oral.

g) Hay que añadir aquí, como argumento en pro de la postura que defiendo, una razón de orden cuantitativo: de adoptarse la tesis seguida en el auto recurrido y apoyada por la sentencia de la mayoría de esta sala, la mayor parte de los procedimientos de orden penal relativos a delitos -todos aquellos que se encuentran sancionados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con penas de otra naturaleza (art. 757 LECr)-, quedarían prácticamente excluidos del ejercicio de la acción popular precisamente en ese momento trascendental del procedimiento, el de apertura del juicio oral.

h) La consecuencia de todo lo que acabamos de exponer es clara: el auto recurrido lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, concretamente en aquella parte de su amplio contenido que constituye el significado primario de este derecho fundamental de orden procesal, el derecho de

acceso a la jurisdicción, del cual se despoja a la persona jurídica que ha venido ejercitando esta acción popular en el presente procedimiento. Este, y no otro, es el efecto que se deriva de ese auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aquí recurrido; la Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes se ve así, ilegítimamente a mi juicio, privada de su derecho a ejercitar la acción penal en este procedimiento, derecho reconocido por nuestra LECr (art. 101) LOPJ (art. 19.1) y Constitución Española (art. 125).

i) Entiendo en definitiva que tendría que haber sido estimado el motivo primero del recurso de casación formulado por la mencionada asociación, con anulación del auto recurrido, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 20 de diciembre de 2006 que decretó el sobreseimiento libre, de modo que tendría que haberse acordado por esta Sala del Tribunal Supremo la continuación del procedimiento con la consiguiente celebración del juicio oral contra los acusados.

Joaquín Delgado García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

Voto particular que formula el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 1045/2007 de fecha 17 de diciembre, que resuelve el recurso nº 315/2007.

Suscribo la que fue ponencia inicial del magistrado Sánchez Melgar, ahora voto particular, al no haber sido aceptada por la mayoría. Y deseo añadir las consideraciones que siguen.

1. La tesis del auto recurrido es que el sintagma “acusador particular” que figura en el arranque del primer párrafo del art. 782 Lecrim no incluye al acusador popular. Así, en el supuesto contemplado, es decir, cuando el perjudicado-acusador particular y el Ministerio Fiscal instasen el sobreseimiento de la causa en los términos que allí se dice, el acusador popular interesado en la apertura del juicio oral quedaría reducido a la irrelevancia, eclipsándose como parte procesal en ese momento del trámite.

Para llegar a esta conclusión, la sala de instancia se sirve de un singular patrón interpretativo de corte microliteralista, que opera por *deconstrucción* del vigente orden procesal-penal en uno de sus aspectos más caracterizadores. En efecto, pues empieza por *restringir* el marco legal a unos pocos enunciados que selecciona oportunamente de algunos de los artículos reguladores del procedimiento abreviado; y, al fin, termina *reduciendo* el que es un referente normativo complejo a la única disposición primero citada.

Esta opción trata de legitimarse invocando la presunta *voluntad* del legislador, o más en concreto, del de 2002, absolutizando el que se presenta como su punto de vista. Al extremo de hacerle entrar en conflicto con el legislador histórico y con el que, en múltiples intervenciones posteriores a 1882, ha mantenido una límpida coherencia en el tratamiento del estatuto de las partes acusadoras no institucionales, en nuestro proceso criminal. Y, extrañamente, cuando la exposición de motivos de la Ley 38/2002, que anticipa y señala las que identifica como sus “novedades” y modificaciones “de calado”, no dice nada de la representada por el sustancial cambio de criterio que en la resolución cuestionada se le atribuye, no obstante ser de incomparable mayor alcance que cualquiera de aquéllas. Por lo que, puestos a indagar en la *voluntas legislatoris*, se impone una conclusión: o éste innovó *sin darse cuenta*, algo poco probable, o *no quiso* innovar y no lo hizo, manteniendo, en materia de estatuto y presencia de las acusaciones, el secular criterio, que resulta meridianamente claro de la Ley de E. Criminal, vista en su conjunto y sin forzamientos, que es lo propio.

Por otro lado, la audaz y sorprendente pauta interpretativa, si bien se mira, peca de *timidez*, pues, aplicando con rigor tan perturbadora clave de lectura, la sala de instancia tendría que haber llegado a otra conclusión, mucho más radical y más

consistente en el plano de esa lógica superficial de que se sirve. La de que el actor popular está realmente *expulsado* de la Ley de E. Criminal a partir del art. 270, que contiene la única referencia a la “acción popular” de todo el texto. Incluso, el empleo de tan peculiar patrón hermenéutico, debería haberle llevado todavía más lejos, porque, en rigor, el art. 270 Lecrim no permite hablar de *expulsión* de quien, como es el caso del actor popular, no ha tenido *nominalmente* entrada en el marco legal ni, por tanto, en el espacio procesal, ya que el art. 101 Lecrim ni siquiera lo *nombra* cuando caracteriza a la acción penal como pública y ejercitable por todos los ciudadanos españoles.

Pero lo cierto es que cabe otra inteligencia de este orden normativo: la sostenida de manera regular a lo largo de más de un siglo por la doctrina procesalista y los tribunales. E incluso por el Ministerio Fiscal, antes de su llamativo cambio de actitud con ocasión de este asunto. En el que —sumando atipicidades— concurre también un desacostumbrado modo de operar del Abogado del Estado, cuya renuncia al ejercicio de la acción, ciertamente inusual, le obligaba a dejar la causa pero no a asumir en ella la paradójica posición de oficioso coadyuvante de la defensa. Pues, en el proceso penal, el acusador particular no tiene más alternativa que permanecer como tal o retirarse: *tertium non datur*.

En el modo generalmente aceptado de entender y aplicar el tratamiento legal de esta relevante materia, una vez franqueado el uso de la acción penal a “todos los españoles”, la posición de quienes de éstos la ejerzan por una razón que no sea el imperativo legal estricto, que constriñe al Fiscal (art. 105 Lecrim), será siempre “particular” (arts. 108, 274, 280, 642 Lecrim), o “privada” (art. 622 Lecrim), en el sentido de *alternativa a oficial o por razón de estatuto*. Pues por acusador particular se conoce en nuestro derecho, de manera indistinta, al portador de un interés particular o personal y a quien hace uso de la acción popular.

Así, en el sistema de la Ley de E. Criminal, ha sido pacífico que decir “acción popular” es sólo un modo de llamar a la acción penal, que, según el art. 101 de aquélla, es siempre *pública y la misma*. Esto es, la ejerza quien la ejerza; pues de ese texto se infiere que la disparidad de *status* de los eventuales actores no modifica la naturaleza de la iniciativa del ejercicio del *ius puniendi*. Y en el caso de quienes carecen de la habilitación oficial que distingue al Fiscal, la opción de ejercitar la acción penal está universalmente asociada a la calidad de ciudadano español (art. 101 Lecrim). Salvo, es obvio, en aquellos pocos supuestos en que la ley la reserva a los ofendidos por el delito.

Todo, porque, en nuestro sistema: “La acción penal es pública” (art. 101). Y esta connotación *ontológica* preside todo su tratamiento legal. E impone el único modo de lectura autorizado del resto de las normas procesales vigentes en la materia, incluidas las del procedimiento abreviado. Es una cuestión *de sistema*, que hace que una acción que es pública por definición, no cambie de naturaleza (para hacerse *no-pública*) sólo por el carácter no-institucional del sujeto que la promueve.

Es cierto que algunos procesalistas se inclinan por distinguir las dos figuras de actor o acusador popular y particular, en atención a la diversa fuente constitucional de su legitimación, el art. 125 y el 24 CE. Un punto de vista (asimismo presente en la jurisprudencia del TC) que, en cualquier caso, no introduce modificación alguna en el aludido régimen de la Ley de E. Criminal. Y que, por lo demás, tampoco privaría de acceso al recurso de amparo al acusador popular cuyo derecho a la tutela judicial efectiva resultase desconocido.

Las peculiaridades de los procesos penal militar y de menores sobre el particular, en las que el auto recurrido pretende hallar un aval para la posición que sustenta, apuntan justo en la dirección opuesta, en cuanto circunscritas al ámbito de aplicación de las correspondientes disposiciones. Pues tales particularidades traen su justificación de la singular naturaleza de los asuntos que en ellos se ventilan: los relativos al “ámbito estrictamente castrense”, interpretado éste en el sentido más restrictivo, en un caso; y los propios de la respuesta penal a las conductas desviadas de una clase de sujetos, los menores, cuyo interés merece un trato preferencial, a causa de la especial vulnerabilidad y el plus de exposición a ciertas consecuencias indeseables del proceso penal, debido a la edad.

Pero resulta que incluso de limitar la consideración —es obvio que sólo como hipótesis discursiva— al ámbito del procedimiento abreviado, tampoco podría sostenerse el criterio sustentado en el auto objeto de recurso.

En efecto, en el trámite de preparación del juicio oral, el art. 780 Lecrim prevé el traslado de las diligencias previas al “Ministerio Fiscal y a las [demás] acusaciones personadas, para que soliciten la apertura del juicio oral (...) o el sobreseimiento”; dispensando, por tanto, a todas ellas una igualdad de trato que se reitera en el párrafo segundo del número 2 del mismo precepto, en el art. 781,2, y en el propio art. 782,1, que opera en un escenario procesal asimilable en lo esencial al del art. 642 Lecrim. Éste habla, *in genere*, de “querellante particular”, luego de que el art. 622,2º Lecrim se hubiera referido al “acusador privado y el Ministerio Fiscal”, incluyendo, claramente, en esa primera denominación a todas las

acusaciones que no sean la personificada por este último. De lo que se sigue que las expresiones “querellante particular”, “particular querellante”, “acusador privado” y “acusador particular”, en contextos de actividad de significación procesal sustancialmente equivalentes, comparten el mismo campo semántico.

Tal es la forma en que, con un criterio —sistemático, integrador y no dispersivo— atento a la línea de principios que vertebra el texto legal, ha de leerse el art. 782,1 Lecrim, en el que la inicial referencia al “Ministerio Fiscal y el acusador particular” es, inmediatamente después, a “las acusaciones”: es decir, a todas las presentes, que, obviamente, lo están, sin dejar de estarlo en ningún momento, tanto en el primer renglón como en el cuarto de la misma disposición.

Es significativo que la glosa de este precepto, en una de las ediciones de textos legales más difundida entre nosotros, precise como de patente obviedad que: “la petición de *todas las partes acusadoras* solicitando el sobreseimiento vincula al juez, que debe acordarlo. La petición de juicio oral de *alguna* de las partes impide que el juez acuerde el sobreseimiento, aunque *otras partes acusadoras* lo soliciten”.

De otro lado, si el art. 782,1 Lecrim se interpretase como lo hace el auto recurrido, habría que entender también que cuando el art. 783,2 del mismo texto dice que “al acordar la apertura del juicio oral resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por *el Ministerio Fiscal o la acusación particular*” (en sus escritos de calificación provisional), estaría eximiendo al primero del deber de dar respuesta a las solicitudes de tal clase procedentes de quien ejercitase en ese trámite la *acción popular*, implícitamente expulsado de la causa o degradado en su posición procesal, en cuanto *no nombrado*, con intolerable denegación de tutela.

Por todas estas consideraciones, resulta obligado concluir que la peculiar e innovadora interpretación que, a instancia del Fiscal, ha llevado a cabo la Sección Primera de la Audiencia Nacional en este asunto, no sólo comporta una esencial ruptura del sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, desde luego, no tiene justificación en ésta ni en ninguna otra norma, sino que, además, conduce directamente al absurdo.

2. También estoy en franco desacuerdo con la sentencia de la mayoría. Porque, al decidir como lo hace, da un aval de plena constitucionalidad y de

legalidad a la tesis del auto recurrido que no me parece aceptable. Y porque, al tratar de justificarlo, realiza afirmaciones que tampoco comparto.

El núcleo argumental de aquella resolución parte de una doble afirmación: que el derecho del art. 101 Lecrim es ahora constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 125 CE, que le atribuye este rango, aún sin carácter de fundamental, y que, al mismo tiempo, lo hace de configuración legal. Ambos asertos me parecen correctos, pero no la conclusión que pretende asociárseles, en el sentido de que la forma de entender el art. 782,1 Lecrim que luce en el auto impugnado, como exponente de una recta “interpretación ajustada al tenor literal”, respondería a la voluntad del legislador claramente manifestada en ese precepto y expresiva de su designio de recortar las facultades de la acción popular en el procedimiento abreviado. En aplicación —se dice— de un llamado “principio de celeridad”, justificada por la menor gravedad de los delitos enjuiciados por tal cauce procesal. Un dato que explicaría también la reducción en él del alcance de la acción popular, en beneficio del derecho de defensa.

Ante la afirmación (de la primera de las recurrentes) de que la institución de la acción popular es una manifestación de desconfianza frente al Ministerio Público, sostiene la mayoría que “la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico”. Se trata de una suerte de *obiter dictum*, secundario en apariencia, pero que me parece digno de atención y, desde luego de discrepancia, en el marco de las consideraciones que siguen y para llevar a cabo la que creo es la correcta aproximación a la naturaleza y función de la acción popular en nuestro sistema.

El modelo de Estado constitucional de derecho, al que responde el español actual, no parte de un (a mi juicio inexistente) principio de confianza en las instituciones, sino, al contrario, de un sano principio de desconfianza frente a todo ejercicio de poder, patente en la previsión de un complejo sistema de controles; en la articulada oposición de toda una serie de dispositivos de garantía junto/frente a las distintas expresiones de aquél. Así, por poner un ejemplo bien próximo, en el caso de la jurisdicción, con el establecimiento del deber de justificar de forma explícita las decisiones; precisamente, porque su bondad y su legitimidad no se presumen sólo por la calidad institucional del emisor y la regularidad del trámite.

Por eso, y para el asunto que nos ocupa, la incorporación de la acción popular a nuestro ordenamiento es una elocuente manifestación de tal sana desconfianza, en este caso frente al Fiscal, al que, si fuera de otro modo, no se habría escatimado el monopolio de la iniciativa de la persecución en el campo

penal. La opción, acogida primero en el art. 101 Lecrim y ahora también en el art. 125 CE —aunque sea una singularidad española— goza de un fundamento inscrito en la raíz misma de la vigente forma estatal. Y de su rendimiento habla toda una nutrida fenomenología empírica, histórica y actual, acreditativa de la, tan demostrada como indeseable, universal exposición y permeabilidad del Ministerio Público a las sugerencias y contingencias de la política en acto, en perjuicio de la (que debería ser) exclusiva sujeción a la legalidad.

Es cierto que la acción popular también está expuesta a posibles usos espurios, de los que asimismo hay sobrados ejemplos. Pero, aparte de que éstos podrían/deberían conjurarse en buena medida mediante el control judicial de su ejercicio, no cabe ignorar que es merced a éste como en nuestro país ha sido posible la persecución de un significativo número de acciones criminales imputables a sujetos públicos.

Así, tanto por la aludida razón de principio como por buenas razones de experiencia, aún con todos los riesgos (insisto que en buena medida conjurables), la acción popular es una institución benemérita, esencial para suplir vacíos —nada hipotéticos— de iniciativa institucional en la persecución penal, cuya relevancia como factor de “salud pública” justifica el trato dado a la misma por el legislador histórico y por el constituyente.

También en lo relativo a la posibilidad de modular mediante el desarrollo legislativo la proyección del instituto. Pero, efectivamente, de *modularlo*, como ocurre en los arts. 102 y 103 Lecrim y 191 y 269 Cpenal. Pero no de cancelar el carácter autónomo de su ejercicio: su razón de ser, que es a lo que lleva la interpretación —fuera de contexto e incluso de texto— que aquí se cuestiona. Una interpretación que, aislando de su verdadera fuente de sentido una expresión lingüística de inteligencia hasta la fecha consolidada y pacífica, la toma, sorprendentemente, en una literalidad que lleva a la institución denotada a entrar en conflicto con lo que constituye su *ratio*, que es también la *ratio legis*. Con el resultado de producir una suerte de constructo autocontradictorio, que da con una mano la iniciativa procesal autónoma que luego quita con la otra, en el momento de la apertura del juicio oral. En casos como éste, cuando más cuenta, pues, en efecto, si la acción popular responde, como responde, a la finalidad que acaba de ilustrarse, nunca tendría mayor sentido su actuación que ante la cuestionable renuncia a mantener la acción penal por parte de los sujetos institucionales que tienen atribuida por ley esa función.

En apoyo de su decisión, como he dicho, la mayoría invoca la naturaleza de los delitos tratados por el cauce del procedimiento abreviado; un cierto “principio de celeridad”; y, en fin, el favor del derecho de defensa, respecto del cual el ejercicio de la acción popular comportaría, en general, una limitación. Se trata asimismo de afirmaciones que no puedo compartir.

En cuanto a lo primero, porque la experiencia enseña que la mayor parte, si no la generalidad, de los delitos producidos en marcos institucionales o de poder (político y económico) es, por razón de la naturaleza de la pena (hasta 9 años de privación de libertad), del género de los que discurren por los cauces del procedimiento abreviado. Con lo que, de universalizarse la inédita lectura del art. 782,1 Lecrim para este caso, se constituiría regularmente a la acusación popular en una depresiva y anómala posición subordinada a la de las otras acusadoras. De forma emblemática en supuestos como el presente, en el que las mismas, Abogado del Estado y Ministerio Público, operan dentro y en la proximidad del ejecutivo, respectivamente. Es decir, cuando goza del mayor fundamento y más necesaria resulta la autónoma presencia de la acción popular como parte plena.

De la celeridad en el desarrollo del trámite hay que decir que es un *desideratum*. Representa un objetivo (externo) a alcanzar; obviamente, en el respeto de las exigencias constitucionales y legales de garantía. Pero en sí misma no forma un principio, si por principio se entiende la razón por la que una cosa (el proceso) es lo que es. Aquí, mejor, lo que constitucionalmente debe ser: acusatorio y contradictorio. Por tanto, la celeridad, que no es un principio, será un valor cuando se logre en el respeto de los principios del proceso, entre los que ella misma no figura y al margen de los cuales no sería de apreciar. Basta pensar, en el límite, en los procesos llamados “sumarísimos”. Y a otra escala, en los procesos “de urgencia”, una urgencia que siempre comporta el recorte de ciertas garantías.

Pues bien, la reducción del tiempo de sujeción del imputado al proceso, conseguida al precio de banalizar en un aspecto central el papel de alguna de las partes acusadoras admitidas a actuar en ella, se inscribiría en la misma recusable lógica, no precisamente principialista, que con tanta frecuencia ha animado y anima los procesos de urgencia y similares.

En fin, considero preciso señalar que la presencia de la acusación popular no debilita o no limita el derecho de defensa. No veo inconveniente en aceptar que cualquier acusado preferirá tener enfrente al menor número posible de acusaciones. Pero el imperativo constitucional en materia de defensa se satisface en su integridad, es decir, sin que experimente cesión alguna como tal derecho

fundamental, sólo con que se reconozca a aquél la posibilidad de alegar, probar, argumentar y contradecir, en apoyo de su pretensión, con la amplitud necesaria.

3. Se ha dirigido al auto impugnado el reproche de que “lleva a cabo una interpretación *contra legem*”; objeción contestada en la sentencia de la mayoría con el argumento de que “una interpretación ajustada al tenor literal de un precepto nunca puede ser una interpretación *contra legem*”. Pero esto no es necesariamente cierto. Y no lo es en el supuesto a examen.

La que se conoce como “interpretación literal” en realidad no constituye (en sí misma) *un método*, que pueda presentarse como alternativo a los otros así llamados, porque la generalidad de las palabras están aquejadas de cierta ambigüedad y con frecuencia presentan también problemas de vaguedad. Así, cuando se trate de discursos lingüísticos, y más aún si de carácter normativo, el significado específico de un término, en una situación concreta, dependerá, en mayor o menor medida, pero siempre en medida relevante, del entorno textual.

Por eso, en contra de lo que a veces, y desde luego en este caso, se ha sostenido, situar en el punto de partida del trabajo interpretativo la lectura aislada de una expresión, haciéndola significar en su aislamiento; y *enfrentar* luego el significado así obtenido con el que resultaría de atender al contexto en el que la misma se inscribe, es una manera técnicamente incorrecta y nada rigurosa de proceder. Que —objetivamente— produce el señalado demoledor efecto *deconstructivo* del orden jurídico (el procesal, en este caso) como sistema trabajosamente elaborado; y que, además, aboga por la legitimidad de recusables prácticas antisistemáticas de la misma índole, con el inevitable riesgo de contagio.

El intérprete antes, incluso, que por las reglas legales está vinculado por las de la lógica y las del discurso racional, que han de nutrir la inteligencia de aquéllas. Así, el punto de partida de la interpretación del sintagma “acusador particular” debe ser —como siempre ha sido hasta la fecha— el representado por ella misma en/con su contexto, del que recibe un sentido, abonado, según se ha visto, por las mejores razones gramaticales y de principio. Operar con esa expresión del modo que se hace en el auto recurrido, esto es, en uso de un sorpresivo radicalismo *literalista* sin precedentes, cuando no existe razón alguna conceptual y de sistema que lo demande, es hacer a la misma contradictoria: llevarla a decir en el art. 782,1 Lecrim algo distinto de lo que, sin duda, dice (como siempre ha dicho) en el art. 783,2 Lecrim y en otros artículos de la misma ley que he citado.

La Sección Primera de la Audiencia Nacional *explica* en su auto el *modus operandi* en este asunto, de forma que, como he argumentado, no es convincente ni aceptable. Pero, a mi juicio, no hace lo bastante explícita y *no funda* la *ratio decidendi*. Lo que constituye una omisión grave cuando, como ocurre, se innova drásticamente y existe, además, toda una consistente batería de razones de fondo que, si algo reclaman, es el mantenimiento del estatuto del actor popular en sus constantes.

En definitiva, por los motivos que se expresan en el voto particular a que me he referido al principio y por lo aquí razonado, estimando el recurso, tendría que haberse dejado sin efecto la resolución recurrida.

Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO **EXCMO. SR. D. JOSE MANUEL MAZA MARTIN**

I

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en la presente Resolución, compartiendo íntegramente las razones de discrepancia expuestas por mi compañero, e inicial Ponente de la causa, Excmo. Sr. Sánchez Melgar, en su Voto Particular, al que manifiesto mi plena adhesión.

Dicho ésto y encontrando, por consiguiente, suficientemente fundada la crítica a la decisión de la mayoría, a partir de los referidos argumentos ajenos que comparto, considero no obstante de una ineludible responsabilidad, en un supuesto de la importancia del presente, insistir en el aspecto que más esencial me parece a la hora de valorar la gravedad que, a mi juicio, entraña la decisión de mis compañeros de Sala, que no es otro que el de su trascendencia procesal y constitucional.

Por lo que ya adelanto no sólo el sentido limitado y complementario del presente Voto Particular, sino, así mismo, la preocupación que en él late por el análisis desde la perspectiva que, con toda humildad, considero que

debería ocupar un lugar destacado en las deliberaciones de un Tribunal como éste, que constituye la cúspide del orden jurisdiccional penal en nuestra Nación, especialmente en casos como el que aquí nos ocupa, y que ha de ser, más allá de la obligada correcta resolución del caso concreto, la percepción de la trascendencia de la decisión adoptada y de sus efectos dentro del conjunto del ordenamiento.

Razón por la que no debe sorprender el estilo de tinte “generalizador” de las líneas que siguen, toda vez que, con acierto o sin él, se trata de algo deliberadamente buscado en esta ocasión.

II

Debería bastar la indudable solidez del Voto particular de quien fuera Ponente para, cuando menos, hacernos meditar seriamente sobre la posibilidad de una interpretación alternativa a la “literalista” exégesis llevada a cabo sobre el artículo en cuestión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 782.1, por el Auto recurrido y confirmada por esta Sala.

Y puestos ante semejante tesitura, es decir, ante la eventualidad de contar con esa otra interpretación, a partir de ese momento considerar que la única guía que debería movernos para adoptar la decisión acerca de la solución jurídicamente más correcta aplicable al caso no habría de ser otra que aquella que satisfaga en mayor medida los principios e valores consagrados en nuestra Constitución, que no son sino los del reforzamiento de este Estado democrático y de Derecho y, por ende, del propio sistema judicial, puesto que no ha de considerarse como algo gratuito ni de menor significación el hecho excepcional de que la Acusación Popular encuentre un lugar propio y expreso en ese mismo Texto constitucional (art. 125 CE).

Es indudable que no es necesaria la existencia de una institución como la Acusación Popular para afirmar la consideración de “democrático” respecto de un determinado ordenamiento procesal penal, de acuerdo con lo que sostiene expresamente en este punto la Sentencia que cuestiono, con base

en lo que la propia experiencia y el examen de otros sistemas nacionales plenamente democráticos nos demuestra.

Pero ello no quiere decir que esa facultad que constitucionalmente tenemos reconocida todos y cada uno de los ciudadanos en nuestro país, de participar eficazmente en la Justicia Penal a través del ejercicio de la Acusación, no sea un instituto de extraordinaria profundización en los valores democráticos, precisamente a través de lo que constituye lo más realista y efectivo de tal sistema, que no es sino la participación del ciudadano, de la forma más directa posible, en lo público.

No es que lo diga yo, ni que nuestro Legislador de 1882 así pareciera entenderlo, ni, tan siquiera, que fuera precisamente ésta una de las bases sobre las que se construyó la idea misma de democracia, en la Grecia de Solón, cuando por primera vez en la Historia se diseñó algo semejante a esta institución de hoy, con un carácter considerado como esencial para la más correcta gestión de los asuntos de la polis, sino que además, y es lo que aquí verdaderamente nos interesa como aplicadores del Derecho vigente, fue el espíritu que movió al constituyente de 1978 a proceder a la constitucionalización de la Acusación Popular, incorporándola al artículo 125 de nuestra Carta Magna.

Artículo que, aún cuando no confiera por sí mismo a semejante facultad del ciudadano el carácter de verdadero derecho fundamental, en los términos y con los efectos que a esta categoría atribuye el artículo 53.1 de la propia Constitución, no por ello debe ser degradado en su importancia, máxime cuando sienta la base para que el Tribunal Constitucional otorgue, al que así se ha visto legitimado por la propia Norma básica, el derecho, ese sí fundamental, al “acceso a la jurisdicción”, dentro del más amplio a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 (SSTC 62/1983, DE 11 de Julio; 241/1992, de 21 de Diciembre; o 326/1994, de 12 de Diciembre).

Por ello considero que desatender el que nos hallamos ante un recurrente que está reclamando la protección de semejante derecho a ejercitar la Acusación, reconocido expresamente en la propia Constitución, es algo en lo que no deberíamos incurrir a la hora de aplicar una correcta interpretación,

desde el punto de vista constitucional, del precepto de legalidad ordinaria sometido a ella, ya que podríamos estar consagrando la vulneración de esa tutela judicial efectiva al no exigir mayor motivación para desestimar la pretensión del acusador, respecto de la solicitud de apertura del Juicio oral, que la mera cita del precepto procesal así interpretado.

III

Y si, como decía líneas atrás, resulta perfectamente posible alcanzar una interpretación plenamente fundada en Derecho y respetuosa con la integridad del sistema, que fortalece precisamente la referida institución de cuño constitucional, como se ha encargado de demostrar sobradamente el Sr. Sánchez Melgar en su Voto Particular, no alcanzo a comprender el por qué se acude a otra, en contradicción además con pronunciamientos anteriores recientes de esta misma Sala (vid. STS 168/2006, de 30 de Enero), basada esencialmente en el aparente sentido literal del precepto, para, negándole al recurrente ese derecho en este caso concreto, arrastrar unas demoledoras consecuencias de carácter general para la vigencia misma de la Acusación Popular en nuestro ordenamiento.

Pues, efectivamente, lo que ni los largos períodos de falta de libertades que se han sucedido, para nuestra desgracia, en España, desde 1882, consiguieron y sí, tan sólo, durante un breve período de tiempo el exceso en la cuantía de las fianzas exigidas por los órganos judiciales, que fue precisamente una de las razones por las que la Constitución de 1978 optó por reforzar, dándole carta constitucional, a esta institución, mucho me temo que va a producirse como efecto de la Sentencia que dicta hoy la Sala de la que formo parte.

¿Quién en lo sucesivo se tomará la molestia de constituirse como Acusación Popular, con las dificultades y enojos que ello conlleva, sabiendo que en un momento decisivo del procedimiento, con efectos absolutamente letales para el discurrir de éste, su posición procesal resultará por completo ineficaz?.

Con esta decisión no me cabe la menor duda de que el auténtico sacrificado, además de serlo como ya he dicho antes uno de los mecanismos de participación más importantes de nuestro sistema democrático en cuanto que permite la actuación directa de cualquier ciudadano ante la Justicia, no habrá de ser otro que el propio sistema judicial penal, que ve mermadas de este modo sus posibilidades de enjuiciamiento en materias en las que las innegables imperfecciones del sistema le hacen aún más vulnerable en el cumplimiento de sus responsabilidades y fines, por la trascendencia extrajurídica que la persecución y castigo de cierta clase de conductas comporta.

Conductas que, por otra parte, en la práctica totalidad de los casos correspondería conocer dentro de los trámites del Procedimiento Abreviado, que es precisamente al que corresponde el precepto procesal cuya interpretación nos ocupa.

Tipo de procedimiento a su vez que, dicho sea de paso también y sin insistir en ello ya que suficientemente queda explicado en el Voto Particular de Sánchez Melgar, vá a suponer a partir de ahora un tratamiento para la Acusación Popular, dentro de ese Procedimiento Abreviado, distinto del que esta misma goza en el Sumario Ordinario, provocando, de paso, un inexplicable caso más de esquizofrenia procesal, para unirse a la cada vez más crecida lista de supuestos de esta clase que vá ofreciendo paulatinamente nuestro fragmentado ordenamiento.

IV

Si se me apura aún más, en el presente caso resultaría incluso discutible negar, desde el estricto punto de vista de la coherencia del sistema y de la justicia material a él vinculada, la legitimación para obtener la apertura del Juicio oral, que eso es lo que en definitiva se está acordando, a quien, aún con los ropajes procesales del Acusador Popular, está ejercitando su derecho como contribuyente, de manera por tanto tan próxima a la de un verdadero perjudicado, frente a quienes sostiene que podrían haber

defraudado a la Hacienda Pública nada menos que más de 2.500.000.000 de euros.

La respuesta parece ser, en criterio de la mayoría, la de que su pretensión no ha de valer nada, y sí quedar anulada por el criterio en contrario del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, ésta última en tanto que representación de esa Hacienda Pública.

Cuando si bien se ve, tendría que ser precisamente en estos casos en los que el derecho a acusar ejercido por uno, o varios ciudadanos, discrepantes de instituciones tan respetables como el Fiscal o el Abogado del Estado, más debería hacerse valer, a la vista del inequívoco espíritu que movió al autor del artículo 125 de nuestra Constitución, pues si partimos de una confianza absoluta en que organismos tales como el Ministerio Fiscal o el propio Ejecutivo, superior jerárquico en definitiva de los Servicios jurídicos del Estado, son plenamente suficientes para adoptar la correcta decisión acerca de la procedencia o no de la solicitud de apertura del Juicio oral, lo que en realidad nos estaríamos planteando es la conveniencia de la existencia misma de la Acusación Popular.

V

No se nos ocultan, antes al contrario conocemos perfectamente los excesos y abusos cometidos por medio de esta institución, en búsqueda ocasionalmente no de la realización de la Justicia sino de intereses personales o particulares espurios e, incluso, hasta inconfesables, pero, al margen de que la experiencia nos ha demostrado que ambos objetivos no resultan siempre incompatibles, lo cierto es que la solución para todo ello habría de venir de la mano de una más precisa regulación legal de esta materia, que intente poner remedio a tales usos indeseables, y no por la vía de cercenar las posibilidades de un instituto procesal que, no lo olvidemos tampoco, en tantas ocasiones vino a resultar en la práctica el único mecanismo a la postre eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de gravísimos hechos cometidos en este país, que están aún hoy en la mente de todos.

Insistamos, además, en que tampoco se trata de entregar al Acusador Popular la “llave” para sentar en el banquillo a otro ciudadano, a su capricho y cuando le plazca, ni menos aún de alcanzar con su actuación una irremediable conclusión condenatoria, sino, tan sólo, de permitirle que solicite al Juez, con reales posibilidades de prosperidad, esa apertura del Juicio oral que, en último caso, exclusivamente éste podrá acordar, si en su opinión concurren los requisitos legales precisos para ello.

Tengamos presente que en este caso concreto, fuera válido procesalmente o no el presupuesto acusatorio, lo cierto es que la Instructora de la causa se pronunció en el sentido de considerar que sí que había fundamento bastante, a la vista del resultado de las pruebas practicadas, para proceder a la apertura del Juicio oral por la posible existencia de conductas delictivas, en una Resolución motivada y posteriormente revocada por el Auto de la Sala, con el acuerdo de sobreseimiento que es objeto del presente Recurso.

VI

Pero es que además, la trascendencia de la Resolución de la que discrepo vá más allá incluso, en sus graves consecuencias, del caso concreto aquí enjuiciado, toda vez que, al no matizar entre posibles supuestos aplicativos distintos del precepto analizado, por ejemplo aquellos en los que no fuera posible la presencia de Acusación Particular por inexistencia de víctima o perjudicado por el delito, lleva a que en multitud de procedimientos, de gran relevancia social, quede en manos exclusivamente del Ministerio Fiscal la solicitud de apertura o no del Juicio Oral, contraviniendo así toda una tradición jurídica y la configuración actual de nuestro ordenamiento procesal, siempre reacia a otorgar al Ministerio Público el monopolio de la acusación.

Problema y efectos que, sin duda, habrán de verse agudizados aún más si, como es previsible, futuras reformas procesales entregan incluso al Fiscal también la iniciativa y dirección de la fase investigadora.

Obviamente, la Sentencia mayoritaria no puede adentrarse en el estudio de las consecuencias de la decisión que contiene, ajenas al objeto que le es propio, por la exigente limitación al caso concreto sobre el que versa tanto como por su propia coherencia interna que, como a continuación veremos, podría verse seriamente resentida abriendo otros frentes interpretativos sobre el mismo artículo de la Ley procesal, pero sí que debería, a mi juicio, haber tenido muy en cuenta la consideración de esas consecuencias a la hora de adoptar un criterio que lleva a entregar a la exclusiva iniciativa del Fiscal la apertura de los Juicios orales correspondientes al enjuiciamiento de aquellos delitos que no presentan víctimas ni perjudicados directos, lo que, a mi juicio, supone una verdadera contradicción con el espíritu que animó a nuestro constituyente a incorporar a su Texto la institución de la Acusación Popular.

Y es que, como decía anteriormente, la propia coherencia interna de los argumentos que sirven de fundamento a la decisión de mis compañeros impide que se establezca, a partir de ahora, excepción alguna en la aplicación del artículo 782.1 de la Ley procesal.

Ya que, en otro caso, ¿con qué nos quedaríamos?, ¿con una interpretación literal del artículo, que al parecer excluye al no mencionarla expresamente a la Acusación Popular, o con otra posibilidad exegética alternativa, para distintos supuestos al que aquí se nos somete, más “espiritualista”, que sí que permitiera introducir a aquella en el contenido del precepto aunque allí expresamente no se mencione?

Porque el artículo aplicable resulta ser el mismo, haya o no haya víctima o perjudicado.

¿Querría decirse acaso que la Acusación Popular sólo puede tener presencia realmente efectiva en aquellos procedimientos en los que no hay Acusación Particular?.

Pues parece que eso no es lo que dice el artículo 125 de la Constitución Española, ni las normas reguladoras del Procedimiento Ordinario ni el propio precepto analizado.

Por ello es por lo que resulta plenamente comprensible que la Sentencia no se pronuncie al respecto. Pero en realidad no sé si esta omisión sirve para mantener sin fisuras la lógica de la decisión adoptada o más bien viene a constituir la demostración definitiva del error mismo de esa interpretación, cuando conduce en su aplicación a otros supuestos, como los mencionados, a mantener un criterio tan dispar con una de las bases esenciales de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, que no es otra que la de la compatibilidad con la Acusación pública de otras clases de legitimaciones, bien se llamen Acusaciones Particulares o Populares.

En todo caso, cualquier interpretación posterior que, aislando hipótesis diferentes de la aquí examinada, llevase a una conclusión distinta de la ahora mayoritariamente aprobada en Pleno acerca de la interpretación del contenido del artículo en cuestión, requeriría, en mi opinión, un acuerdo del mismo grado de extensión y solemnidad, bien sea a través de un Pleno jurisdiccional, o bien no jurisdiccional, de esta Sala, convocado al efecto para evitar posibles desequilibrios y futuras contradicciones entre los distintos criterios de quienes la integramos.

VII

Es, sin embargo, cierto que al menos uno de los argumentos de la Resolución mayoritaria, de merecer ser compartido, habría neutralizado mi anterior discurso y todos los razonamientos hasta ahora expuestos, llevándome a la obligada coincidencia con mis respetados compañeros.

Se trata de la alusión al hecho de que el criterio de inclusión de la Acusación Popular junto al Ministerio Fiscal y la Acusación Particular en el supuesto contemplado en el repetido artículo 782.1, tendría el carácter de interpretación “contra reo” y colisionaría con el derecho de defensa de éste.

Pero, a mi juicio, ello no es así en modo alguno, ya que no se está hablando de una interpretación que conduzca necesariamente a la condena del acusado, sino, antes al contrario, de abrir la posibilidad a que precisamente la

defensa pueda desplegar toda su actividad, en el Juicio, a fin de acreditar la inocencia de quien hubiera sido infundadamente acusado.

Y no es que se diga esto aquí y ahora sino que, como es sobradamente conocido, durante decenas de años y en millares de Resoluciones, los Tribunales hemos venido acogiendo el criterio de que un Auto de procesamiento o, en su caso, la apertura del Juicio oral, a pesar de su indudable carácter aflictivo inicial, en definitiva no redundaba sino en una mayor garantía para quien venía figurando como imputado en unas concretas actuaciones penales, de modo que a partir de ese momento pueda disfrutar de la más amplia oportunidad, con todas las garantías que le son propias, de demostrar su inocencia cumplidamente.

Mientras que de otra forma y de impedirse no por un pronunciamiento de sobreseimiento de fondo, sino por una cuestión relativamente formal, como en este caso acontece, el enjuiciamiento de los hechos, a los imputados se les está privando de esa oportunidad de demostrar su inocencia y de evitar, al margen de consideraciones jurídicas sobre la inocencia que siempre ha de presumírseles, el oneroso estigma social de la sospecha permanente sobre su posible comportamiento criminal sustraído al enjuiciamiento.

Por ello tampoco puede afirmarse, de manera tan categórica, que la interpretación que, en mi modesta opinión, mejor se compadece con una lectura constitucional del significado y la razón de ser de la Acusación Popular en nuestro ordenamiento y, por ende, con la más correcta interpretación del precepto en cuestión, pueda suponer, en modo alguno, vulneración del derecho fundamental de defensa de los imputados.

En conclusión y por todas las razones expuestas, considero que esta Sala debería haber estimado el Recurso que nos ocupa, con base en la interpretación del contenido del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que más se ajusta a nuestro Texto constitucional.

José Manuel Maza Martín

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO.
SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA**

Respetuosamente, como siempre, con el criterio expresado por la mayoría, formulo el presente voto particular para dejar constancia de las razones de mi discrepancia.

Me adhiero al voto formulado por el Ponente inicialmente designado, Excmo. Sr. Sánchez Melgar, con cuyo contenido coincido sustancialmente, y añado las siguientes consideraciones.

1. El Tribunal de instancia, al inicio del juicio oral, en el trámite previsto en el artículo 786.2 LECrim, a instancias del Ministerio Fiscal, al que se adhirieron la acusación particular y las defensas, acordó dejar sin efecto el Auto de apertura del juicio oral dictado por el Juez instructor, basándose el Tribunal en que, al tratarse de Procedimiento Abreviado, tal decisión no era posible, ya que conforme al artículo 782.1 de la misma Ley, si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitan el sobreseimiento, cosa que ocurría en esta causa, el Juez lo acordará. La corrección de esta decisión se cuestiona en el recurso.

Así pues, la cuestión que se plantea, y que se resuelve en la sentencia de la mayoría, es muy concretamente la siguiente: si en el Procedimiento Abreviado el Juez puede acordar la apertura del juicio oral a instancias de la acusación popular cuando tanto el Fiscal como la acusación particular solicitan el sobreseimiento.

2. Coincido con la sentencia de la mayoría en que el derecho al ejercicio de la acción penal mediante la acción popular es un derecho constitucional de configuración legal. A esta consideración habría que añadir las precisiones efectuadas por la jurisprudencia constitucional respecto de los casos en los que a través del ejercicio de tal acción se defiende un interés personal y directo, que no es preciso desarrollar aquí, pero que podrían matizar algunas de las argumentaciones relativas a la ponderación entre un derecho fundamental (el de defensa) y un derecho constitucional (el de ejercitar la acción popular) cuando se encontraran en conflicto.

Son posibles, pues, limitaciones legales relativas a los casos o a la forma en la que aquel derecho puede hacerse efectivo. La existencia de tales limitaciones, siempre que sean respetuosas con la esencia del derecho, no plantearía, en principio, problemas de constitucionalidad. Estos podrían surgir, sin embargo, como consecuencia de una interpretación de la ley que restrinja las condiciones de ejercicio de la acción popular, que pueda considerarse que no está suficientemente justificada.

Coincido asimismo con las consideraciones referidas a la posición constitucional y a las responsabilidades del Ministerio Fiscal derivadas del artículo 124 de la Constitución.

Discrepo, sin embargo, de la argumentación y de la conclusión a la que conduce, según la cual el Juez está obligado a acordar el sobreseimiento cuando en el Procedimiento Abreviado el Ministerio Fiscal y la acusación particular lo soliciten.

3. La tesis defendida en la sentencia se apoya en la literalidad del artículo 782.1 de la LECrim. Dice este precepto que "si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa", (...), "lo acordará el Juez".

Puede concretarse de la siguiente forma: cuando en la causa, tramitada por el procedimiento Abreviado, estén personadas la acusación particular y la

acusación popular, en el caso de que el Ministerio Fiscal y la acusación particular soliciten el sobreseimiento, el Juez deberá acordarlo, aun cuando la acusación popular personada interese la apertura del juicio oral. Dicho de otra forma, la petición coincidente del Fiscal y de la acusación particular respecto del sobreseimiento vincula al Juez.

No es aplicable este criterio restrictivo a los supuestos en los que solamente estén personados el Ministerio Fiscal y una o varias acusaciones populares.

4. En la sentencia de la mayoría se parte del sentido literal del artículo 782.1 LECrim, para examinar si una tal restricción sería posible con respeto al texto constitucional. También coincido en la conclusión. Sería posible y podría encontrar justificación, en su caso, en algunas de las consideraciones que se recogen en la sentencia.

Pero la cuestión fundamental es si puede entenderse que tal restricción está efectivamente establecida en la ley. Es decir, si las disposiciones de la ley pueden interpretarse de manera que conduzcan a la solución propuesta por la mayoría. Una vez establecido que esa interpretación es posible, sería el momento de examinar su constitucionalidad antes de aceptarla como la más adecuada. Solo entonces sería posible acudir a la ponderación de los bienes en conflicto. De no ser así, en realidad, tal conflicto no existiría.

En este sentido debe tenerse en cuenta que ni la Constitución ni la LECrim establecen directamente ninguna limitación a la acusación popular una vez que ha sido tenida por parte en el proceso de que se trate. En ningún caso, y este aspecto se relaciona con el principio de celeridad del proceso, se le impone el sostenimiento de las mismas pretensiones que mantienen el Ministerio Fiscal o la acusación particular, ni se limita su actuación por el hecho de que aquellos ya concurran efectivamente en el proceso con una pretensión de castigo.

Tampoco, en ningún caso, las consideraciones constitucionales al derecho de defensa conducen a situar directamente a la acusación popular en una posición subordinada a otras acusaciones, impidiéndole acusar si alguna de éstas no lo hace o imponiéndole la adhesión a las tesis de las ya formuladas.

Las limitaciones, por el contrario, se establecen para alcanzar el estatuto procesal de parte.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrado en contra de una interpretación restrictiva (por todas STC 311/2006) de las

condiciones de ejercicio de la acción popular una vez que ha sido establecida con carácter general para un determinado proceso o clase de proceso.

Así pues, establecida con carácter general en el proceso penal de la LECrim la posibilidad de la acción popular, las limitaciones a su ejercicio deben ser solamente las que resulten de la ley.

5. Y en mi opinión, la interpretación según la cual el artículo 782.1 contiene una enumeración cerrada que excluye a la acusación popular, no es posible.

En primer lugar porque solamente resultaría de una interpretación literal del artículo 782.1, que además se efectúa considerándolo aisladamente respecto de los demás preceptos de la LECrim, incluso de aquellos que son coetáneos del anterior al haber sido también redactados por la misma ley que modificó la procesal, la Ley 38/2002.

La interpretación literal de esos otros preceptos, que después se citarán, conduce a resultados no admisibles, pues supondría la exclusión de la acusación popular del trámite procesal incluso en aquellos casos en los que el Ministerio Fiscal o la acusación particular también hubieran solicitado la apertura del juicio oral. Es decir, la atribución a la expresión "acusación particular" del sentido pretendido en el Auto recurrido y en la Sentencia de la mayoría, no es posible a mi juicio en los demás casos en los que la LECrim la emplea.

Ha de tenerse en cuenta en este sentido que la LECrim solamente menciona la acción popular al referirse a ella con carácter general en el artículo 270, pero nunca la menciona expresamente al regular el trámite del proceso. Es cierto que en otras ocasiones la LECrim se refiere al Ministerio Fiscal y las partes personadas (artículos 759.2º; 759.3º; 760; 779.5ª; 800.1); a las otras partes y el Fiscal (artículo 762.5ª); al Ministerio Fiscal y las partes (artículos 785.1; 789.2); a las acusaciones personadas (artículos 780.1; 781.2); al Ministerio Fiscal y la parte acusadora (artículo 786.1); o a las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal (art. 798.1).

Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que cuando la ley ha optado por la expresión el Fiscal y el acusador particular en el artículo 782.1, lo hace manteniendo al tiempo otros preceptos que, empleando los mismos términos, no admiten esa interpretación literal. Y no se aprecia la concurrencia de razones que justifiquen suficientemente la interpretación divergente en unos u otros casos. No estaría justificado entender que en el artículo 782 se excluye a la acusación

popular y en el 783.2 no se hace, cuando el texto de la ley es idéntico y se emplea en el mismo contexto.

5.1. Así, el artículo 783.2 establece que al acordar la apertura del juicio oral el Juez resolverá sobre las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular. Es de toda evidencia que no puede excluir en esa mención al acusador popular, pues éste puede solicitar medidas acerca de las cuales es imprescindible un pronunciamiento del Juez. Sería ilógico entender que sobre tales medidas no es precisa la resolución del Juez. Por lo tanto, la mención al acusador particular, contrapuesta a la del Ministerio Fiscal como acusación pública, debería entenderse como referido a la acusación particular en sentido estricto y a la que no lo es.

5.2. Otras previsiones legales, también coetáneas con las anteriores conducen a la misma conclusión. El artículo 800 contiene en sus apartados 2 y 4 distintas previsiones acerca de la forma de proceder cuando solo sea el Ministerio Fiscal quien presenta acusación, distintas de las aplicables en los casos en los que, se dice, se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral. Una interpretación racional de estas previsiones conduciría a entender que el apartado 4 incluye a la acusación popular, salvo que se entienda que debe ser ignorada, aun cuando concurra y solicite la apertura del juicio oral de forma coincidente con el Ministerio Fiscal y con la acusación particular.

5.3. Y el artículo 801.5 dispone que *Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores*, lo cual carece de sentido si se ignora a la acusación popular personada, pues efectivamente su acusación podría ser la más grave de todas ellas.

5.4. Incluso el artículo 782.2, citado en la argumentación de la mayoría, difícilmente admite el significado que se le atribuye. Dispone este precepto que cuando el Fiscal solicite el sobreseimiento y no se hubiera personado en la causa acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento, el Juez podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, con la

clara finalidad de que comparezcan y sostengan la acusación, permitiendo así la apertura del juicio oral, lo que el Juez no puede hacer en ningún caso en ausencia de alguna acusación. Efectivamente, tal como se dice en el Auto impugnado y en la sentencia de la mayoría existió una enmienda en el trámite parlamentario que afectaba a la Exposición de Motivos, relacionada con este precepto, que estaba orientada a diferenciar con nitidez entre los interesados, que podrían cobijarse bajo el concepto de acusadores populares, y los perjudicados u ofendidos, identificados como acusadores particulares en sentido estricto. Pero, en primer lugar, tal diferenciación estaba orientada exclusivamente a identificar a aquellos a los que el Juez podría realizar la comunicación prevenida en el precepto, excluyendo a los simplemente interesados. Y en segundo lugar, no afectó en absoluto al texto del artículo, que se mantuvo.

Además, si se parte de que el Juez solo está obligado a acordar el sobreseimiento cuando lo pidan el Fiscal y el acusador particular al mismo tiempo, en aquellos otros casos en los que concurran en el proceso solamente el primero y el acusador popular, la petición de aquél no vincularía al Juez, que podría acordar la apertura del juicio oral solo con la petición de este último, sin necesidad de contar con un acusador particular. Es decir, que si se entiende que al referirse al acusador particular el artículo 782.2 excluye a quien ejercita la acción popular, la previsión legal solo tendría aplicación razonable en aquellos casos en los que además del Fiscal y del acusador popular concurren alguna acusación particular de las varias posibles y el primero y esta última solicitaran el sobreseimiento. En ese caso, el Juez tendría que "buscar" otro acusador particular, ya que, habiendo solicitado el sobreseimiento el Fiscal y la acusación particular personada estaría obligado a acordarlo. Por el contrario, en los casos en que, no estando personada ninguna acusación particular, el Fiscal solicite el sobreseimiento y el acusador popular la apertura del juicio oral, el Juez puede acordarla sin necesidad de encontrar otro acusador, pues no estaría en el caso cubierto por la literalidad del artículo 782.1.

Consecuentemente, el artículo 782.2 deberá entenderse como referido a los casos en los que no concurra ninguna acusación a sostener la apertura del juicio oral, y por lo tanto la expresión "acusación particular" debe interpretarse como comprensiva de cualquier acusación distinta del Ministerio Fiscal.

6. Tampoco la regulación del procedimiento ordinario abona la interpretación literal. En el artículo 651 se dispone, en trámite de calificación, que devuelta la causa por el Fiscal se pasará al acusador particular, si lo hubiere; después al actor civil, y luego a los procesados y terceros responsables civilmente. Nada se dice expresamente del acusador popular que, sin embargo, no puede quedar excluido del trámite.

Otro tanto ocurre con lo dispuesto en los artículos 734 a 736, en los que se regulan los informes en el juicio oral, en los que tampoco se menciona al acusador popular, a quien, sin embargo, deberá reconocerse el derecho a informar para sostener sus pretensiones.

En consecuencia, una interpretación del precepto puesto en relación con otros de la misma ley que empleen la misma expresión, no conduce a dos posibles soluciones igualmente fundamentadas que debiera resolverse mediante la técnica de ponderación de los derechos o bienes en conflicto. Por el contrario, en mi opinión conduce racionalmente a entender que cuando la LECrim se refiere a la acusación o al acusador particular lo hace contraponiéndolo al acusador público, y no en sentido estricto excluyente de la acusación popular.

7. En la interpretación del artículo 782.1 LECrim, ha de tenerse en cuenta también que la presencia de la acusación particular no tiene en todos los casos el mismo significado, pues en algunos supuestos, como el presente, existen matices dignos de consideración a los efectos que se sostienen en la tesis de la sentencia de la mayoría.

7.1. De un lado, debe tenerse en cuenta el bien jurídico protegido por el delito perseguido. En el caso se trata de un delito contra la Hacienda Pública. No se trata en realidad de un bien jurídico individual, particular o privado, sino de un bien jurídico colectivo o supraindividual, indisponible, de evidente naturaleza pública. En este sentido, las STS 643/2005; STS 774/2005; STS 1505/2005; STS 827/2005, y STS 925/2005, entre otras. Por lo tanto debería considerarse si el acusador popular defiende además un interés legítimo y personal en el reparto equitativo de las cargas tributarias, en conexión con la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica (artículo 31 CE). Si así fuera, como parece, el derecho del artículo 125 vendría conectado directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo

24.1 CE (STC 34/1994; STC 50/1998; STC 79/1999), lo que matizaría las consideraciones realizadas en la sentencia de la mayoría acerca de la posible solución al conflicto entre el artículo 125 y el derecho fundamental de defensa del artículo 24.2.

7.2. De otro lado, en estos casos, en los que el bien jurídico protegido por el delito perseguido es de naturaleza supraindividual, colectivo y de carácter público, deberían revisarse las consecuencias del carácter que se atribuye, a estos efectos, a la presencia de la Abogacía del Estado. Pues efectivamente los derechos e intereses que defiende no son privados del Estado, sino públicos, y además sujetos a unos principios constitucionales que afectan en general a la acción administrativa y muy especialmente a la tributaria, como sería el caso. No se trata, pues, del interés privado del Estado, lo que permite cuestionar si el Servicio Jurídico del Estado actúa en la causa como acusador particular en sentido estricto, es decir, defendiendo un interés particular. Parece claro, por el contrario, que en estos supuestos la conjunción del interés público y del interés privado no puede valorarse a los efectos de establecer la improcedencia de la continuación del proceso, pues ambas acusaciones defienden intereses públicos.

8. Tampoco debe dejar de valorarse la justificación que pudiera existir para un tratamiento diferenciado de la acusación popular en relación a la clase de procedimiento. Sin duda es cierto que el Procedimiento Abreviado pretende una tramitación más ágil y que tal pretensión se basa en la menor gravedad, artículo 757 LECrim, aunque en realidad alcance a hechos sancionados con pena privativa de libertad no superior a nueve años. Sin embargo, es cuestionable que, en el marco general de la regulación, la exclusión de la acusación popular en esos casos pudiera justificarse en la obtención de una mayor celeridad, cuando ni siquiera en la tramitación de los juicios rápidos, regulados asimismo en la Ley 38/2002, se excluye su presencia e intervención junto al Ministerio Fiscal y la acusación particular, y cuando, además, en caso de concurrir otras acusaciones no se imponen limitaciones a su ejercicio.

9. Finalmente, es preciso recordar que la decisión final acerca de la apertura del juicio oral, es decir, el control acerca de la continuación del proceso cuando

existe alguna acusación, o dicho de otra forma, la garantía de que el juicio oral no se abrirá caprichosa o arbitrariamente o solamente a causa de intereses privados absolutamente desconectados de cualquier consideración hacia el interés público, o incluso contrarios al mismo, no se atribuye en la Ley al Ministerio Fiscal ni a la acusación particular, sino al Juez, cuya posición en el proceso está presidida por otros principios, y caracterizada muy especialmente por la independencia. La ley, como es bien sabido, permite al Juez en el Procedimiento Abreviado o al Tribunal en el ordinario, denegar la apertura del juicio oral cuando los hechos no sean constitutivos de delito, y en el primer caso, además, cuando no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado, posibilidad que en el procedimiento ordinario habrá sido previamente despejada, en su caso, al resolver los recursos contra el Auto de procesamiento. Es por eso, que la acusación formalizada por la acción popular, en ningún caso determinará por sí sola, la apertura del juicio oral, pues será preciso que el órgano jurisdiccional al que compete la decisión la considere racionalmente justificada. De esta forma, un eventual conflicto entre el derecho al ejercicio de la acción popular y el derecho de defensa será resuelto por el Juez en cada caso en función de la racionalidad de la pretensión de la acusación y de su valoración desde el Derecho Penal.

10. En consecuencia de lo dicho:

- a) El derecho a intervenir en el proceso penal ejercitando la acción popular es un derecho constitucional contemplado en el artículo 125 CE.
- b) Se trata de un derecho de configuración legal, de forma que el legislador puede establecer la forma y los procesos penales en los que es posible.
- c) Una vez establecido con carácter general en un proceso, tal como ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la interpretación de las normas que lo regulan no debe ser restrictiva de la efectividad de su ejercicio. Dicho de otra forma, las limitaciones a las condiciones de ejercicio deben resultar claramente de la ley.
- d) El artículo 782.1 de la LECrim, debe interpretarse de la misma forma que los demás preceptos de dicha Ley cuando se refieren al acusador o a la acusación particular, es decir, como expresión que engloba a todas las acusaciones, personadas en la causa, distintas del Ministerio Fiscal. No existen razones que

justifiquen la interpretación de este artículo en forma distinta a otros en los que se emplean los mismos términos.

e) La petición de cualquier acusación relativa a la apertura del juicio oral deberá ser denegada por el Juez si considera que los hechos no son constitutivos de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

f) El Juez está obligado a acordar el sobreseimiento cuando ninguna acusación solicite la apertura del juicio oral.

Por lo tanto, el recurso debió haber sido estimado en su primer motivo, dejando sin efecto la decisión del Tribunal de instancia y ordenando la continuación del juicio oral.

Madrid, 17 de diciembre de 2007.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA N° 1045/2007 (Recurso de Casación 315/2007).

I.- Convengo con la mayoría, sustancialmente, en la configuración del **derecho de acusar**, que compete a los ciudadanos, individuales o asociados en personas jurídicas. Lo que no obsta para la constatación de ciertos matices.

1.- Desde la perspectiva de su **fundamentación** parece claro que no es otro que el principio democrático, en el aspecto de participación en la administración de justicia. Pero cabe observar que, en este aspecto, difiere de la, aparentemente similar, recepción del instituto en ordenamientos como el británico. Porque en éste el ejercicio de la acusación se confiere a ciudadanos, pero actuando en nombre de la Corona. No así entre nosotros, y, precisamente de ello, deriva la consecuencia de que la acción popular de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, primero, y de la Constitución después, **no se subordina en ningún momento o trance del procedimiento a la estrategia y decisiones de la institución responsable de decidir sobre la acusación, es decir del Ministerio Fiscal**. Tampoco de las de la acusación que puede ejercitar el ofendido o perjudicado.

2.- En lo que concierne a la naturaleza también convengo con la mayoría en la constatación de la **evolución** en la doctrina establecida por las resoluciones del Tribunal **Constitucional**. Desde la ubicación en el artículo. 24 de la Constitución, como derecho fundamental, manifestación del de tutela judicial efectiva en su aspecto de acceso a la jurisdicción, (SS 62/1983, 147/1985, 241/1992), a la primera matización (S 34/1994) por la que se advierte que el acceso al amparo exige que el

ciudadano sea titular de un interés legítimo y personal, diferenciable del común o general, y a la establecida en la sentencia 50/1998 en la que dijo que *en aquellos supuestos en que no se acredite la existencia de dicho interés, la acción popular ejercitada sólo podría acogerse a la protección del art. 24.1 CE en su dimensión material, cuya protección únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incurtidas en error patente*. Llegando en la 79/1999 a negar aquel interés legítimo del accionante, para acceder al amparo, cuando el que se invoca lo es por derivado de la inclusión de determinados fines entre los de la asociación, que pretende estar legitimada para la vía de amparo.

3.- En el ámbito meramente **procesal** aquel fundamento de su reconocimiento justifica que se configure con *legitimación propia*. De esa manera, incluso cuando el proceso ya se ha iniciado antes de su intervención, ésta implica ejercicio de acción penal, que le constituye en *parte*, y *parte principal* y no coadyuvante del Ministerio Fiscal, por más que no sea parte necesaria. Además con igualdad de estatuto procesal que el acusador que lo es alegando ser ofendido por el delito. Es cierto que el legislador puede configurar de diversa manera la *admisión* de la intervención del acusador popular. De hecho así lo hace, y a tal aspecto conciernen la totalidad de los ejemplos de configuración legal expuestos por la mayoría. Pero, independientemente de que *podría* el legislador diversificar dicho estatuto de parte del acusador popular, **ni es posible citar** un ejemplo de disposición en que lo hiciera, ni se encuentra en la doctrina procesal afirmación alguna de **supuestos de diferencia entre el trato legal dado al acusador particular en relación con el popular**. Salvo la posibilidad del perdón que, aunque con consecuencias procesales en los casos que se admite, no es una facultad procesal. Y la diversidad, jurisprudencialmente creada, con doctrina en buena medida zigzagueante, en cuanto a hacer recaer sobre el condenado la obligación del pago de las costas. (Sentencia de 2 de febrero de 1996, muy matizada por la de 4 de noviembre de 2005). Al acceso a la jurisdicción corresponde, que no al estatuto de parte tras acceder, la diferencia de trato en la posibilidad de disfrutar de defensa gratuita de oficio.

Por primera vez en la historia procesal española, en lo que se refiere a la perspectiva de *lege data*, **se suscita con esta sentencia** un caso en el que los derechos y cargas procesales del acusador popular se cercenan en relación con el

elenco reconocido respecto del acusador ofendido por el delito. La doctrina procesal ha mantenido siempre que, en lo que concierne a la apertura del juicio y determinación del objeto, la acusación no oficial (particular o popular) tiene idéntico valor y está regulada por análogos requisitos que la oficial.

Y desde luego, a tal invocación jurisprudencial, no le avala ningún cambio legislativo. Como con acertada exactitud reflejaba la ponencia inicial, y ahora su voto particular, el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha permanecido absolutamente incólume en lo que aquí interesa, pese a su reforma por ley 38/2002. Cuestión baladí ya que en cualquier caso la norma aplicable sería la previa a dicha reforma, conforme a su disposición transitoria primera.

Entiendo, por otra parte, poco coherente mantener la falta de voluntad innovadora del legislador, cuando se le considera plegado a la doctrina, respecto a la diferencia entre acusador particular y popular, y no se repare en atribuirle una diferencia de estatuto procesal, una vez constituidos en parte, que la doctrina procesalista solvente jamás ha predicado de *lege data*. Por más que de *lege ferenda* quepa defender otras tesis, a las que yo me sumo.

II.- Quizás el único punto de total coincidencia de todos los componentes del Tribunal sea el de que, en definitiva, el recurso nos emplaza a determinar cual es la **CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA LEY "PUESTA"** o norma positiva, frente al de la "supuesta", que es, a mi entender, la invocada por la resolución recurrida, y que, por serlo, debería excluirse como fundamento de nuestra decisión.

Ciertamente la arribada a ese consenso general es, al mismo tiempo, el comienzo de las plurales posiciones adoptadas por los componentes del Tribunal.

A mi modesta manera de ver las cosas, ni a) los aforismas de la Teoría General del Derecho, ni b) el contexto de los valores de nuestra Constitución, ni c) la letra de la ley avalan la tesis que la mayoría asume para postular su decisión de rechazo del recurso.

1.- Los aforismas que implican exclusión de un supuesto de aplicación de una norma al enunciar los que son de inclusión de su aplicación, exigen

inevitablemente determinar previamente cual sea aquel supuesto *enunciado* o *expreso*. Si no quiere caerse en obvia petición de principio.

Es verdad que, si el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiriese solamente al acusador particular ofendido por el delito, el sobreseimiento sería ineludible aunque hubiese acusador particular no ofendido. Pero la cuestión, en la que discrepo de la mayoría, no es ésta. Es, cabalmente, si la voz “particular” en aquel precepto *expresa* también, como creo, o no, como dice la mayoría, al acusador no ofendido ni perjudicado por el delito

2.- No puedo compartir que, por estimar que afecta, perjudicándolo, al contenido sustancial del **derecho de defensa**, la **cantidad de acusadores** admitidos en paridad de facultades, deba restringirse la interpretación del alcance de la voz “particular”, motivo de la discrepancia. Y ello porque, de considerarse así, habría de exigirse, para la norma reguladora, el rango de ley orgánica que, obviamente, no concurre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es significativo que este mismo Tribunal Supremo no estimase lesionado el derecho de defensa del acusado por la admisión como parte de un nuevo acusador, incluso si lo hace, bajo la hoy vigente redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el abreviado, ya después del trámite de calificación. Siquiera, por esa concreta razón, lo fuese con alcance meramente adhesivo. Pero bien entendido que tal límite se debe a la necesidad de conjurar acusaciones sorpresivas, **no a la eventual lesión del derecho de defensa por el número de acusadores**. Éste, dijo el TS en la Sentencia 1140/2005 de 3 de octubre: *es un derecho complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, a obtener una resolución sobre el fondo, a obtener una respuesta motivada y fundada, a los recursos establecidos en la Ley, a la defensa contradictoria de las partes, que incluye la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos, a la igualdad de armas, a que el fallo se cumpla y en definitiva al proceso debido, y todo ello se ha cumplido en la presente causa, habiendo ejercitado los acusados sus derechos de defensa sin restricción alguna...*

Tampoco en la Sentencia de este Tribunal nº 363/2006 de 28 de marzo se estimó lesionado el derecho de defensa pese a la admisión de un acusador popular sin prestación de fianza (FJ 31).

Ni antes en nuestra Sentencia nº 722/1995 de 3 de junio en la que se dijo: *las mismas razones imponen la desestimación del motivo tercero del recurso, articulado también en sede procesal del referido artículo 5.4 de la LOPJ, que alega que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca vulneró el artículo 24.2 de la CE al **admitir**, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 793.2 de la LECrim., la **acusación de dichas partes al haberse formulado fuera del plazo previsto en el último de los preceptos legales citados; pues en todo caso, y con arreglo a lo señalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada y la de esta Sala de 28 mayo 1993 (RJ 1993\4267), sólo supondría, como correctamente indica el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción en este recurso, una mera irregularidad procesal **sin trascendencia alguna sobre el derecho de defensa**; razón por la que también este motivo, sin necesidad de reiteraciones fundamentadoras, debe ser desestimado.***

3.- Respecto a la letra de la ley **ya hemos exteriorizado nuestra queja por el escaso rigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** a la que reprochamos el uso indistinto de la voz querellante o particular para referirse a todo tipo de acusador no oficial, e incluso el indebido uso del término “privado” en algún precepto siquiera en ese término haya sido más exacta.

Así lo dijimos en nuestra Sentencia nº 61/1996 de 2 de febrero: *La Ley de Enjuiciamiento Criminal no es un modelo precisamente en este punto de la regulación de las partes intervinientes en el proceso penal, porque denomina al acusador querellante (arts. 240.3, 274, 275, 276, 277, 278, etc.) con una designación ambigua, porque confunde al acusador que no es el fiscal en los juicios por delitos públicos. También utiliza el legislador la denominación de acusador particular (arts. 19.5.º, 37, 53, 132, 651, 734 y 993) haciendo referencia al acusador privado en los arts. 54.5.º, 649, 659 y 875. Pero, pese a las contradicciones de llamar «acusador privado» al litisconsorte del Fiscal en este último precepto, refiriéndose a delitos que pueden perseguirse de oficio, en otros preceptos parece remitirse a los delitos genuinamente privados.*

4.- La Jurisprudencia ha sido constante en proclamar que el **acusador popular puede ser el único mantenedor de acusación** que justifique la apertura del juicio oral, cualquiera que sea la posición adoptada por las demás partes.

Lo dijo de manera expresa e inequívoca, entre otras, en la sentencia n° 595/1992 de 12 de marzo en la que pese a calificar de “adhesión” al acto de personarse en un procedimiento ya iniciado con anterioridad, determina que la subsiguiente relevación de la carga de hacerlo a medio de querrela y prestando fianza “...*la inobservancia de aquellos requisitos -querrela y fianza- no han cerrado el paso a la **pretensión acusatoria, única que ha sostenido la acción penal...***”

Y se sobreentendió en la Sentencia n° 817/1997 de 4 de junio en la que la razón de no admitir la subsanación defectos en el personamiento de la acusación particular consistió en el efecto que ello tendría: permitir acusaciones diferentes, las de acusador popular, no mantenidas por los demás acusadores.

En la reiteradamente invocada -también por la mayoría de este Tribunal- Sentencia n° 702/2003 de 30 de mayo se afirma de manera inequívoca que la razón de desautorizar un determinado contenido de la acusación, ejercitada por el acusador popular, era que el mismo se separaba de los contornos de lo autorizado jurisdiccionalmente en el auto denominado de transformación que concluye las diligencias previas. Pero no por la supuesta limitación a acusación “adhesiva” que le atribuyó la Audiencia. Y ello porque, a tales efectos, si no se rebasase aquellos contornos del auto transformador, en el decir de este Tribunal Supremo, dicha acusación particular tendría plena autonomía y podría así acusar a persona diferente y por hecho distinto del especificado en las demás acusaciones.

Dijo entonces, en efecto, este Tribunal en relación con la calificación de "adhesiva" que la Audiencia, no el Supremo, había conferido a la acusación popular que “...*queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es **autónomo y con plenitud de facultades**, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 de la LECrim -presentación de querrela y prestación de fianza- exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el art. 20-3° LOPJ para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular...*”

Y aún con más contundencia, si cabe, reiteró: "*...En todo caso, y esto es lo relevante, debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que **no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular** (sic, como adelantando que "particular" incluía a la "popular" de la que en tal sentencia se hablaba) y no por el Ministerio Fiscal, si éste estima que no procede su ejercicio...*"

Desde luego en la reciente Sentencia n° 168/2006 de 30 de enero se reiteró esa doctrina jurisprudencial, en tal particular mantenida sin que jamás presentase una sola fisura. Así se rechaza el recurso que se fundaba en "*... haberse permitido el ejercicio de la acción popular contra Jon tras la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal; y haberse acordado la **apertura del juicio oral a instancia únicamente de la acusación popular**,...*" estimando entonces que ello, permitido por la ley procesal, no conculcaba ni el derecho a la tutela judicial, ni a un proceso con todas las garantías.

En la Sentencia de n° 1276/2006 de 20 de diciembre se calificó por este Tribunal al acusador popular como el que *actúa en su tesis (sic) de la sociedad, viniendo a asumir dentro del proceso un papel **similar al Ministerio Fiscal***.

A ello no es obstáculo que en alguna ocasión haya admitido una intensidad de estatuto como parte disminuida al rango de la **mera adhesión**, supeditada a la posición de las acusaciones pública e incluso particular.

Esa fue la doctrina mantenida en la Sentencia n° 1/1997 de 28 de octubre (Caso Filesa) en el que la acusación popular -mantenida por el Partido Popular- vio limitado su estatuto en función de su **tardía personación** (cuando el procedimiento ya se encontraba en fase de juicio oral).

La conclusión que vengo defendiendo -admisión de la posibilidad de que el acusador popular mantenga posición diversa de la de las demás acusaciones, públicas o privadas- se ve reforzada por la doctrina del Tribunal Constitucional cuando salva la constitucionalidad del art. 113 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, ello lo condiciona cuando, en la Sentencia 154/1997 de 29 de

septiembre, manda atender a la estrategia de las partes: “ *es preciso, además, que esa norma (cuya constitucionalidad se justifica, según ha quedado dicho, en la finalidad esencial a que tiende, que no es sino la de evitar innecesarias reiteraciones en las actuaciones judiciales que, a su vez, pudieran hacer padecer el derecho a no sufrir retrasos indebidos en la tramitación y resolución de la causa) sea además interpretada y aplicada de forma que respete el derecho de defensa y asistencia letrada de la parte o partes a las que se obliga a litigar bajo una misma defensa y representación. Y lo será cuando, efectivamente, los **intereses y enfoques de la actuación procesal de todos ellos sean coincidentes, porque, en otro caso, el derecho de defensa** -del que, en efecto, es titular también la parte acusadora y no sólo la acusada Sentencias Tribunal Constitucional 30/1981 y 193/1991, **pudiera verse lesionado**, conforme se mantiene en este supuesto por la demandante en amparo”.*

Aunque en ese caso el conflicto surgía entre dos acusadores populares, en la precedente 193/1991 se mantuvo igual doctrina cuando las partes en conflicto eran un acusador particular y otro popular.

Pues bien, si esa es la doctrina constante, sin fisuras, de este Tribunal, la abrupta ruptura, que la nueva decisión implica en tal precedente doctrina, exige, a mi modesto entender: **a) que se deje clara constancia de que tal ruptura** tiene lugar, y **b) que se den buenas razones** que sustituyan a las que antes avalaban lo contrario.

III.- En ese empeño interpretativo debo manifestar mi coincidencia, prácticamente plena, con la posición defendida por el inicial ponente, que suscribe el voto particular disidente al que, en gran medida manifiesto mi apoyo.

"Suponer" que, cuando el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que *el Juez acordará el sobreseimiento, cuando sea solicitado por el Ministerio Fiscal y el acusador particular*, esta palabra tiene, **en el lenguaje del legislador**, el mismo significado atribuido por la doctrina, que lo diferencia de *popular*, carece de fundamento. En efecto, a mi modesto entender, el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desconoce tal diferenciación.

Nunca esa ley utiliza la expresión acusador popular. Pese a que la figura venga del art. 2 de la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal (la de 1872). La de 1882 nunca utiliza tal término. Este aparece en el panorama legislativo con mucha posterioridad. Principalmente a partir de su utilización por el art. 125 de la Constitución.

Es significativo que importantes obras doctrinales de Derecho Procesal, anteriores a la Constitución ni siquiera utilizan la denominación popular (y sí la de privado) cuando enuncian los acusadores no oficiales.

Incluso existen muestras inequívocas de que, para la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la expresión particular incluye inequívocamente al doctrinalmente conocido como acusador popular.

Tal es el caso del artículo 280. Se denomina ahí *particular* al querellante que no está exento de la obligación de prestar fianza. Es decir al **acusador popular**.

Y, aún más significativo de esa indiscriminación en el uso de los términos particular y popular en el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el art. 270 de la misma donde se **llama popular** a la acción ejercitada por quien no es acusador publico institucional, **haya sido ofendido o no por el delito**

La contumaz inteligencia por el legislador de la voz *particular* como género que incluye las dos especies, doctrinalmente diferenciadas, de acusador popular y acusador particular, se refleja en el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro ya del marco del procedimiento abreviado, cuando llama *particulares* a los que ejercen la acción *sean o no ofendidos por el delito*

Si el **contexto determina el sentido del texto**, lo que no cabe es insertar los textos de la doctrina en el contexto del lenguaje legal para adulterar el prístino e inequívoco significado que éste atribuye a las palabras que usa.

IV.- No obstante, mi divergencia respecto de la ponencia inicial, y, por ello, mi apoyo al contenido de la DECISIÓN de la mayoría, más que al de su

justificación, se concreta en los siguientes puntos que son, en fin, el fundamento de mi voto

1.- Entendía la ponencia inicial que la cuestión de la apertura del juicio oral quedó zanjada cuando, en vía de recurso, la Audiencia Nacional confirmó la viabilidad del tránsito de las diligencias previas a la fase de preparación del juicio oral. (Auto de 23 de junio de 2003 de la Sección segunda de la Audiencia Nacional).

A mi entender, sin embargo, **no tenía esa resolución fuerza de cosa juzgada** que obstase el replanteamiento, en la audiencia preliminar, al comienzo de las sesiones del juicio oral, de la admisibilidad de una apertura de juicio oral tributaria exclusivamente de la petición formulada por acusadores populares.

En primer lugar porque no puede desconocerse que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal declara no recurrible la decisión de apertura del juicio oral -art.783.3 el mismo precepto, en ese apartado *in fine*, se preocupa por dejar a salvo el derecho del acusado a **reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas**.

En esa materia se **comprometen garantías del sometido a proceso**. En relación con ellas resulta fuera de debate la hegemonía de la doctrina del Tribunal Constitucional. Pues bien, los **imputados en esta causa ya acudieron a ese Tribunal** solicitando amparo contra su imputación. Y dicha reclamación fue rechazada dada la subsidiariedad del cauce elegido, que debe por ello aguardar un mayor avance en el proceso jurisdiccional.

Pero el Tribunal Constitucional ya indicó que, precisamente en el procedimiento penal -en referencia a aquél del que procede este recurso- habría la ocasión para replantear la misma cuestión. Así se pronunció en el Auto de 10 de mayo de 2004: *el Auto recurrido en apelación* (de transformación, que es el que en la propuesta del ponente inicial significaría preclusión para reabrir el debate sobre la pertinencia de la acusación) **es una resolución meramente provisional, que ni siquiera vincula al propio órgano judicial que lo dicta, habida cuenta que la puede dejar sin efecto si desaparecen los indicios que determinaron su adopción, o puede sobreseer libre o provisionalmente la causa si estima que concurren causas**

que lo justifiquen. Pero es que, aun en el caso de que la Instructora acordara la apertura del Juicio oral -supuesto que se ha producido mediante Auto dictado con fecha 26 de abril de 2004- todavía dispondría el recurrente de un trámite para exponer lo que estime oportuno acerca de las posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales (desde luego, el Derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE) producidas a lo largo de dicho procedimiento, en la denominada «audiencia preliminar» regulada en el art. 793.2 LECrim. [actual art. 786.2 LECrim], y obtener del citado órgano judicial un pronunciamiento sobre las mismas; y, de continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto la Audiencia, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia de casación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia en vía de amparo constitucional.

Tal doctrina, por otro lado, ya había sido establecida en otras resoluciones, que aquella cita. Como en la 54/1991 en la que también dijo: *en el acto de apertura del juicio oral puede plantearse el sobreseimiento de la causa como artículo de previo pronunciamiento o la existencia de vulneraciones de las garantías constitucionales.*

2.- A diferencia de la conveniencia de mantener la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre el estatuto como parte del acusador popular, estimo que existe la **necesidad de modificar la Jurisprudencia** de este Tribunal respecto a los presupuestos de **admisibilidad** de la acusación que ejercita la acción popular.

Y, por ello, discrepo de la posición de la inicial ponencia para la que, conforme a la doctrina jurisprudencial hasta ahora subsistente, que allí no se cuestionaba, estaba válidamente constituida en el proceso.

En efecto, el discurso legal es inequívoco: El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como cauce para ejercitar la acción popular, o, si se quiere, para el *acceso* a la jurisdicción, la interposición de *querrela*. La modalidad “ligera” consistente en *mostrarse parte* se circunscribe a los ofendidos o perjudicados (artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) Para los demás el art. 101 impone la prescripción legal que regula esa forma de acceder. Es decir la querrela a que se refiere el art. 270 citado.

Por ello estimo que constituye un error la doctrina que tiene como precedente la sentencia del Tribunal Supremo nº 595/1992 de 12 de marzo. No solamente porque la letra de la ley no deja espacio para, con quiebra del principio de legalidad, dispensar de un requisito, la querrela, que tiene una funcionalidad inequívoca, que no se circunscribe a iniciar el procedimiento: en la querrela debe hacerse una imputación, eludible por el expediente de mostrarse parte, y de la que **puede derivarse responsabilidad penal** para el que la hace. Lo que supone una **garantía para el imputado** defendido así frente falsas imputaciones.

Tampoco respeta esa Jurisprudencia el **principio de legalidad** cuando releva de la obligación de prestar **fianza**. El artículo 280 no excepciona el supuesto de proceso ya iniciado cuando actúa el acusador popular. Y los resultados del juicio, que la fianza garantiza que se abonarán, pueden encontrar su causa en actuaciones promovidas por el acusador popular, aunque se encuentre activa otra acusación. Piénsese no solamente en actuaciones de investigación costosas solamente instadas por esa acusación popular. Pero, principalmente, piénsese en casos, como el presente, en que se da la subsistencia del procedimiento cuando las demás partes instan su cese. Los **resultados** del juicio pueden ser de enorme trascendencia. Y, sin embargo, un acusador puede lograr una laxa autorización para generarlas aunque, a la postre, se revelen temerarias sus imputaciones.

La doctrina laxa se mantuvo posteriormente en otras muchas: la de 22 de mayo de 1993, la de 3 de junio de 1995, la de 4 de junio de 1997 y las de 28 de marzo y 20 de diciembre de 2006.

Por ello conviene recordar la cautela que, pese a esa laxitud general de nuestra Jurisprudencia, hemos aconsejado en Sentencias como la nº 1300/1993 de 5 de junio en la que decíamos: “ *se ha de destacar, aunque sólo sea a efectos de doctrina procesal, que la personalidad exigida para ser parte en un proceso penal, ha de medirse con el máximo cuidado en aquellos supuestos, como el presente, en los que con el simple enunciado de ejercer una «acción popular» ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión, y sin que pueda servir de sustento a ese interés (y éste es el caso) la defensa genérica de la moral pública, cuando tal defensa viene encomendada, por ley, a una institución del Estado como es,*

*paradigmáticamente, el Ministerio Fiscal, cuyas pretensiones, dada su imparcialidad, están destinadas «ope legis» y con un carácter lógico, a defender a la sociedad en su conjunto, a través o por impulso del principio de legalidad. Y es que una cosa es que todo ciudadano, bien individualmente o de forma asociada, tenga, no sólo derecho, sino incluso obligación de denunciar hechos que entienda como constitutivos de uno o varios delitos, y otra cosa muy diferente es que, en base a esa simple denuncia, ya se le tenga que considerar como parte en un proceso, máxime cuando tal denuncia, en el fondo, atañe a cuestión tan genérica como es el de la prostitución, que a todo ciudadano puede afectar en un sentido individual familiar e, incluso, social, pero del que nadie, debe servirse, fuera de las instituciones públicas, para defender un concepto tan discutido y discutible como es el de la moral social, so pena de que con ello, insistimos, se acceda a dar competencia procesal a grupos de personas que, sin tener interés directo en la cuestión concreta, lo único que pretenden es imponer sus reglas (subrayamos el posesivo) de moralidad. Insistimos, es necesario medir muy cuidadosamente en cualquier supuesto, no sólo en el enjuiciado, el tratamiento que, desde el punto de vista adjetivo, deba darse a la llamada «acción popular», pues aunque constituya un derecho constitucionalmente establecido, su concepto no puede ser interpretado de forma tan amplia que desemboque necesariamente, como de hecho se está comprobando, en **convertir al simple denunciante en una parte acusadora** en el proceso, con las posibilidades dialécticas que ello supone, tanto en la instancia, como en la casación. (Se podría contrargumentar que esa limitación de accionar penalmente viene impuesta por la necesidad previa de presentar una garantía dineraria que ha de ser exigida por los Tribunales, pero, de todos es sabido que, en la práctica, esa garantía exigible es más ficticia que real, en cuanto que su cuantía es siempre simbólica ante el temor de posibles indefensiones).*

Y en la nº 438/2001 de 22 de diciembre se decía *resulta cuanto menos extraño que sea precisamente el representante de la **acción popular el que únicamente ha impugnado la sentencia absolutoria**, mientras que las acusaciones particulares, lógicamente con mayor interés directo en la condena de los acusados y sus posibles consecuencias indemnizatorias, se hayan conformado con dicha sentencia. Esta extrañeza viene a reforzar, aunque sea genéricamente, lo **cuestionable que resulta esta figura jurídica** según está regulado y admitida por los Tribunales de Justicia, pues basta el previo depósito de una cantidad (casi siempre simbólica, por irrisoria) para poder acceder a un proceso «ajeno» a sus*

propios intereses, sin necesidad de demostrar mínimamente, también con carácter previo, las razones que impulsa al accionante (querellante o denunciante) para tratar de defender unos derechos comunes o generales. Y es que, como opina buena parte de la doctrina, sería conveniente impedir «el ejercicio perverso de la acción popular en cuanto los derechos deberán ejercitarse siempre conforme a las exigencias de la buena fe, sin sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio (art. 7 del Código Civil [LEG 1889/27])». (Esto lo decimos a modo de simple apunte, pues el problema tiene más calado, no sólo interpretativo, sino también de reforma legislativa.)

No consta, en el caso que ahora juzgamos, que los acusadores recurrentes hubiesen depositado tal fianza.

¿Cómo se garantiza la reparación del daño que derivaría para los imputados y la entidad por ellos responsable civil si, como sería razonable pensar, en todo caso, la acusación fuese rechazada?

3.- Y discrepo también de la ponencia inicial, y concuerdo con el sentido de la decisión de la mayoría, porque la ponencia inicial no atendía, a mi modo de entender, a la relevancia de las **circunstancias del caso concreto** que, además de poner en evidencia lo discutible de la ya examinada doctrina de este Tribunal Supremo, llevaban a tener por inaceptable el comportamiento de la Jueza Instructora cuando, pese a las peticiones de **todas las partes personadas**, con grave **quebranto de su imparcialidad objetiva**, dejó ralentizarse la tramitación de las diligencias previas -durante años- hasta que se produjo la objetiva complicidad de los advenedizos acusadores, cuyas pretensiones de apertura de juicio oral no dudó estimar.

Esas circunstancias específicas del caso que examinamos se concretan en la existencia de la **petición de sobreseimiento por todas las partes personadas en las diligencias previas, desde años antes de que aparecieran los acusadores populares.**

Desde 1996, el Ministerio Fiscal, y desde 1998, la Abogacía del Estado, que defendía los intereses eventualmente afectados de manera directa por el supuesto delito, interesaron en múltiples ocasiones el sobreseimiento. La acusación popular

no se personó hasta octubre del año 1999. Inadmitida inicialmente, se le admitió como parte tras recurrir en apelación, siendo relevada de fianza (folios .14314 y 15086).

Para valorar adecuadamente la trascendencia de tal dato conviene reflexionar sobre la exigencia de **imparcialidad** en la fase de instrucción en el procedimiento en el que el **Instructor** asume, además, la función de determinar si aquella se desarrolló correctamente y ha logrado establecer si hay méritos para abrir el juicio oral.

No desconozco que el Tribunal Constitucional comenzó afirmando la doctrina de que *desde la perspectiva constitucional el **derecho a un juez imparcial se afirma únicamente respecto del acusado**, por lo que el mismo no es alegable cuando el procedimiento se encuentra en la fase de instrucción...* y que *con independencia de la aportación de los hechos que pueden hacer las partes acusadoras -por medio de la denuncia (arts. 259 y ss. LECrim), de la querrela (arts. 270 y ss. LECrim) o de las diligencias que puedan proponer en el curso de la instrucción (arts. 311 y 315 LECrim)-; es al Juez de Instrucción a quien corresponde la introducción del material de hecho en la fase instructora (art. 306 LECrim) haciendo uso de los medios que ponen a su disposición los Títulos V a VIII de la LECrim (Tribunal Constitucional 32/1994 de 21 de enero).*

Sin embargo en la misma resolución que afirmaba tal cosa hubo ya de matizar que *podría sostenerse que a raíz de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica (7/1988) la **investigación practicada por éste puede en algunos aspectos haber pasado a un nivel subsidiario** respecto de la realizada por la Policía o por el Ministerio Fiscal* añadiendo, con cita de la sentencia 186/1990 que *«el **contenido** de la instrucción judicial ha de responder a la finalidad perseguida que no es otra que la prevista en el art. 789.3 LECrim, esto es, la realización de las **diligencias esenciales** para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre los cuales hay que, incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el art. 789.5».*

Tan trascendente matización en el específico marco procedimental del abreviado responde a una necesidad. A diferencia de lo que ocurre en el ordinario, en el abreviado se encomienda al mismo Juez de Instrucción una competencia de verdadero enjuiciamiento: **decidir sobre la apertura del juicio oral**.

Tal decisión es de tal trascendencia que algún sector de la doctrina procesalista ubica en ella la respuesta a la acción penal. Y en el Derecho Comparado se califica de verdadera sentencia, siquiera de sentencia de reenvío.

El **legislador no ha permanecido insensible ante esa fundada tacha de nuestro sistema** procesal. La regulación del procedimiento en las causas contra **menores** aprovechó la oportunidad para desvincular la dirección de la investigación del Juez que había de decidir la apertura de la fase de enjuiciamiento. Muy significativa ha sido la propuesta del legislador en la Ley Orgánica del Tribunal del **Jurado** al limitar las facultades de iniciativa del Juez de Instrucción para garantizar su imparcialidad en el trance de decidir sobre la apertura del juicio oral. Propuesta respecto de la cual el legislativo quedó emplazado a profundizar en las ulteriores reformas, según se dispuso en dicha Ley Orgánica.

Por su lado el **Derecho comparado**, el de los mismos países (Italia, Francia, Portugal y Alemania) cuya cita ilustra la argumentación de la mayoría, establece como órgano competente para decidir el sometimiento a juicio, un órgano jurisdiccional diferente del órgano que dirige la investigación.

Por otro lado aquella inicial doctrina del Tribunal Constitucional no puso término a las pretensiones de amparo, que no pocos se vieron obligados a solicitar, ante las singulares actitudes adoptadas por Jueces de Instrucción en casos concretos.

Así en la **más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 310/2000 de 18 de diciembre** se dice: *es evidente "que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas "Sentencias instructoras de reenvío", en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de*

mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar" Sentencia Tribunal Constitucional 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; en sentido similar, Sentencia Tribunal Constitucional 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3).

Y en fecha aún **más próxima** en la sentencia 69/2001 de 17 de marzo de 2001 del Pleno del Tribunal Constitucional (en el denominado caso GAL) recordó como en resoluciones anteriores se establecía que *"la actividad del Juez de Instrucción se encuentra* (mejor sería decir "debe encontrarse") *regida por el principio de imparcialidad"* citando sus resoluciones Sentencia Tribunal Constitucional 106/1989, de 8 de junio, FJ 2 ATC 1124/1988, de 10 de octubre, FJ 2, y recordó como en la sentencia 145/1988. FJ 5 ya decía que *es evidente que el Juez de Instrucción puede hallarse, al igual que el Juez Sentenciador, en una particular relación con las partes y con el objeto del proceso susceptible de afectar negativamente a su ecuanimidad y rectitud de juicio.*

La mejor doctrina procesalista viene denunciando, con excepciones cada vez menos relevantes, la contradicción de hacer del Juez de Instrucción a la vez "escudo" y espada" y de lo poco prudente que resulta atribuir a la misma persona que dirige la investigación la responsabilidad de *enjuiciar* su conformidad a derecho. Como que es poco razonable atribuir a quien investiga actos de *enjuiciamiento*, como el de decidir sobre la razonabilidad de la pretensión acusatoria, que es lo que se decide cuando se dicta el auto de apertura de juicio oral.

Por eso se entiende que el **Tribunal Constitucional** siga diciendo en aquella Sentencia 69/2001, que la **neutralidad** es condición que no puede faltar en quien ha de adoptar medidas que afectan a derecho fundamentales y recuerde que *cuando el TEDH ha analizado el contenido del art. 5.3 del Convenio, ha puesto de relieve, en una interpretación literal del precepto, que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente a juzgar, y, de otro lado, desde una interpretación sistemática del Convenio, ha observado que la finalidad de la norma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir sobre la privación de la libertad de otra.*

Y, en lo que ahora nos importa, concluya diciendo que *aunque el contenido de la garantía constitucional de **imparcialidad del Juez de Instrucción**, dada la configuración de nuestro sistema procesal, **no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento** (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), **es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, **ha de resolver** las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral.***

Esta es la doctrina que lleva a valorar el dato específico del presente procedimiento a que hacía referencia. Valoración que exige examinar el significado de lo ordenado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para tal supuesto.

Sus artículos 622 para el procedimiento ordinario, y 773.1 párrafo segundo *in fine* para el abreviado, atribuyen al Ministerio Fiscal una facultad de la que no cabe estimar desvinculado al Juez de Instrucción, salvo que otras partes personadas insten la continuación de la investigación preliminar. Vinculación más predicable en el abreviado por la antes dicha responsabilidad del Juez para decidir la apertura del juicio oral a solicitar eventualmente por el Ministerio Fiscal.

Ciertamente la **Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula expresamente el efecto de una común posición de la totalidad de las partes personadas pidiendo el sobreseimiento de la causa.**

La laguna legal debe resolverse buscando la norma que **analógicamente** se muestra más apropiada.

Si el Juez de Instrucción va a estar vinculado por la común solicitud de sobreseimiento de todas las partes acusadoras (incluida la popular, si estuviera personada) conforme al **art. 782** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en la

interpretación que comparto con los demás votos particulares) en el acto procesal que subsigue al auto de transformación, (a que se refiere el art. 779.4º) nada impide dar **igual trascendencia a la solicitud que dichas partes, en su totalidad, formulen en momento anterior a dicho auto de transformación.**

De otra manera, el imputado podría ser posteriormente acusado sin otro fundamento que la oficiosa actividad investigadora posterior a aquella petición de sobreseimiento o, lo que es peor, sin nuevas investigaciones, pero por aparición de nuevos acusadores, aún temporánea, si se dilata la conclusión de la fase preliminar, debiendo decidir quien ya ha avanzado un criterio beligerante frente a la pretensión de sobreseer. Sin duda la imparcialidad, en el denominado sentido objetivo, de quien decide en tan trascendente *juicio*, es inexistente.

Consecuencia de tal interpretación de la norma, analógicamente conocida, es que la resolución que la **Jueza Central de Instrucción debió adoptar** no podía ser otra que la de **sobreseimiento**. Y que tal resolución debió adoptarla cuando coincidieron en reclamarla todas las partes personadas. **Antes del personamiento, mal admitido por otro lado, de la acusación popular.**

Por ello, pese a la ulterior acusación por la parte que ejercitaba la acción popular, tampoco podía ser otra que la de denegación del mismo. Y no se trata de que lo procedente fuese declarar nulidad alguna. Como podría ocurrir por razón de la falta de depósito de fianza. La tesis que mantengo no lleva tanto a la invalidez como a la injusticia, por opuesta a Derecho, de la resolución de apertura del juicio oral.

Y es contraria a Derecho porque conforme a éste solamente puede seguirse juicio cuando precede **acusación formulada por parte legítima**. Y no lo es quien se tiene por personada indebidamente por haber precluido la posibilidad de hacerlo. Y precluye la posibilidad cuando al tiempo de personarse **ya tenía que haberse sobreseído el procedimiento.**

Y en ese sentido, y por esas razones, que no por otras, debió rechazarse el recurso de los acusadores. Incluso sin necesidad de entrar a examinar la falta de razonabilidad de la imputación.

D. Luciano Varela Castro

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/12/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ RESPECTO DE LA SENTENCIA 1045/2007, 17 DE DICIEMBRE, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 315/2007

I.- Coincido con el criterio mayoritario de la Sala acerca de las razones que concurren para la desestimación de los recursos entablados por la *Asociación para la defensa de inversores y clientes* y por la *Federación de partidos políticos Iniciativa per Catalunya Verds.* Entiendo, en sintonía con la doctrina que proclama nuestra sentencia, que el art. 782.1 de la LECrim. es perfectamente acorde con el

significado constitucional de la acción popular y con la capacidad del legislador de fijar los términos de su ejercicio.

Esta solución excluyente, avalada por la literalidad del mencionado precepto, encuentra plena justificación siempre que concorra la doble voluntad de cierre a que se refiere este precepto. De un lado, la expresada por el Ministerio Fiscal, en su calidad de órgano constitucional a quien se encomienda la defensa de los intereses públicos y la salvaguarda del interés social; de otro, la exteriorizada por la acusación particular en su condición de parte procesal para la defensa de los legítimos intereses del ofendido por el delito. Y es esa convergencia entre la voluntad institucional y la voluntad del perjudicado la que opera el efecto restrictivo.

Lo contrario supondría un retroceso histórico a los albores de un sistema acusatorio que concebía la persecución de los ilícitos como una cuestión *inter privatos*, pudiendo implicar, además, en no pocos casos, un inaceptable distanciamiento respecto del significado del derecho penal como instrumento para la protección de bienes jurídicos.

Me identifico, pues, con la línea de razonamiento que incorpora el FJ 1º de nuestra resolución, en el que se condensa lo que interpreto como doctrina de esta Sala en relación con el problema suscitado.

Pese a todo, me veo en el deber de expresar mi discrepancia en relación con algunos de los razonamientos que se deslizan en apoyo de la tesis mayoritaria. En mi opinión, encierran un marcado desenfoque respecto del contenido material de los principios procesales y derechos que se dicen afectados, debilitando la consistencia argumental sobre la que se construye la *ratio decidendi* de nuestra sentencia.

Me refiero, de una parte, a la justificación que se atribuye a la exclusión de la acusación popular desde la perspectiva del derecho de defensa y de la correlativa necesidad de que su limitación se lleve a cabo, en todo caso, mediante ley orgánica. Extiendo también mi desacuerdo a la equívoca mención de los principios de igualdad de armas y de celeridad como razón fundamentadora del criterio restrictivo del art. 782 de la LECrim.

II.- Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas, esto es, la limitación del derecho de defensa originada por el reconocimiento de derechos a la acusación popular, nuestra resolución, tras abordar la cuestión de la legitimidad constitucional del precepto, incorpora un razonamiento que persigue reforzar la procedencia de una interpretación literal del art. 782.1º. En efecto, se dice en el apartado 13 del FJ 1º que *“el reconocimiento de derechos a la acción popular, para que actúe junto al Fiscal y la acusación particular, implica un refuerzo de la parte acusadora que necesariamente implica una limitación del derecho de defensa, que es, indudablemente, un derecho fundamental (art. 24 CE)”*. Sentada la anterior afirmación, se concluye que *“...dado que los derechos del Capítulo Segundo del Título I CE sólo pueden ser limitados expresamente por ley orgánica (arts. 53.1 y 81.1 CE), la omisión en el art. 782.1 LECrim de acordar facultades a la acusación popular para solicitar por sí la apertura del juicio, no puede ser entendida sino como una enumeración cerrada, pues de otra manera se infringiría la norma constitucional que sólo admite la limitación por ley orgánica de los derechos del Capítulo Segundo, Título I CE, en este caso, el derecho de defensa”*.

La conclusión es incuestionable. La premisa parte, en mi opinión, de un error. En efecto, no es la afectación del derecho de defensa la que obliga a interpretar el art. 782.1 en su estricta literalidad. Son las razones expuestas *supra*, ligadas al significado del proceso penal como una institución pública, las que justifican la legitimidad constitucional de un criterio restrictivo.

Estimo que el contenido material del derecho de defensa no se vería limitado, frente a lo que sostiene la sentencia, por *“...el reconocimiento de derechos a la acción popular para que actúe junto al Fiscal y la acusación particular”*. En la fase procesal en la que se inserta el art. 782.1 de la LECrim, el derecho fundamental de defensa se identifica con la plena capacidad del imputado para contestar con eficacia a la imputación o acusación contra él formulada, con la capacidad para hacer valer, en estricta posición de igualdad frente a quienes ejercen la pretensión acusatoria, los actos de postulación e impugnación necesarios para la afirmación de su inocencia. Frente a esta idea que, a mi juicio, expresa el verdadero sustrato conceptual de este derecho fundamental, la sentencia parece adherirse a

una inédita *concepción cuantitativa del derecho de defensa*, cuya afectación dependería del número de acusaciones presentes en el procedimiento.

Me parece, además, que esa discutible línea argumental, que identifica la actuación de la acusación popular con una idea restrictiva del derecho de defensa, obligaría a la Sala, siempre y en todo caso, a una interpretación literal de otros preceptos que no es, desde luego, admisible. No es fácil entender, por ejemplo, por qué tal limitación, entendida como refuerzo de la acusación, existiría en la fase intermedia (art. 782.1) y, sin embargo, no se produciría en el acto del juicio oral, en el que el legislador tampoco menciona de forma expresa a la acción popular (arts. 681, 689, 734 de la LECrim) Y es que existen preceptos cuya literalidad es perfectamente aceptable desde una perspectiva constitucional -el art. 782.1 de la LECrim es un buen ejemplo- y otros en los que ese mismo canon interpretativo conduciría a desenlaces inaceptables desde el punto de vista de las más elementales exigencias constitucionales.

Esta confusa perspectiva que, sólo en el momento de la fase intermedia, enlaza la actuación de la acusación popular con la correlativa limitación del derecho de defensa, conduce a resultados interpretativos inasumibles. Así, por ejemplo, mal se comprende que el legislador arbitre una fórmula de cierre para hacer prevalecer el derecho de defensa en el procedimiento abreviado y, sin embargo, no demuestre idéntica sensibilidad en el procedimiento ordinario. La sentencia parece justificar ese diverso tratamiento afirmando que “...*tampoco sería acertado obviar el hecho de que el procedimiento abreviado tiene por objeto delitos que, considerados en abstracto, constituyen delitos de menor gravedad que los que son objeto del procedimiento ordinario y que ello es, precisamente, lo que justifica la abreviación del procedimiento y las medidas para agilizarlo, entre las que el Legislador ha considerado adecuada la norma del art. 782.1 LECrim*”. Sin embargo, desde mi punto de vista, carecería de sentido que ese mismo legislador que evita la limitación del derecho de defensa en el procedimiento abreviado, se mostrara indiferente cuando la limitación se produce en el marco del procedimiento ordinario en el que, por definición, se enjuician los hechos delictivos de mayor gravedad.

III.- Mi desacuerdo también alcanza a la referencia que la sentencia hace al *principio de igualdad de armas*, de forma que la disposición del art. 782.1 de la LECrim sería una forma razonable de “...*equilibrar el peso procesal de las múltiples acusaciones que se admiten en nuestro proceso en relación al derecho de defensa*” (FJ 1º, apartado 13, último párrafo).

De nuevo aquí aflora lo que he llamado *concepción cuantitativa del derecho de defensa*. El principio de igualdad de armas nada tiene que ver con el número de acusaciones en el proceso penal, sino con el otorgamiento de idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. El principio de igualdad de armas, indispensable para la vigencia del principio estructural de contradicción y del derecho de defensa, no se resiente por el hecho de que a la acusación pública se sumen el acusador particular, el acusador popular o el actor civil. De hecho, esa igualdad de armas, a la hora de hacer valer las dos tesis contrapuestas, la pretensión y la resistencia, no mira tanto a la existencia de *dos partes*, sino a la de *dos posiciones*.

Mal se concilia la exclusión de la acusación popular en la fase intermedia del procedimiento abreviado -en aras del principio de igualdad de armas- con la incondicional aceptación de su presencia en el procedimiento ordinario. De ser así, habríamos de admitir que el principio de igualdad de armas y la preocupación legislativa por “...*equilibrar el peso procesal de las múltiples acusaciones*”, sólo se activa ante los delitos de menor gravedad, admitiendo, sin embargo, una contienda en posición desigual cuando de enjuiciar los delitos más graves -y, por tanto, de imponer las penas más elevadas- se trata.

IV.- Estimo también confusa la mención que la sentencia formula al principio de celeridad. En el apartado 14 del primero de los fundamentos jurídicos de nuestra resolución se proclama, de modo conclusivo, que “...*esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1 LECrim es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad*”.

Considero, por el contrario, que el fundamento de cualquier restricción a la capacidad de actuación de la acción popular nada tiene que ver con el principio de celeridad. En efecto, la celeridad, entendida como principio de ordenación del procedimiento, mira de modo preferente a la perentoriedad de los plazos, a la preclusión y, sobre todo, a la concentración de las fases de alegación y prueba.

La jurisprudencia constitucional ha ido más lejos y ha calificado como manifestación de ese principio, el deber de los Jueces y Tribunales de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso (cfr. SSTC 58/1999, 12 de abril y 32/1999, 8 de marzo).

Pero ni una ni otra manifestación del principio de celeridad guarda conexión alguna con la previsión legislativa del art. 782.1 de la LECrim. La exclusión de la acción popular, frente a lo que sostiene la sentencia de la mayoría, no puede justificarse por la necesidad de excluir a una parte que hasta ese momento ha actuado con plena legitimidad y que, sin embargo, llegada la fase intermedia, se convertiría en un estorbo para la pronta finalización del proceso.

El principio de celeridad, concebido como criterio ordenador de la actividad procesal no puede desplazar la vigencia de otros principios y derechos que, por su significado estructural, tienen un mayor rango axiológico. La Constitución, en fin, no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales, al precio de ignorar los derechos de las partes. Por el contrario, pretende asegurar en este punto un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales.

Por todo cuanto antecede, con pleno reconocimiento y respeto a la decisión de la mayoría -a cuyo desenlace me sumo-, me veo obligado a dejar constancia de mi desacuerdo con algunas de las ideas fundamentadoras con las que pretende justificarse el efecto excluyente que se desprende del art. 782.1 de la LECrim.

Manuel Marchena Gómez

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