

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

222 *Pleno. Sentencia 205/2013, de 5 de diciembre de 2013. Recursos de amparo 5421-2008, 5422-2008 y 5423-2008 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por don Gorka Knörr Borrás, don Juan María Atutxa Mendiola y doña María Concepción Bilbao Cuevas, en relación con la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que les condenó por un delito de desobediencia. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, imparcialidad judicial, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia: condena por no haber procedido a la disolución del Grupo Parlamentario Socialista Abertzaleak, ordenada por la Sala Especial prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo núms. 5421-2008, 5422-2008 y 5423-2008 (acumulados), promovidos, respectivamente, por don Gorka Knörr Borrás, don Juan María Atutxa Mendiola y doña María Concepción Bilbao Cuevas, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide, y bajo la asistencia del Letrado don Alberto Figueroa Laraudogoitia, contra la providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia de 8 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 408-2007, en que se condenó a los recurrentes como autores de un delito de desobediencia. Ha comparecido el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, representado por el Procurador de los Tribunales don José Carlos Peñalver Garcerán. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique López y López, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 2008, la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide, en nombre y representación de don Gorka Knörr Borrás, y bajo la asistencia del Letrado don Alberto Figueroa Laraudogoitia, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia, dando lugar al recurso de amparo núm. 5421-2008.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante Auto de 30 de julio de 2003, acordó la admisión de las querellas formuladas por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias y por el Ministerio Fiscal contra

los miembros de la Mesa del Parlamento Vasco, don Juan María Atutxa Mendiola –Presidente–, don Gorka Knörr Borrás –Vicepresidente Primero– y doña María Concepción Bilbao Cuevas –Secretaria Segunda–, por un delito de desobediencia al negarse a disolver el Grupo Parlamentario Socialista Abertzaleak (SA), acordado por la Sala Especial prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del Tribunal Supremo, dando lugar a las diligencias previas núm. 5-2003.

b) El Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, mediante escrito registrado el 21 de marzo de 2003, formuló escrito de acusación contra los tres imputados por un delito de desobediencia. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 23 de marzo de 2005, interesó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al considerar que no existían suficientes elementos acreditativos de que en la conducta de los imputados hubieran concurrido los elementos objetivos del delito de desobediencia. Por Auto de la instructora de 11 de abril de 2005 se acordó la apertura del juicio oral, concediendo un plazo de tres días para que el Ministerio Fiscal formulara escrito de acusación o lo que estimara procedente y de diez días para que los acusados presentaran escrito de defensa. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 18 de abril de 2005, interesó la absolución de los acusados al considerar que los hechos no eran constitutivos de infracción y la defensa de los acusados, mediante escrito registrado el 29 de abril de 2005, solicitó la libre absolución.

c) Por Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de diciembre de 2006 se absolvió a los acusados al considerar que los hechos probados no eran constitutivos de un delito de desobediencia.

La Sentencia establece como hechos probados que la Sala Especial prevista en el art. 61 LOPJ, mediante Sentencia de 23 de marzo de 2003, acordó la declaración de ilegalidad de los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, así como su disolución y la cesación en todas sus actividades, y que, instada su ejecución mediante Auto de 24 de abril de 2003, se acordó dirigir comunicación a los Presidentes del Gobierno Vasco y Navarro para que comunicaran a los Presidentes de los respectivos Parlamentos que procedieran a la disolución de los grupos parlamentarios que figuren bajo la denominación Batasuna. En respuesta a ello, el Presidente del Parlamento Vasco remitió un escrito dirigido a la Presidencia del Tribunal Supremo señalando que en ese momento no figuraba ningún grupo con la denominación Batasuna, con una certificación comprensiva de los datos de identificación personal de los parlamentarios que en su día constituyeron el Grupo Parlamentario Batasuna y que en aquel momento integraban el Grupo ABGSA, adjuntando una previa resolución de la Mesa del Parlamento Vasco en que se exponía que, tomando en consideración que los partidos políticos y los grupos parlamentarios son dos realidades jurídicamente diferentes y que es a la Mesa del Parlamento a la que corresponde preservar su ámbito de autoorganización y autonomía, resultaba necesaria una decisión de los órganos parlamentarios correspondientes, acorde con el Reglamento parlamentario, para la disolución de un grupo parlamentario.

Igualmente se entendió acreditado que se dictó nuevo Auto de 20 de mayo de 2003 acordando la disolución del Grupo Parlamentario ABGSA y que una vez comunicado a la Presidencia del Parlamento Vasco, la Mesa de dicho Parlamento acordó el 27 de mayo de 2003 pedir informe a los servicios jurídicos de la Cámara y que, ante la falta de respuesta, por providencia de 4 de junio de 2003, se concedió un plazo máximo de cinco días para hacer efectiva la disolución acordada con apercibimiento de proceder por delito de desobediencia. La Mesa, tras debatir el contenido de la providencia y analizar diversas alternativas jurídicas para posibilitar su ejecución, acordó que por el Presidente del Parlamento se dictara una resolución en que se estableciera que los parlamentarios integrados en un grupo parlamentario pasaran al Grupo Mixto cuando el partido político en cuya lista fueron elegidos fuera disuelto o suspendido por resolución judicial firme, estableciéndose su carácter retroactivo y la atribución de competencias a la Mesa del Parlamento para su ejecución. Era necesario reglamentariamente que dicha resolución contara con el parecer favorable de la Junta de Portavoces, pero fue rechazada por dicha Junta en la reunión de 6 de junio de 2003. El Presidente del Parlamento Vasco remitió

oficio a la Presidencia del Tribunal Supremo exponiendo las actuaciones desarrolladas y concluyendo que la Cámara se encontraba ante la imposibilidad de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales.

Por último, también se estima acreditado que se dictó Auto de 18 de junio de 2003 requiriéndose, con apercibimiento de responsabilidad penal, para que se acatara lo decidido judicialmente en relación con la disolución del grupo parlamentario, impidiéndose la presencia de dicho grupo en las actuaciones de la vida parlamentaria que se describen en el Auto. La Mesa, por acuerdo de 30 de junio de 2003, tras señalar su respeto al Tribunal Supremo y señalando que no alberga voluntad de desobediencia, reitera la imposibilidad legal de dar cumplimiento a las medidas acordadas, lo que determinó que por Auto de 1 de octubre de 2003 se declararan nulos de pleno derecho los diversos acuerdos adoptados por la Mesa sobre los requerimientos efectuados, así como el de la Junta de Portavoces de 6 de junio de 2003.

d) La Sentencia fundamenta la absolución por la irrelevancia penal de la desobediencia imputada a los tres acusados. El argumento jurídico determinante para excluir la tipicidad de la conducta se expresa en el fundamento jurídico 2 de la misma al indicar: «de la redacción de los hechos probados, ya se deduce que, de inicio, se ha de descartar el supuesto de negativa abierta y directa, pues ésta nunca se ha formulado expresamente, debiendo resaltarse que a cada notificación o requerimiento de la Sala Especial del Tribunal Supremo se fue contestando por el imputado señor Atutxa Mendieta como Presidente del Parlamento Vasco entonces y nunca se menciona tal negativa, sino que, por el contrario, en algunas ocasiones expresamente se manifiesta que no se quiere incurrir en desobediencia alguna (por ejemplo, en la comunicación del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de fecha 30 de junio de 2003)».

e) El Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias interpuso recurso de casación, tramitado con el núm. 408-2007 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, alegando, entre otros motivos, infracción de ley por inaplicación del art. 410.1 del Código penal (CP). El 21 de enero de 2008 se celebró vista con la sola asistencia de los Letrados de la acusación y defensa, así como del Ministerio Fiscal, para informar en interés de sus respectivas posiciones, decidiéndose en dicha vista que se estimaba el segundo motivo de casación interpuesto y que se condenaba a los acusados como autores de un delito de desobediencia a las penas de multa e inhabilitación. Por Sentencia de 8 de abril de 2008 se expusieron las razones de este fallo.

En el fundamento de Derecho primero de dicha Sentencia se dio respuesta a la cuestión planteada en la vista del recurso por la representación de los acusados acerca de la influencia que podría desplegar la doctrina sentada en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, sobre la interpretación del art. 782 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) respecto de la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular. En relación con ello, se argumenta que el caso resuelto en la citada STS 1045/2007 giró en torno a las consecuencias que la convergente voluntad de cierre expresada por el Ministerio Fiscal y la representación legal del perjudicado por el delito pueden proyectar sobre el interés de una acción popular cuando pretende abrir en solitario el juicio oral. Se recuerda que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo, se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECrím, sino del significado mismo del proceso penal, puesto

que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida sólo y de forma exclusiva por el Ministerio Fiscal.

f) La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por lo que se refiere a la condena de los ahora recurrentes, argumenta que el relato de hechos probados fijado en la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, encierra todos los elementos del delito por el que se formuló acusación. De este modo, tras reproducir los hechos declarados probados, rechaza el razonamiento del Tribunal de instancia por el que se niega la tipicidad de la desobediencia, argumentando que la «línea de razonamiento no es aceptable, en la medida en que identifica negativa abierta y directa con negativa expresa. Nada de eso se desprende del art. 410.1 del CP, ni de la jurisprudencia de esta Sala que ha interpretado el alcance de ese precepto. Conviene tener presente que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal *a quo* denomina expresa y directa.». Al propio tiempo, descarta que pueda reconocerse «la existencia de una singular forma de exclusión de la antijuridicidad en todos aquellos casos en los que la ejecución de lo resuelto es sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumento». Añade que no puede negarse la existencia de una negativa abierta «enfaticando aspectos que carecen de incidencia en el juicio de tipicidad». A continuación recuerda la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo por la que se delimita el alcance de la expresión del tipo «abiertamente» refiriendo que «ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo». Finalmente expone que «es claro, pues, que si la propia Sala de instancia reconoce que el requerimiento formulado por el Tribunal Supremo había sido dictado en el ámbito de las estrictas competencias que incumben a la Sala Especial del art. 61 y aparecía formalmente revestido de todos los requisitos exigidos para su eficacia, habría debido concluir que no cabe oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento».

g) Los recurrentes interpusieron incidente de nulidad de actuaciones alegando, en primer lugar, la pérdida de la imparcialidad objetiva del Magistrado ponente de la Sentencia, por haber sido Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado entre julio de 2003 y junio de 2004, fase en que la Fiscalía desarrolló una activa labor de acusación en el procedimiento. Igualmente, se alegó la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, aportando como término de comparación la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, en que se estimó que no cabía la continuación de un procedimiento con la única acusación de la acción popular. Por último, también se invocaron los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), vinculado con el hecho de que había existido una condena en segunda instancia tras una revocación previa, dándose una nueva valoración a pruebas personales que no se habían practicado con inmediación ante el órgano judicial que les condenó.

El incidente fue inadmitido por providencia de 3 de junio de 2008, argumentándose, en primer lugar, que este incidente es un cauce impropio para el ejercicio de una recusación extemporánea, ya que la recusación debe interponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde y la composición del Tribunal de casación fueron debidamente notificadas, al margen de que el nombramiento como Fiscal Jefe se produjo un mes después de la presentación de la querrela y en las posteriores actuaciones no tuvo responsabilidad alguna en el procedimiento. También se destaca que no hubo vulneración de derecho a la igualdad, ya que la diferencia con la solución alcanzada en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, ha quedado suficientemente explicada en el fundamento de derecho primero de la Sentencia, ni de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, ya que el recurso de casación permite, con estricta sujeción al juicio histórico, la rectificación de la inferencia formulada por el Tribunal *a quo*.

3. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 2008, la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide, en nombre y representación de don Juan María Atutxa Mendiola, y bajo la asistencia del Letrado don Alberto Figueroa Laraudogoitia, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia, dando lugar al recurso de amparo núm. 5422-2008.

Los antecedentes son los mismos que los expuestos anteriormente en relación con el recurso de amparo núm. 5421-2008.

4. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 2008, la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide, en nombre y representación de doña María Concepción Bilbao Cuevas, y bajo la asistencia del Letrado don Alberto Figueroa Laraudogoitia, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia, dando lugar al recurso de amparo núm. 5423-2008.

Los antecedentes son los mismos que los expuestos anteriormente en relación con el recurso de amparo núm. 5421-2008.

5. Los recurrentes alegaron en sus demandas de amparo de manera coincidente la vulneración de los derechos a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

a) La vulneración del derecho a la imparcialidad judicial la fundamentan en la falta de imparcialidad objetiva del Magistrado Ponente de la Sentencia impugnada, toda vez que fue Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado por nombramiento por Real Decreto 1011/2003, de 25 de julio, y hasta su cese por Real Decreto 1479/2004, de 18 de junio, durante un periodo en que la Fiscalía desarrollaba una activa labor de acusación en el procedimiento. Igualmente, se destaca que no cabe considerar que la recusación intentada tras dictarse la Sentencia condenatoria fuera extemporánea, como se argumentó en la providencia de inadmisión del incidente de nulidad, ya que, si bien se conocía que este Magistrado formaba parte de la Sala, lo que se desconocía hasta el momento de formular la recusación era su anterior labor como Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica.

b) La vulneración del derecho a la igualdad la fundamentan en que se ha admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral en un procedimiento abreviado, en contra de lo decidido por el propio Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, en que se acordó el sobreseimiento al existir una petición conjunta del Ministerio Fiscal y la acusación particular en ese sentido, a pesar de que la acción popular instó su apertura al entender que aquélla no tiene autonomía propia para ello conforme al art. 782.1 LECrim. Igualmente, se pone de manifiesto que el argumento de la Sentencia recurrida para intentar establecer una diferencia significativa entre ambas resoluciones en el hecho de

que en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, también solicitó el sobreseimiento del perjudicado por el delito (acusación particular), lo que no sucede en este caso, en el que se está ante un delito que afecta a bienes de titularidad colectiva, no resulta convincente, ya que la *ratio decidendi* de aquella resolución no descansaba en esta diferenciación, sino en el propio contenido del art. 782.1 LECrim. De todo lo anterior se concluye que «dado que en virtud del principio acusatorio nadie puede ser condenado sin previa formulación de una acusación por quien está legítimamente habilitado para ello, se ha vulnerado, igualmente, el derecho a un proceso con todas las garantías, por haberse aceptado la exclusiva intervención de la acción popular que, por sí sola, no podía solicitar la apertura del juicio oral en este procedimiento abreviado».

c) La vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías la fundamentan, con cita de la doctrina de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, en que la Sentencia impugnada ha condenado a los recurrentes, procediendo a revisar los hechos y a desacreditar las inferencias hechas por el Tribunal de instancia a partir de pruebas personales, quebrando las garantías de la inmediatez, publicidad y contradicción. Así, se señala que la absolución se fundamentó en que el órgano judicial tras haber apreciado los hechos, valorando las pruebas practicadas, entre las que destacan las declaraciones de los imputados y testigos, concluyó que no tuvieron voluntad de desobedecer, por lo que el Tribunal Supremo debería, en respeto al principio de inmediación, haber reproducido en una vista oral las pruebas personales practicadas en la primera instancia, para poder discrepar de esa valoración probatoria y condenar a los recurrentes.

d) Por último, atribuye a la Sentencia del Tribunal Supremo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al omitir enfrentarse a dos cuestiones trascendentes: la primera relativa a la idoneidad y suficiencia de la propuesta de resolución general aprobada por la Mesa para dar cumplimiento a la resolución de la Sala Especial del art. 61 LOPJ; y la segunda referente a que el procedimiento de ejecución se frustrara por el rechazo por la Junta de Portavoces. Entiende que se ha anulado una Sentencia absolutoria que se sustentaba en una motivación razonable, adecuada y suficiente, en tanto que el principio de la presunción de inocencia no ha sido superado por los hechos probados. Por otra parte, insiste en que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente, lo que no ha sucedido en el presente caso en que los acusados han sido condenados por primera vez por el Tribunal Supremo sin haberlos oído nunca.

6. La Sección Segunda de este Tribunal, por sendas providencias de 29 de septiembre de 2009, acordó la admisión a trámite de los recursos de amparo núms. 5421-2008 y 5423-2008 y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente de los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de los recurrentes, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en los citados procesos de amparo.

La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 28 de septiembre de 2009, hizo lo propio en el recurso de amparo núm. 5422-2008.

Igualmente, se acordó formar las correspondientes piezas separadas de suspensión, en las que, tras los trámites oportunos, se dictaron los AATC 6/2010, 7/2010 y 8/2010, de 25 de enero, acordando el archivo por pérdida sobrevenida de objeto al haberse producido la efectiva y completa ejecución de la resolución impugnada.

7. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por sendas diligencias de ordenación de 11 de diciembre de 2009, acordó en los recursos de amparo núms. 5421-2008 y 5423-2008 tener por recibido el testimonio de las actuaciones, por personado y parte al Procurador de los Tribunales don José Carlos Peñalver Garcerán, en nombre y representación del Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, y dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC. Por su parte, la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2010, acordó

en el recurso de amparo núm. 5422-2008 dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

8. El Ministerio Fiscal, mediante sendos escritos registrados el 4 de febrero de 2010, formuló alegaciones en los recursos de amparo núms. 5421-2008 y 5423-2008 y, mediante escrito registrado el 4 de marzo de 2010, en el recurso de amparo núm. 5422-2008. En todos ellos solicita la estimación del amparo y la anulación de la resolución judicial impugnada.

En primer lugar, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación de las demandas de amparo en relación con la vulneración del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), argumentando que era correcta la declaración de extemporaneidad de la recusación instada en el incidente de nulidad, ya que la causa de recusación constaba en actos publicados en el «BOE», contado con la debida publicidad, habiéndose tenido un conocimiento efectivo de la composición del órgano judicial desde un primer momento. Al margen de ello, se destaca que de la condición de Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado no se infiere que tuviera una convicción formada sobre los hechos que provoquen la pérdida de imparcialidad.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal consideró que sí se había producido la lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la perspectiva del principio acusatorio. Argumenta al respecto que la Sentencia impugnada incurre en una quiebra injustificada del criterio sostenido en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, sobre la improcedencia de que con la mera solicitud de la acusación particular pueda abrirse juicio oral. Señala que la doctrina establecida en la citada STS 1045/2007 se obtiene de una interpretación literal del art. 782.1 LECrim sin que hubiera matizaciones en función de los concretos delitos objeto de imputación o de los bienes jurídicos que protegen. Frente a ello la Sentencia impugnada se aparta de manera injustificada de esa doctrina para alterar la interpretación legal de manera singular. El Ministerio Fiscal añade que la cuestión suscitada sobre la interpretación del art. 782.1 LECrim tiene además incidencia en el art. 17.1 CE, por lo que, al igual que con la interpretación de la prescripción, la exigencias de justificación de la nueva tesis aplicativa que se aparta del precedente debía tener un plus de razonabilidad objetiva que le dote de legitimidad constitucional, lo que no se ha producido en este caso, provocando una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, al haberse abierto juicio oral a instancia exclusiva de la acusación popular y, por tanto, por una parte que no estaba legitimamente autorizada para ello. De ese modo, ante la infracción del principio acusatorio considera que debe anularse la Sentencia condenatoria.

El Ministerio Fiscal también solicitó que se desestimara la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la perspectiva del derecho de inmediación y del principio de audiencia. Respecto del primero, argumenta que el examen de la Sentencia impugnada acredita que la revocación de la Sentencia absolutoria y la posterior condena, si bien se ha basado en discrepancias con las inferencias utilizadas sobre la concurrencia del elemento subjetivo, no trae causa de una nueva valoración, incluso implícita y en términos de credibilidad, de las pruebas personales practicadas en primera instancia. Y, respecto de la segunda, afirma que no resulta de aplicación la doctrina de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, sobre la necesidad de escuchar al acusado por parte del órgano judicial que le condena, ya que dicha doctrina se dicta en el marco de un recurso de apelación y en este caso se trata de una casación que es un marco más limitado y, además, se prestó declaración ante el Tribunal de instancia.

Por último, el Ministerio Fiscal consideró que debían estimarse los recursos de amparo en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Señala que la conclusión sobre la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del delito de desobediencia ha sido obtenida sobre la base de una selección fragmentada de datos fácticos tenidos por acreditados en la instancia, prescindiendo, precisamente, de los datos obtenidos de las pruebas personales (declaraciones de los acusados y las testificales). En concreto, destaca que la Sentencia de casación omite y silencia dos datos

fácticos de singular relevancia en el plano del valor integral y conjunto del cuadro indiciario como son, por un lado, los hechos acaecidos durante la celebración de la Mesa de 5 de junio de 2003 para buscar una solución jurídica que permitiera dar cumplimiento al requerimiento efectuado; y, por otro, que el fracaso de la solución aportada es el rechazo de la Junta de portavoces y, por tanto, ajena a la voluntad de los condenados. Ello había determinado, según el Ministerio Fiscal, que la condena carezca de la necesaria dosis de solidez en cuanto a la afirmación de la concurrencia del elemento subjetivo del delito.

9. Los recurrentes y la parte comparecida no hicieron alegaciones en ninguno de los recursos de amparo.

10. La Sala Primera de este Tribunal, por ATC 155/2010, de 15 de noviembre, acordó la acumulación de los recursos de amparo núms. 5422-2008 y 5423-2008, al núm. 5421-2008, para su resolución conjunta por la Sala Primera.

11. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 23 de noviembre de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Primera, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

12. Por providencia de 3 de diciembre de 2013, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 5 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado los derechos de los recurrentes a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), por la pérdida de imparcialidad objetiva del Magistrado Ponente de la Sentencia impugnada; a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral apartándose del criterio establecido por el propio Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre; y, por último, a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), porque la condena en segunda instancia se ha fundamentado en pruebas personales no practicadas ante el órgano judicial que condenó, sin dar la posibilidad de que los condenados fueran escuchados y en virtud de inferencias excesivamente abiertas en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del delito.

2. Ante la pluralidad de invocaciones realizadas y el distinto alcance que tendría su eventual estimación, es preciso ordenar su análisis, comenzando por la vulneración del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE) por afectar a la constitucionalidad de la propia conformación del órgano judicial.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a un Juez imparcial constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Asimismo se ha destacado que el instrumento primordial para preservar el derecho al Juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que se está no sólo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al Juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE, de modo tal que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida por la Constitución (por todas, STC 116/2008, de 13 de octubre, FJ 2).

En el presente caso, como ha sido expuesto más ampliamente en los antecedentes, ha quedado acreditado que los recurrentes, tras dictarse la Sentencia condenatoria y dentro del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la misma, instaron la recusación del Magistrado Ponente alegando que fue Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica

de la Fiscalía General del Estado por nombramiento por Real Decreto 1011/2003, de 25 de julio, y hasta su cese por Real Decreto 1479/2004, de 18 de junio, durante un periodo, pues, en el que la Fiscalía desarrollaba una activa labor de acusación en el procedimiento. El incidente fue inadmitido por providencia de 3 de junio de 2008, argumentándose que es un cauce impropio para el ejercicio de una recusación extemporánea, ya que la recusación debe interponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, y la composición del Tribunal de casación fueron debidamente notificadas, al margen de que el nombramiento como Fiscal Jefe se produjo un mes después de la presentación de la querrela y en las posteriores actuaciones no tuvo responsabilidad alguna en el procedimiento.

En atención a lo expuesto, debe concluirse la plena constitucionalidad de la respuesta otorgada, que justifica debidamente la extemporaneidad de la recusación, recordando que los recurrentes tuvieron un conocimiento efectivo no sólo de la conformación del órgano judicial sino también, en virtud de su publicación en el «BOE», de la labor previa desarrollada por el Magistrado Ponente como Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. Al margen de ello, y como también se destaca en el pronunciamiento judicial impugnado, en que, a mayor abundamiento, se dio una respuesta sobre el fondo de la causa de recusación planteada, hay que descartar la pérdida de imparcialidad objetiva alegada por los recurrentes toda vez que, por un lado, el nombramiento como Fiscal Jefe se verificó un mes después de interpuesta la querrela por el Ministerio Fiscal y, por otro, no aparece ninguna intervención personal del Magistrado en el procedimiento del que trae causa este amparo que ponga de manifiesto un contacto directo o indirecto con el mismo. Por tanto, este concreto motivo de amparo debe ser desestimado.

3. Siguiendo el orden lógico en el enjuiciamiento de las quejas de los recurrentes en amparo, procede examinar a continuación la denunciada vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la perspectiva del principio acusatorio, toda vez que su eventual estimación incidiría sobre la procedencia de la apertura misma del juicio oral.

Como ya ha sido expuesto, los recurrentes han alegado la vulneración del derecho a la igualdad en que se ha admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral en un procedimiento abreviado, en contra de lo decidido por el propio Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, en la que se acordó el sobreseimiento al existir una petición conjunta del Ministerio Fiscal y la acusación popular en ese sentido, a pesar de que instó su apertura la acción popular, al entender que ésta, conforme al art. 782.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), no tiene autonomía propia para ello.

Por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que es la concreta perspectiva del art. 14 CE alegada por los recurrentes, este Tribunal ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige, en primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de «la referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo. Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad

o la inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4).

4. En el presente caso, como ha sido detallado en los antecedentes, la Sentencia impugnada ha dedicado una especial atención en el fundamento de Derecho primero a exponer las razones en virtud de las cuales se justificaba una conclusión diferente a la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2007, sobre la interpretación del art. 782 LECrim respecto de la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular. A esos efectos, se destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan sólo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECrim, sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.

Pues bien, en atención a lo expuesto debe concluirse que, en los términos en que ha sido desarrollado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina de este Tribunal Constitucional, no cabe apreciar su vulneración en el presente caso. En efecto, la Sentencia impugnada, no sólo desarrolla ampliamente las razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007, sino que además pone de manifiesto la notable diferencia que se da entre los supuestos analizados en cada una de las resoluciones, lo cual por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad. Además, el criterio sentado en la Sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010. Por tanto, no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una *ratio decidendi* sólo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales, por lo que este concreto motivo de amparo también debe ser desestimado.

5. Los recurrentes también han alegado la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) con fundamento en que han sido condenados en segunda instancia, tras revisarse una previa absolución, a partir de una reconsideración de las inferencias realizadas para negar la concurrencia de un elemento subjetivo del delito, que se había basado de manera esencial en la valoración de pruebas personales no practicadas en presencia del órgano judicial de revisión, y sin que se hubiera dado la oportunidad de ser oídos por dicho órgano judicial.

En efecto, como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, los recurrentes han invocado, en primer lugar, el derecho a un proceso con todas las garantías, con cita de la doctrina de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, argumentando que la Sentencia impugnada les ha condenado con infracción de las garantías de inmediación, publicidad y contradicción, ya que se procedió a revisar los hechos y a desacreditar las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia a partir de pruebas personales no practicadas en presencia del órgano judicial de segunda instancia. Junto a ello, los recurrentes también han invocado el derecho a la presunción de inocencia con fundamento, entre otros argumentos, en que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente, lo que no habría sucedido en el presente caso en que han sido condenados por primera vez por el Tribunal Supremo sin haberlos oído nunca.

Por tanto, tomando en consideración la existencia de una queja expresa de los recurrentes de haber sido condenados en segunda instancia, con revocación de una previa absolución, sin haber sido oídos en la casación y en virtud de valoración de pruebas personales, el análisis a realizar por este Tribunal debe tomar en consideración ambas vertientes.

6. La cuestión referida a la condena en segunda instancia en virtud de valoración de pruebas personales no practicadas con inmediación ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, «según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican... Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales» (FJ 2).

En atención a lo expuesto debe señalarse que el enjuiciamiento constitucional del respeto a la garantía de inmediación, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), está condicionado a los hechos objeto de debate y al modo en que el Tribunal de segunda instancia llevó a cabo la revisión del pronunciamiento absolutorio, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas.

En el presente caso se desprende con claridad que la Sentencia impugnada no alteró el sustrato fáctico sobre el que se asentaba la Sentencia del órgano *a quo*, ni revisó por tanto el juicio fáctico realizado en la instancia, sino que meramente difirió de su calificación

jurídica. De este modo la Sentencia se limitó a interpretar el delito objeto de acusación y expuso: que la «negativa abierta y directa» no es exigible que sea expresa, al no desprenderse del art. 410.1 del Código penal (CP), ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; que no existe una forma de exclusión de la antijuridicidad del delito consistente en la exposición de los argumentos que justifican la conducta desobediente; ni es causa de exclusión de la tipicidad la manifestación por la que se indica que «no se quiere incurrir en desobediencia». En tal sentido, consideró que concurrían todos los elementos del delito: la existencia de un requerimiento dictado en el ámbito de las estrictas competencias que incumben a la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formalmente revestido de todos los requisitos exigidos para su eficacia, sin que a su cumplimiento le fuera oponible un cuestionamiento por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. La Sentencia consideró que la única causa que justifica el incumplimiento es la prevista en el art. 410.2 CP cuando afirma que «no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general», causa de justificación cuya inexistencia reconoció el propio Tribunal Superior de Justicia.

Conforme a lo expuesto el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, por lo que no existió vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

7. La segunda de las cuestiones suscitadas es la relativa al deber de audiencia del acusado en los supuestos de revocación de una Sentencia absolutoria. A esos efectos, este Tribunal ha reiterado que «la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso *Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64; 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).» (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3).

También se ha destacado que «desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que «tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado,

teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates” (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España* § 24; 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España* § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal *ad quem* se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que “los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados” (§ 36)». (STC 45/2011, FJ 3).

En dicha Sentencia se precisaba que «si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso –como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal–, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.» (STC 45/2011, FJ 3).

De este modo hemos recordado recientemente que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal» (STC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 5).

Para finalizar la exposición del contenido del derecho del acusado a ser oído en caso de condenas en segunda instancia debemos referirnos a la reciente STEDH de 22 de octubre de 2013 –caso *Naranjo Acevedo c. España*–. En la misma «el TEDH constata que los aspectos que el Tribunal Superior de Justicia ha debido analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante. Por ello, la sentencia se ha limitado a interpretar de manera diferente la noción de “dolo eventual” en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego. En efecto, mientras que la Audiencia había considerado que un delito tal no conllevaba obligatoriamente el riesgo de resultado de muerte y que, en consecuencia, debía existir un acuerdo previo de los autores del delito al respecto, el Tribunal Superior hizo notar que tal eventualidad debía ser obligatoriamente contemplada a partir del momento en que unas armas de fuego eran utilizadas. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia no se ha pronunciado sobre un elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición jurídica del delito analizado con carácter general (ver de contrario, entre otros, *Lacadena Calero* anteriormente citado, §§ 46 y siguientes). A diferencia de otros asuntos (ver *Spînu c. Rumania*, sentencia del 29 de abril de 2008, § 55), la jurisdicción de

apelación no ha sido conducida a conocer del asunto de hecho y de derecho. Muy al contrario, los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados (ver *mutatis mutandis*, *Bazo González* anteriormente citado, § 36)» (§§ 17 y 18). De igual modo y en la misma línea argumental, la STEDH de 12 de noviembre de 2013 –*Sainz Casla c. España*–, expresa que no se vulnera el derecho del acusado a ser oído en segunda instancia cuando la condena se sustenta en «una modificación de la calificación jurídica del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia», sin que se produzca «una alteración de los hechos declarados probados» (§ 31).

8. Trasladando tales presupuestos al caso controvertido, es preciso hacer notar que, como se ha expuesto en los antecedentes, la decisión condenatoria dio respuesta a un debate y a una discrepancia eminentemente jurídica, que se precisó en la posibilidad de construir como causa de exclusión de la antijuridicidad una distinta a la expresamente mencionada en el art. 410.2 CP. En concreto si era posible que el cuestionamiento del requerimiento por los servicios jurídicos de quienes resultaban jurídicamente obligados al cumplimiento, o bien la manifestación por estos últimos de su voluntad de cumplir el requerimiento, pudieran erigirse en un obstáculo para la aplicación del tipo penal.

Dicha controversia fue resuelta en la Sentencia impugnada, apartándose del criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia, descartando que la comisión de este delito exigiera una negativa expresa, pues únicamente era posible oponerse al requerimiento cuando el mandato constituyera «una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general» y desechando como causa de exclusión del tipo penal que el mandato fuera cuestionado por los servicios jurídicos o que se exteriorizara una voluntad de cumplimiento por quienes fueran requeridos. De modo que el Tribunal Supremo se pronunció «sobre la definición jurídica del delito con carácter general» (STEDH de 22 de octubre de 2013 –caso *Naranjo Acevedo c. España*–, § 17), analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos, «sin que los hechos probados en primera instancia, hayan sido modificados» (STEDH, caso *Naranjo Acevedo c. España* § 18).

Por consiguiente, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, ni era constitucionalmente exigible que los demandados fueran oídos en la vista de casación, ni tal omisión, dada la índole de las cuestiones que fueron planteadas por la acusación y debían resolverse en el recurso, supuso una privación o una limitación del derecho de defensa, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión adoptada o en los términos empleados por la STEDH de 22 de octubre de 2013 –caso *Naranjo Acevedo c. España*–, «el testimonio del demandante durante la vista pública no era indispensable» (§ 19). Por otra parte, en tanto que debate fue estrictamente jurídico, la posición de los recurrentes estuvo debidamente garantizada por la presencia de sus Letrados, en quienes se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos jurídicos esgrimidos por la otra parte. En efecto los demandantes tuvieron la defensa de los demandantes tuvieron la oportunidad de participar en esta vista en la que presentó los argumentos que estimó eran necesarios para la defensa de los acusados (STEDH de 22 de octubre de 2013 –caso *Naranjo Acevedo c. España*–, § 19).

9. Por último también debemos desestimar la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Debe recordarse que la función de este Tribunal respecto a este derecho –STC 66/2009, de 9 de marzo– no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él, y constando la aparente razonabilidad del discurso que una la actividad probatoria y el relato fáctico resultante en las resoluciones impugnadas. Como hemos señalado fueron las premisas fácticas contenidas en el relato de hechos probados las que permitieron inferir la concurrencia de los elementos del tipo, premisas que no eran diferentes a las que permitieron al Tribunal de instancia alcanzar conclusión distinta, y en su consecuencia no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia (STC 157/2013, de 23 de septiembre,

FJ 5). En tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, partiendo de los hechos probados, dio respuesta a un debate y una discrepancia eminentemente jurídica, rechazando la posibilidad de construir una causa de exclusión de la antijuridicidad distinta a la expresamente mencionada en el art. 410.2 CP. El Tribunal Supremo razonó que frente al requerimiento efectuado por la Sala Especial del Tribunal Supremo de que se procediera «sin demora, pretexto o consideración alguna a la adopción de las medidas de efectividad de la disolución» del Grupo Parlamentario ABGSA, no podía oponerse como causa de justificación de la antijuridicidad el rechazo de la Junta de Portavoces a la propuesta de resolución general aprobada por la Mesa del Parlamento. Dicho discurso argumentativo, ni omite enfrentarse a lo que el demandante considera «cuestiones trascendentales», ni se adolece de suficiencia y solidez, parámetros de control constitucional a los que debemos ceñir nuestro enjuiciamiento.

10. Lo ya expuesto, en cuanto descarta que concurra la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), que era presupuesto lógico en que se sustentaba la invocación de los recurrentes del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), debe llevar también a rechazar su vulneración.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Gorka Knörr Borrás, don Juan María Atutxa Mendiola y doña María Concepción Bilbao Cuevas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de diciembre de dos mil trece.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 5421, 5422 y 5423-2008, avocados al Pleno, al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos en lo relativo a los puntos 1, 2 y 3

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros magistrados, acogiéndonos a la facultad establecida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debemos manifestar nuestra discrepancia con la Sentencia desestimatoria del presente amparo con base en las razones que expusimos en el debate plenario y que ahora reproducimos en los aspectos más destacados.

1. Comenzaremos con el debate principal relativo a la queja sobre la violación de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber sido condenados los demandantes en casación y sin intermediación por el delito de desobediencia, de cuya acusación habían sido absueltos en primera instancia al no considerarse acreditada la concurrencia del elemento subjetivo correspondiente.

Como se reconoce en la propia Sentencia, la doctrina fijada en la STC 167/2002 ha sido ampliamente consolidada desde entonces. Ciertamente, son algo más de un centenar de resoluciones, hasta la más reciente STC 120/2013, a través de las cuales este Tribunal ha venido abordando y delimitando las exigencias constitucionales de la revisión en segunda instancia de sentencias absolutorias penales, de conformidad con la

doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la reciente STC 88/2013, del Pleno, expusimos un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución reiterando que se produce la vulneración del «derecho a un proceso con todas las garantías» cuando un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condena a quien había sido absuelto en la instancia, o empeora su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados derivada de una reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora; y todo ello sin haberse celebrado una vista pública en la que se haya desarrollado con todas las garantías la actividad probatoria pertinente. Como es evidente, esta exigencia de vista pública afecta a la valoración de declaraciones de testigos, peritos y acusados. Asimismo señalamos que se produce la misma lesión del art. 24.2 CE cuando la condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, se llevaba a cabo sin la presencia del acusado en el juicio de segunda instancia, siempre que la pretensión debatida se refiriera a cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad. Y, desde luego, añadimos que entre las cuestiones que exigen un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado está la apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del injusto (SSTC 170/2009, de 9 de julio; 184/2009, de 7 de septiembre; 214/2009, de 30 de noviembre; 30/2010, de 17 de mayo; 127/2010, de 29 de noviembre; 46/2011, de 11 de abril; 135/2011, de 12 de septiembre; 126/2012, de 18 de junio y 144/2012, de 2 de julio). Esta concreta doctrina se corresponde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual ambas formas de lesión del art. 24 se sustentan en idéntico fundamento dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su proyección a la segunda instancia (STC 88/2013, FJ 9).

Corolario de lo anterior, efectivamente, como señala la Sentencia, citando la STC 272/2005, de 24 de octubre, será que «no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación» (FJ 2). Efectivamente, pero en tanto la nueva inferencia tenga como consecuencia un cambio de valoración estrictamente jurídica.

La Sentencia de la mayoría afirma que nos encontramos en este último supuesto, entendiendo que «se desprende con claridad que la sentencia impugnada no alteró el sustrato fáctico sobre el que se asentaba la Sentencia del órgano *a quo*, ni revisó por tanto el juicio fáctico realizado en instancia, sino que únicamente difirió en su calificación jurídica» (FJ 6), y que la decisión condenatoria «dio respuesta a un debate y a una discrepancia eminentemente jurídica» (FJ 7). Es esta una afirmación contundente, pero que no va acompañada de la correspondiente demostración, ni en el fundamento jurídico 6 ni en el fundamento jurídico 8, donde se reiteran las mismas aseveraciones, que, cuando se cohonestan con el contenido de las resoluciones cuya divergencia debe contrastarse, no resultan sostenibles.

La Sentencia de la mayoría ofrece una argumentación que podría calificarse de meramente voluntarista, si no fuese porque se construye con evidente alteración, por omisión de información, del contenido de los fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal *a quo*. Por otro lado, atribuye a la citada resolución de instancia apreciaciones que en absoluto se recogen en ella, para dejar constancia de supuestas «discrepancias jurídicas» y con relación a aspectos que no son objeto de discusión ni de divergencia valorativa. Y así, se reitera que la resolución impugnada en la que se condenó a los recurrentes se apoya en un entendimiento distinto de cuestiones de estricta calificación jurídica, concretamente en tres aspectos:

a) En cuanto al entendimiento del «dolo» típico del art. 410.1 del Código penal (CP) porque la mención a la «negativa abierta y directa» a obedecer, no debe entenderse como una negativa expresa».

b) En cuanto a posibles causas de justificación o de atipicidad, ya que «no existe una forma de exclusión de la antijuricidad del delito consistente en la exposición de argumentos que justifican la conducta desobediente; ni es causa de exclusión de la tipicidad la manifestación por la que se indica que “no se quiere incurrir en desobediencia”».

c) En la misma línea, porque «la única causa que justifica el incumplimiento es la prevista en el art. 410.2 CP».

Con ello parece que quiere darse a entender que la resolución de instancia partía de un concepto del dolo típico del art. 410 CP como voluntad intensa o «negativa abierta y directa» a cumplir la orden legítima; que asimismo en dicha resolución se absuelve, o se alude para fundar la argumentación a una posible concurrencia de excusas por ejercicio de prerrogativas parlamentarias, ponderación de derechos en juego o tal vez de errores de prohibición.

Como se expuso en la deliberación en el Pleno, no concurre en el presente caso ninguna de las tres supuestas divergencias «jurídicas» reseñadas. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que absolvió a los ahora recurrentes, explicita con detalle y con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo, que efectivamente no es necesario que la negativa a incumplir la orden sea abierta, directa o expresa; al contrario, explica que puede ser indirecta, mediante comportamiento pasivo, encubierta, mediante artificio o treta; y, por ello, después de descartar en su fundamento jurídico segundo que concurría una negativa abierta a desobedecer, continúa desgranando a lo largo de los fundamentos jurídicos siguientes (del tercero al séptimo) el análisis de la conducta enjuiciada desde las distintas posibilidades de intención encubierta. Ninguna discrepancia, por lo tanto, en cuanto al entendimiento jurídico del elemento subjetivo del delito de desobediencia, ofreciendo precisamente la primera resolución una amplia caracterización de las diversas modalidades posibles de concurrencia del dolo típico. La divergencia en absoluto versa sobre qué intensidad de dolo o qué forma de manifestación de la intención de incumplir un mandato es suficiente para colmar la exigencia típica del delito en cuestión. La divergencia sí versa sobre la existencia, la realidad fáctica que pueda acreditarse, de esa voluntad de desobedecer, realidad que lógicamente se infiere del relato de los hechos, y se apoya en la primera instancia en testimonios personales de acusados y testigos.

Resulta claramente incorrecto, como se dio cuenta en el debate del Pleno, que, en los propios antecedentes de la Sentencia de la mayoría, se presente una versión recortada del contenido de la resolución absolutoria, de manera que confunde –a quien no proceda a leer la versión completa de tal resolución– por su orientación hacia la predeterminación de una conclusión: la efectiva existencia de una «divergencia jurídica». En la única referencia a la Sentencia de instancia se selecciona un único fundamento jurídico para afirmar que «El argumento jurídico determinante para excluir la tipicidad de la conducta se expresa en el fundamento jurídico 2 de la misma al indicar: “... de la redacción de los hechos probados se deduce que, de inicio, se ha de descartar el supuesto de negativa abierta y directa, pues ésta nunca se ha formulado expresamente...”» (antecedente 2 d). Ninguna mención a los fundamentos jurídicos siguientes, donde se continúa analizando la posible concurrencia del elemento subjetivo. La elusión de una referencia a estos sucesivos fundamentos implica un notable sesgo en la presentación de los términos del debate, sesgo que reproduce la misma perspectiva reductora de la que hace gala la Sentencia impugnada, la cual, en su fundamento jurídico tercero, apartado II, decía que «El fundamento jurídico clave para afirmar la exoneración de responsabilidad se expresa en el primero de los párrafos del fundamento jurídico 2» de donde se deduce, que «se ha de descartar la negativa abierta y directa».

Respecto a las «divergencias jurídicas» que se han señalado como b) y c), resulta insólito que se detecten discrepancias sobre conceptos que remiten a causas de exclusión de la antijuricidad, tipicidad o a causas que justificaran la desobediencia, ya que en

ningún momento la resolución de instancia, objeto de la casación que da origen a presente amparo, recoge referencia a tales supuestos. Téngase en cuenta de que se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de diciembre de 2006, que absolvió a los hoy demandantes de amparo del delito de desobediencia, por no quedar acreditada su voluntad de incumplir la orden que le dirigía y reiteraba la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del Tribunal Supremo. Y la resolución *ad quem* que estimó el recurso de casación interpuesto por el sindicato «Manos Limpias» es la STS de 8 de abril de 2008. Debe aclararse este extremo porque, aunque leyendo esta última Sentencia lo parezca, la casación no versaba sobre una precedente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de noviembre de 2005, en la que se estimó la inviolabilidad parlamentaria de los tres acusados sin entrar a enjuiciar la acusación por delito de desobediencia; Sentencia que también fue recurrida en casación por el sindicato Manos Limpias y dio lugar a su vez a la STS de 10 de noviembre de 2006 por la que quedó anulada la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco junto con la orden de que se procediera a entrar en el fondo del enjuiciamiento (antecedentes recogidos con detalle en el escrito del Ministerio Fiscal).

2. La divergencia patente entre las dos resoluciones objeto de nuestro examen no se refiere a cuestiones de interpretación de conceptos jurídicos, sino a las inferencias derivadas de la valoración del conjunto de elementos fácticos y declaraciones personales, respecto a un concreto punto: la concurrencia o no del elemento subjetivo del delito de desobediencia. La Sentencia de instancia excluye respecto a los tres acusados que tuvieran intención de desobedecer el Auto judicial que ordenaba la disolución del grupo parlamentario. Con el detenimiento y el detalle que acompaña la secuencia de los hechos, comunicaciones, informes, reuniones, decisiones sobre las opciones presentadas, toma de declaraciones de los acusados y de testigos varios, se concluye que no puede acreditarse voluntad de los acusados de no dar cumplimiento a los requerimientos. Ni intención abierta y clara, ni intención encubierta o implícita, ni confabulación (fundamentos jurídicos 2 a 8). La Sentencia del órgano *ad quem*, de la mera lectura de lo actuado, infiere, por el contrario, que los tres imputados descartaron de forma consciente y deliberada el acatamiento de la Sentencia, que «camuflaron su contumaz rechazo a los efectos jurídicos derivados del proceso de ilegalización de Batasuna suscitando una aparente controversia jurídica con el Tribunal Supremo acerca de los límites del deber general de acatamiento de las resoluciones judiciales» y que, en definitiva, «se negaron abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial emanada de un órgano jurisdiccional» (FJ 3, apartado VIII).

A la vista de esta divergencia, no puede entenderse que se califique como una cuestión de discrepancia jurídica. No hay controversia sobre el grado de intencionalidad o la forma como se puede encubrir una patente renuencia al cumplimiento. La discrepancia versa sobre el significado de los hechos, sobre la credibilidad de lo que se declara o se testifica, la composición de lugar que el observador-juzgador se hace de la situación en el intento de verificar un dato a través de las circunstancias concurrentes y de las explicaciones de los acusados. Como hemos reiterado, «el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales» (STC 126/2012), así como que las divergencias de interpretación sobre elementos objetivos o subjetivos se sitúan en el mismo plano, en definitiva, porque ciertamente tan fáctica es la realidad perceptible por los sentidos como aquella cuyo conocimiento requiere adentrarse en la posición anímica de la persona, aunque la comprobación de su concurrencia requiere siempre acudir a la lógica de las inferencias.

Es cierto que la condena en segunda instancia no ha procedido a una modificación de los hechos probados de la Sentencia revocada en la parte del relato histórico de los hechos y documentos que lo acreditan, pero sí ha reconsiderado el significado de tales hechos para derivar la presencia del elemento subjetivo de la voluntad de incumplimiento del requerimiento judicial; y en esta reconsideración, se han seleccionado unos datos y excluido otros, como detalla el Ministerio Fiscal en su escrito, lo que propiamente significa

también modificarlos porque quedan descontextualizados del conjunto de lo actuado con intermediación en jurisdicción plena en instancia. Además, la «reconsideración» de los hechos ha incidido también sobre cuestiones que habían sido objeto de declaraciones de diversos testigos y de los propios acusados, como era el aspecto crucial sobre la real voluntad de los condenados de encontrar una vía de ejecución del requerimiento judicial y la ausencia de cualquier intención de encubrir su rechazo a través de una connivencia con la actuación de la Junta de portavoces.

3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene la exigencia de audiencia pública siempre que una persona fuera condenada por primera vez, sea en primera o en segunda instancia, salvo en los supuestos en que la condena derive exclusivamente de un distinto entendimiento de cuestiones jurídicas que no modifican ni alteran la determinación de elementos fácticos, incluidos los elementos subjetivos establecidos en condiciones de audiencia o de intermediación. Tal fue el caso de la STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*. Y recientemente el de la STEDH de 22 de octubre de 2013 –caso *Naranjo Acevedo c. España*–, en la que se considera no vulnerado el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) porque la condena en segunda instancia se fundó en una cuestión predominantemente jurídica: el alcance de la responsabilidad del partícipe en un robo con armas –robo de un furgón de transporte de caudales con vigilantes armados– respecto a la muerte de dos de los vigilantes. El Tribunal Supremo casa la Sentencia con base a su doctrina sobre el *pactum sceleris*, conforme a la cual quienes participan en un plan delictivo conociendo el necesario porte de armas y las circunstancias de riesgo en que se va a desarrollar el plan, responden de las muertes causadas aunque no portaran las armas. Por ello, se reconoce que se trataba de una cuestión de «definición jurídica del delito analizado con carácter general». Supuesto que no se asemeja al que motiva el presente recurso de amparo, el cual puede encuadrarse en la lista numerosa de aquellos sobre los que también se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo muy recientemente, declarando la violación del art. 6 del Convenio, y que la Sentencia de la que discrepo parece ignorar. Así y en los últimos meses, las Sentencias siguientes: *Vilanova Goterris c. España* de 27 de noviembre de 2012, *Román Zurdo c. España* de 8 de octubre de 2013, de la misma fecha *Nieto Macero c. España*, *Sainz Casla c. España* de 12 de noviembre de 2013 (citada ésta *sensu contrario*, de forma confusa, en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia de la mayoría). En esta última, en la misma línea que las anteriores, se trataba de una condena por delitos contra la Hacienda pública, por fraude del IVA, en segunda instancia sin intermediación, revocándose la absolución que, por no considerar acreditado el elemento subjetivo del delito, había sido dictada en primera instancia.

Por ello, nos encontramos ante la vulneración del derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que han sido condenados en segunda instancia sin que se les haya dado la posibilidad efectiva de dirigirse personalmente ante el órgano judicial *ad quem* para exponer la versión personal sobre su participación en los hechos que se les imputaban, y en virtud de una actividad probatoria en cuyo acervo concurrían pruebas personales –las propias testificales de los recurrentes, las de otros testigos, y las del acusador particular– que han sido practicadas ante el órgano judicial de revisión con respeto a las garantías de publicidad, intermediación y contradicción. La alteración de la inferencia, sin la posibilidad de explicarse y rebatir argumentos o deducciones que le perjudiquen, impide considerar que haya prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia.

4. Por último, tampoco podemos compartir la aproximación que realiza la Sentencia de la mayoría a la denuncia de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Aunque aluda formalmente a ello, desde una perspectiva material el pronunciamiento constitucional soslaya de modo ostensible que la queja invocaba aquel precepto en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la vertiente del principio acusatorio.

La Sentencia de la que nos apartamos describe correctamente la pretensión, poniendo de manifiesto que los demandantes de amparo denuncian en su recurso que se ha admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral en un procedimiento abreviado, en contra de lo decidido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre. Mas, tras ese encuadramiento de la cuestión a debate, se procede a un examen del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley ajeno a las razones y bases argumentales de la alegación de la parte; en suma, indiferente a su *causa petendi*. En efecto, para responder congruentemente al alegato hubiera resultado necesario enjuiciar si, desde la perspectiva del principio acusatorio, los motivos manejados por el Tribunal Supremo para diferenciar jurídicamente el presente asunto y el precedente de 2007, a la vista del contenido esencial de esa vertiente del derecho fundamental del art. 24.2 CE, eran constitucionalmente admisibles y justificaban objetivamente una resolución distinta a la que diera aquella STS 1045/2007.

No otra cosa se suscitaba en el recurso de amparo, como acredita el apartado quinto de los antecedentes de la Sentencia de la mayoría. La parte recurrente dice en su demanda que el argumento que emplea la Sentencia impugnada para establecer una diferencia entre los supuestos abordados en ambas resoluciones (que no es equivalente que el sobreseimiento sea solicitado o no por el perjudicado por el delito) no constituía *ratio decidendi* en el precedente que considera orillado, ya que éste no descansaba en dicha diferenciación sino en el propio contenido del art. 782.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim). Esta solución, en consecuencia, no era conforme con el principio acusatorio en relación con el derecho a la igualdad aplicativa de la ley, por haberse aceptado ahora la exclusiva intervención de la acción popular.

La Sentencia de la que discrepamos omite por completo ese enfoque, que es el que verdaderamente sustentaba la queja formulada, convirtiéndose con ello en un pronunciamiento meramente formal. La discrepancia esencial, por lo tanto, antes que en el signo de la respuesta –con el que podríamos disentir o coincidir si se hubiera plasmado desde el nervio de la alegación y en atención a su fundamento relacional–, reside entonces en el esquema de enjuiciamiento.

Ciertamente la Sentencia impugnada exponía las razones en virtud de las que alcanzaba una conclusión diferente a la que se dio en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2007, sobre la interpretación del art. 782 LECrim y con respecto a la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular. En ese sentido, como dice la mayoría, «destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECrim, sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal».

La Sentencia impugnada, como cumplidamente ha quedado transcrito, enunciaba las razones por las que llegaba a un distinto resultado, en oposición al de la STS de 17 de diciembre de 2007. Pero cuando la mayoría del Pleno de este Tribunal da validez a ese

juicio; cuando, desde una atalaya formal, se conforma con constatar que la resolución recurrida alude y dice encontrar sustento al distinto criterio aplicado en dichas diferencias fácticas en la articulación de la pretensión penal, olvida que debía juzgar la alegación desde el prisma del principio acusatorio. La Sentencia de la mayoría, dicho en otras palabras, se sustrae al hecho de que el art. 14 CE aparece en la formulación de la queja vinculado al art. 24.2 CE. Y, siendo de ese modo, no basta con verificar que el Alto Tribunal sustenta su solución en la concurrencia de elementos diferenciadores de los casos a contraste; resulta preciso adicionalmente resolver si las razones en las que se apoya justifican efectivamente la diferencia jurídica establecida entre el presente asunto y el resuelto en el precedente de 2007, a la vista del contenido esencial del principio acusatorio (art. 24.2 CE).

El juicio de igualdad se presentaba en esta ocasión, por así decirlo, como un juicio de igualdad de la respuesta judicial sobre el principio acusatorio. Y no lo satisface la mera declaración de que hubo motivación formal de la diferencia de trato en cada supuesto comparado; tampoco la continuidad en el tiempo del criterio que se sienta. No es suficiente todo ello. Y no lo es por cuanto la premisa de la que debió partir la Sentencia de la que discrepamos no es tanto la de un cambio de doctrina, al que se le aplican las exigencias ordinarias del art. 14 CE (fundamento jurídico 3 de la Sentencia), cuanto la inexistencia de una quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional precisamente por concurrir una desigualdad de partida: la notable diferencia o disparidad sustancial que se da entre los supuestos analizados en cada uno de los procedimientos. En consecuencia, lo que se debió razonar fue la relevancia o no de la desigualdad apreciada así como la aptitud o no de los datos diferenciadores, desde el prisma del contenido esencial y las garantías del principio acusatorio, para avalar una solución distinta sobre la capacidad de la acción popular para instar la apertura del juicio oral. En suma, únicamente si las razones ofrecidas hubieran habilitado la diferencia de criterio ex art. 24.2 CE, el diverso trato judicial estaría fundado y resultaría constitucionalmente admisible al amparo del art. 14 CE.

Es obvio que el planteamiento de la parte hubiera sido más visible si, además de una queja por lesión del art. 14 CE en relación con el principio acusatorio (art. 24.2 CE), se hubiera formulado de manera autónoma una denuncia sustentada directamente en dicho principio (art. 24.2 CE). Pero la forma elegida (que introduce el art. 14 por referencia a aquella Sentencia de 2007 y lo vincula al art. 24.2 CE), por compleja que resulte, no impedía el examen integrado y sistemático de cuya ausencia ahora nos quejamos.

En resumen, la resolución impugnada debía haber analizado si el apartamiento de la doctrina de la STS 1045/2007 (o el diferente criterio jurídico sentado sobre la base de una pretendida diferencia entre los casos a contraste) estaba fundado en razones compatibles con el principio acusatorio, justificando con ello la diversidad en la solución jurídica. De no existir tales razones o de no ser las aducidas por dicha resolución respetuosas con el principio acusatorio, se habría producido la lesión del art. 14 en relación con el art. 24.2 CE. Pero es este un análisis, en fin, que no se aborda en la Sentencia de la mayoría, a pesar de que, como con acierto recuerda el Ministerio Fiscal, el resultado pudiera haber sido que la Sentencia impugnada podía estar alterando, sin un soporte argumental constitucionalmente admisible, la doctrina de la citada STS 1045/2007.

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.